

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**Caso GRETTEL ARTAVIA MURILLO Y OTROS VS. COSTA RICA
("FECUNDACIÓN IN VITRO")
Caso No. 12,361**

ESCRITO EN CALIDAD DE

AMICUS CURIAE

presentado por la

CLÍNICA DE DERECHOS HUMANOS DE LA

FACULTAD DE DERECHO DE LA

UNIVERSIDAD DE SANTA CLARA

Prof. Francisco J. Rivera Juaristi, Director y Abogado Supervisor
Britton Schwartz, Abogada Supervisora
Amanda Snyder, Estudiante de Derecho
Bernadette Valdellon, Estudiante de Derecho
Sophia Areias, Estudiante de Derecho

International Human Rights Clinic
Santa Clara University Law School
500 El Camino Real
Santa Clara, CA 95053-0424
U.S.A.

Teléfono: +1 (408) 551-1955

Facsímil: +1 (408) 554-5047

IHRC@scu.edu

<http://law.scu.edu/ihrc/>

19 de septiembre de 2012

TABLA DE CONTENIDOS

DECLARACIÓN DE INTERÉS	1
INTRODUCCIÓN	1
RESUMEN	2
ARGUMENTOS.....	3
I. DE CONFORMIDAD CON EL MÉTODO TEXTUAL DE INTERPRETACIÓN DE TRATADOS RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 31.1 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, LAS JUSTIFICACIONES EXPUESTAS POR EL ESTADO DE COSTA RICA PARA RESTRINGIR LOS DERECHOS A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR Y A FUNDAR UNA FAMILIA (A SABER, LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DE UN EMBRIÓN Y CONSIDERACIONES DE INTERÉS PÚBLICO), NO SON JUSTIFICACIONES RECONOCIDAS POR LA CADH RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 11.2 Y 17.2 CADH.....	3
II. LA INTERPRETACIÓN QUE SUGIERE EL ESTADO DE COSTA RICA RESPECTO DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LOS ARTÍCULOS 11.2 Y 17.2 CADH ES INCOMPATIBLE CON LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN RECONOCIDAS EXPLÍCITAMENTE EN EL ARTÍCULO 29.A Y 29.B CADH, EN TANTO ÉSTAS PROHÍBEN INTERPRETACIONES QUE PERMITAN LA SUPRESIÓN DE UN DERECHO O LA RESTRICCIÓN DEL GOCE DEL MISMO MÁS ALLÁ DE LOS LÍMITES QUE LA PROPIA CADH IMPONE RESPECTO DE CADA DERECHO.....	9
a. Incompatibilidad con el artículo 29.a CADH.....	10
i. Supresión del derecho a fundar una familia (art. 17.2 CADH)	11
ii. Restricción excesiva del derecho a fundar una familia (art. 17.2 CADH)	11
iii. Restricción excesiva (y arbitraria) del derecho a la privacidad y la vida familiar (artículo 11.2 CADH)	13
b. Incompatibilidad con el artículo 29.b CADH.....	16
c. Las doctrinas del Bloque de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad requieren que el Estado de Costa Rica interprete la CADH a la luz de las normas de interpretación reconocidas en el artículo 29.a y 29.b CADH	18
III. LA INTERPRETACIÓN QUE SUGIERE EL ESTADO DE COSTA RICA RESPECTO DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LOS ARTÍCULOS 11.2 Y 17.2 CADH ES INCOMPATIBLE CON LA NORMA DE INTERPRETACIÓN RECONOCIDA EN EL ARTÍCULO 31.3(b) DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS EN TANTO CONTRADICE LA PRÁCTICA E INTERPRETACIÓN CONVENCIONAL RECONOCIDA POR LOS DEMÁS ESTADOS PARTES DE LA CADH	
20	
IV. LA CORTE IDH NO DEBERÍA ADOPTAR LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN DESARROLLADA POR LA CORTE EDH, YA QUE ÉSTA RESULTA CONTRARIA AL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN PRO HOMINE RECONOCIDO EN	

EL ARTÍCULO 29.B CADH QUE EXIGE QUE LAS RESTRICCIONES DE DERECHOS CONVENCIONALES DEBEN SER INTERPRETADAS DE MANERA RESTRICTIVA. . 23

a. Jurisprudencia de la Corte EDH en casos de FIV 23

b. Doctrina del margen de apreciación desarrollada por la Corte EDH 27

V. EN CASO DE QUE LA CORTE IDH PREFIERA RESOLVER EL PRESENTE CASO MEDIANTE UN ANÁLISIS DE CONFLICTO DE DERECHOS, DEBERÍA DETERMINAR QUE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA QUE EL ESTADO PRETENDE LOGRAR (MEDIANTE LA PROHIBICIÓN DE LA FIV) NO ES PROPORCIONAL A LA AFECTACIÓN QUE CAUSA DICHA PROHIBICIÓN EN LOS DERECHOS A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR Y A FUNDAR UNA FAMILIA 30

a. El *balancing test*..... 31

b. El *test* de necesidad..... 33

c. El *test* de proporcionalidad..... 35

CONCLUSIÓN..... 39

DECLARACIÓN DE INTERÉS

1. De conformidad con los artículos 2.3 y 44 del reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”)¹, la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Santa Clara presenta este *amicus curiae* para su consideración en relación con el caso No. 12.361, *Gretel Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) Vs. Costa Rica*.
2. El presente *amicus curiae* fue preparado por las estudiantes de derecho Amanda Snyder, Bernadette Valdellon y Sophia Areias, bajo la supervisión del Prof. Francisco J. Rivera Juaristi² y la Lic. Britton Schwartz.
3. La Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Santa Clara ofrece a estudiantes de derecho la oportunidad de adquirir experiencia trabajando en casos de violaciones de derechos humanos. Los estudiantes colaboran con organizaciones de derechos humanos, principalmente ubicadas en Estados Unidos y América Latina, y les proveen apoyo en sus demandas y proyectos ante foros internacionales y nacionales mediante la investigación y documentación de violaciones de derechos humanos, entre otros.

INTRODUCCIÓN

4. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica dictó una sentencia en la cual declaró que la práctica del método de reproducción asistida conocida como fertilización *in vitro* (en adelante, “FIV”) es incompatible con la Constitución costarricense, pues vulnera el derecho a la vida de los embriones. El 19 de enero de 2001, el Sr. Gerardo Trejos Salas presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Comisión IDH”) en contra del Estado de Costa Rica, en la cual alegó que esta prohibición absoluta del acceso a la FIV es incompatible con la Convención Americana

¹ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artículos 2.3 y 44.

² El Prof. Francisco J. Rivera Juaristi trabajó como abogado *senior* de la Corte Interamericana de Derechos

² El Prof. Francisco J. Rivera Juaristi trabajó como abogado *senior* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta el mes de diciembre de 2009, antes de que el presente caso llegara al conocimiento del Tribunal.

sobre Derechos Humanos (en adelante, “CADH”)³. En el Informe de Fondo sobre el caso, la Comisión IDH consideró que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, la Comisión consideró que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. El caso se envió a la Corte IDH el 29 de julio de 2011 porque la Comisión IDH consideró que el Estado no cumplió con las recomendaciones contenidas en el Informe de Fondo⁴. Lo que se solicita es que Costa Rica levante la prohibición de la FIV en Costa Rica, regule dicho procedimiento de manera compatible con la CADH y se repare integralmente a las víctimas del presente caso⁵.

RESUMEN

5. En este *amicus* analizamos las diferentes alternativas hermenéuticas y metodológicas que la Corte IDH tiene a su disposición para resolver el presente caso. Proponemos que la Corte IDH analice el caso bajo una perspectiva de *restricción* de derechos Convencionales y no como un asunto de *conflicto* de derechos. En este sentido, opinamos que la Corte IDH debe analizar la prohibición absoluta del acceso a la FIV como una medida estatal que restringe los derechos a vida privada y familia y a fundar una familia reconocidos en los artículos 11.2 y 17.2 CADH, respectivamente.

6. Consecuentemente, sugerimos que la Corte IDH analice la legitimidad de esa restricción de derechos a la luz de cualquiera de los siguientes métodos de interpretación de tratados, en el siguiente orden de primacía:

- primero, mediante el método textual de interpretación provisto en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados;

³ Comisión IDH, *Caso Gretel Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica (“Fecundación in Vitro”)*, Informe No. 85/10, Caso No. 12,361, 14 de julio de 2010, párr. 1.

⁴ Comisión IDH, *Caso Gretel Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica (“Fecundación in Vitro”)*, Caso No. 12,361, Carta de Elizabeth Abi-Mershed de 29 de julio de 2011, p. 1.

⁵ *Id.*, p. 3.

- segundo, mediante las normas de interpretación señaladas en los artículos 29.a y 29.b CADH, las cuales requieren, a su vez, que se aplique el *test* de necesidad en el caso de restricciones al derecho reconocido en el artículo 11.2 CADH, y
- tercero, a la luz de la práctica regional interamericana y según lo dispuesto en el artículo 31.3(b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

7. Alternativamente, en caso de que la Corte IDH prefiera analizar el presente caso bajo una perspectiva de *choque* o *conflicto* de derechos, sugerimos que aplique el *test* de proporcionalidad y, sólo en última instancia, el *test* de balance de derechos.

8. Además exhortamos a que la Corte IDH se aparte de la doctrina del margen de apreciación que ha desarrollado la Corte Europea de Derechos Humanos, por ser esta contraria a las normas de interpretación y a la tradición garantista del Sistema Interamericano.

9. En todo caso, cualquiera que sea el método que utilice la Corte IDH para analizar el presente caso, ya sea mediante un análisis de la legitimidad de restricciones de derechos Convencionales o sea mediante un análisis de conflicto de derechos, consideramos que el resultado será el mismo, a saber, que la prohibición absoluta de la FIV es incompatible con la CADH.

ARGUMENTOS

I. DE CONFORMIDAD CON EL MÉTODO TEXTUAL DE INTERPRETACIÓN DE TRATADOS RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 31.1 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, LAS JUSTIFICACIONES EXPUESTAS POR EL ESTADO DE COSTA RICA PARA RESTRINGIR LOS DERECHOS A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR Y A FUNDAR UNA FAMILIA (A SABER, LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DE UN EMBRIÓN Y CONSIDERACIONES DE INTERÉS PÚBLICO), NO SON JUSTIFICACIONES RECONOCIDAS POR LA CADH RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 11.2 Y 17.2 CADH.

10. En el presente *amicus* apoyamos la posición de los peticionarios y de la Comisión IDH en el sentido de que la protección del derecho a fundar una familia reconocido en el artículo 17.2 CADH incluye el derecho a decidir ser un padre o una madre biológica, y que esta decisión

forma parte del derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 11.2 CADH. Es decir, los derechos a fundar una familia y a ser un padre o madre biológica se enmarcan en una lectura en conjunto de los artículos 11.2 y 17.2 CADH. En este sentido, consideramos que cualquier interferencia en el goce de estos derechos por parte del Estado debe ser analizada a la luz de los criterios que para ello establece la Convención Americana y las normas de interpretación de tratados.

11. Desde ese punto de partida, consideramos que lo que la Corte IDH debe determinar en el presente caso es si la restricción de los derechos a fundar una familia y a la vida privada y familiar, reconocidos en los artículos 17.2 y 11.2 CADH, respectivamente, puede ser justificada por razones de interés público o para la protección de los derechos de otras personas. Reconocemos que el goce y ejercicio de estos dos derechos no es absoluto y que, por tanto, los Estados Partes pueden restringirlos de conformidad con los límites y según las justificaciones que para ello impone la CADH. Consideramos, además, que la prohibición del acceso a la FIV es en efecto una restricción al ejercicio de estos derechos reconocidos en los artículos 17.2 y 11.2 CADH y que el Estado de Costa Rica pretende justificar esta restricción de derechos Convencionales con base en consideraciones del interés público y en razón de la protección de otro derecho Convencional, a saber, el supuesto derecho a la vida de los embriones.

12. La pregunta entonces, para la Corte IDH, es si la protección del derecho a la vida de los demás (o de un embrión) o las consideraciones de interés público, se encuentran dentro de las justificaciones por las cuales se pueden restringir los derechos a fundar una familia y a la vida privada y familiar, reconocidos en los artículo 17.2 y 11.2 CADH, respectivamente. Para llevar a cabo este análisis, consideramos que la Corte IDH debe utilizar el método textual de interpretación de tratados reconocido en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y debe determinar que el texto de los artículos 11.2 y 17.2 CADH (derechos a la vida privada y familiar y a fundar una familia, respectivamente) no permite restricciones que estén basadas en justificaciones de conflictos de derechos o de interés público.

13. Es cierto que los tratados de derechos humanos en ocasiones reconocen explícitamente que el goce y ejercicio de un derecho puede ser restringido en la medida en que otro derecho se vea afectado o por razones de interés público. Sin embargo, no todas las disposiciones

Convencionales reconocen o permiten la restricción del goce y ejercicio de un derecho mediante consideraciones o justificaciones basadas en la protección de otros derechos Convencionales o el interés público. Por ello, cuando en un caso como en el presente se alegue que un derecho Convencional debe restringirse para proteger otro derecho Convencional o por motivos de interés público, lo primero que debe hacer esta Corte es determinar si esa justificación está permitida respecto de ese (o esos) derecho(s) en cuestión. Para ello, la Corte debe remitirse a las normas de interpretación reconocidas tanto en la CADH (ver *infra*) como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

14. En este sentido, el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados reconoce y codifica el método textual de interpretación de tratados. Dicho artículo señala, en lo pertinente, que un “tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al *sentido corriente* que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.⁶ En otras palabras, los tratados deben interpretarse a la luz del texto Convencional y no a la luz de otras palabras que las partes en litigio quisieran añadir al texto Convencional.

15. La Corte IDH ha reconocido que la interpretación textual es el método primario de interpretación de la CADH y que “los medios complementarios de interpretación, en especial los trabajos preparatorios del tratado, son utilizables para confirmar el sentido resultante de aquella interpretación o cuando ésta deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.⁷ Según la Corte IDH

[e]ste método de interpretación se acoge al principio de la primacía del texto, es decir, a aplicar criterios objetivos de interpretación. Además, en materia de tratados relativos a la protección de los derechos humanos, resulta todavía más marcada la idoneidad de los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos, frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las partes [...]⁸

16. Los tratados de derechos humanos, tanto el europeo como el inter-Americano, señalan explícitamente cuáles derechos pueden ser restringidos y por cuáles motivos. Tanto la CADH

⁶ Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁷ Corte IDH, *Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 48-50.

⁸ *Id.*, párr. 50.

como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el “CEDH”) contienen disposiciones que, por un lado, definen un derecho y, por el otro, indican explícitamente las condiciones mediante las cuales dicho derecho podría ser restringido de manera justificada.

17. Según los textos de estos tratados, la restricción de un derecho Convencional en ocasiones se podrá justificar con el propósito de proteger el goce de otro derecho Convencional o por motivos de interés público. En ocasiones la restricción incluso estará justificada por la protección de otros intereses o derechos que no están explícitamente reconocidos como derechos Convencionales. Además, las restricciones que el CEDH permite respecto de un derecho, por ejemplo, no necesariamente son las mismas restricciones que la CADH permite respecto del mismo derecho.

18. Por ello, a la luz del artículo 31.1 de la Convención de Viena, la Corte debe remitirse al texto Convencional que se refiere a cada derecho individual en cuestión para poder determinar cuáles derechos pueden ser restringidos y por cuáles motivos, ya que las restricciones que se permiten respecto de un derecho no necesariamente serán permitidas respecto de otros derechos Convencionales.

19. Por ejemplo, el artículo 21 CADH reconoce en su primer inciso el derecho a la propiedad. Luego, en su segundo inciso, señala que ese derecho podría ser restringido únicamente “mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley” (énfasis añadido). El pago de una indemnización justa es, valga la redundancia, justificación suficiente para que en determinados casos los Estados Partes puedan restringir el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 CADH. Sin embargo, la CADH no menciona en ningún otro artículo que esa justificación – la indemnización – pueda ser invocada respecto de restricciones a otros derechos Convencionales.

20. En el mismo sentido, en cuanto a los derechos políticos reconocidos en el primer inciso del artículo 23 CADH, el inciso 2 señala que “[l]a ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.” Tales justificaciones a la restricción de los derechos políticos aplican únicamente a esa disposición Convencional.

21. Lo mismo ocurre con los derechos de circulación y residencia reconocidos en el primer y segundo inciso del artículo 22 CADH. En el tercer y cuarto inciso de dicho artículo, se señala, respectivamente, que “[e]l ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”, y que “[e]l ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público” (énfasis añadido). Es decir, respecto de estos derechos, la CADH permite restricciones que estén basadas en consideraciones de intereses públicos o privados o la protección de los derechos de los demás, y cuando ello sea indispensable en una sociedad democrática.

22. Un texto similar (que permite restricciones que estén basadas en consideraciones de intereses públicos o privados o la protección de los derechos de los demás) también se encuentra en otras disposiciones de la CADH, pero no en todas. Por ejemplo, los artículos 15 y 16 CADH reconocen que el derecho de reunión pacífica y sin armas, y la libertad de asociación, respectivamente, también pueden estar sujetos “a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás” (énfasis añadido).

23. Algo parecido ocurre con las restricciones que la CADH permite respecto del ejercicio de la libertad de expresión (artículo 13 CADH). El texto del artículo 13.2 CADH permite explícitamente que los Estados restrinjan dicho derecho siempre y cuando se respete el principio de legalidad y las restricciones sean necesarias “para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. El artículo 13.4 CADH también permite otros finés legítimos por los cuales un Estado Parte podría justificar restricciones a espectáculos públicos, a saber, “[l]a protección moral de la infancia y la adolescencia”. De igual manera, el artículo 13.5 CADH también permite ciertas restricciones a dicha libertad cuando la expresión trate de “propaganda en favor de la guerra” o de “apología del odio nacional”, entre otros aspectos.

24. La Corte IDH ha tenido oportunidad de interpretar este lenguaje en casos en los que Estados han adoptado medidas que han restringido el goce y ejercicio del derecho a la libertad de expresión con el propósito de garantizar el derecho Convencional a la protección de la honra (artículo 11 CADH). Más adelante comentaremos sobre el *test* que ha utilizado la Corte IDH en estos casos, pero aquí basta con señalar que el texto del propio artículo 13 CADH señala, en términos generales, los motivos que justificarían una restricción del derecho a la libertad de expresión.

25. La ausencia de estas justificaciones (basadas en el interés público o en la protección de los derechos de otros) en el texto de otras disposiciones Convencionales sugiere que no son aplicables de manera general a todos los derechos reconocidos en la CADH. De hecho, tales motivos no se encuentran señalados en las disposiciones invocadas por la Comisión IDH y por los peticionarios en el presente caso. **Ni el artículo 11 CADH (“Protección de la honra y de la dignidad”) ni el artículo 17 CADH (“Protección a la Familia”), ambos invocados por la Comisión IDH y por los peticionarios en este caso, hacen referencia a esta permisibilidad de restricciones que estén basadas en consideraciones de intereses públicos o privados, ni a situaciones cuando ello sea indispensable en una sociedad democrática, ni a la protección de los derechos de otros.**

26. El Estado de Costa Rica pretende que la Corte IDH analice la compatibilidad de la prohibición de la FIV y la CADH a la luz de las justificaciones que permitirían restricciones a los derechos reconocidos en los artículos 13, 15, 16 y 22 CADH (*supra*), ninguno de los cuales guarda relevancia con el presente caso. El método de interpretación textual de tratados no permite que se interpreten los derechos reconocidos en los artículos 11.2 y 17.2 CADH a la luz de las restricciones que dicho tratado permite respecto del goce de otros derechos Convencionales.

27. El método de interpretación textual señala que, en caso de que los autores de la CADH hubieran querido identificar motivos universales para justificar cualquier restricción de cualquier derecho reconocido en la CADH, así lo hubieran expuesto en el texto convencional. Sin embargo, la CADH especifica para cada disposición los motivos por los cuales un Estado Parte podría justificadamente restringir cada derecho.

28. En conclusión, consideramos que la Corte IDH debe analizar el presente caso a la luz del método textual de interpretación de tratados, ya que la propia Corte IDH ha reconocido que éste es el método primario de interpretación de la CADH. En razón de ello, la Corte IDH debe referirse al texto de los artículos 11.2 y 17.2 CADH para verificar cuáles son los motivos y justificaciones que permiten una restricción legítima del uso y goce de esos derechos. El Estado de Costa Rica pretende justificar la restricción de esos derechos con base en razones de interés público y la protección de los derechos de los demás. Sin embargo, los artículos 11.2 y 17.2 CADH, contrario a otras disposiciones Convencionales, no permiten explícitamente la restricción de tales derechos con base en las justificaciones expuestas por el Estado. Por lo tanto, la prohibición del acceso a la FIV no es compatible con los artículos 11.2 y 17.2 CADH porque el Estado pretende justificar tal restricción de estos derechos con base en razones que la CADH no reconoce.

II. LA INTERPRETACIÓN QUE SUGIERE EL ESTADO DE COSTA RICA RESPECTO DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LOS ARTÍCULOS 11.2 Y 17.2 CADH ES INCOMPATIBLE CON LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN RECONOCIDAS EXPLÍCITAMENTE EN EL ARTÍCULO 29.A Y 29.B CADH, EN TANTO ÉSTAS PROHÍBEN INTERPRETACIONES QUE PERMITAN LA SUPRESIÓN DE UN DERECHO O LA RESTRICCIÓN DEL GOCE DEL MISMO MÁS ALLÁ DE LOS LÍMITES QUE LA PROPIA CADH IMPONE RESPECTO DE CADA DERECHO.

29. Reiteramos nuevamente que el asunto en discusión en el presente caso es si la restricción de los derechos a fundar una familia y a la vida privada y familiar, reconocidos en los artículos 17.2 y 11.2 CADH, respectivamente, puede ser justificada por razones de interés público o para la protección de los derechos de otras personas. En la sección previa sugerimos que la Corte IDH analice esta pregunta a la luz de la norma de interpretación textual señalada en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En esta sección, sugerimos que la Corte IDH aplique las normas de interpretación señaladas en el artículo 29 CADH, ya que la Corte IDH está obligada a interpretar la CADH a la luz de dicho artículo.

30. La prohibición del acceso a la FIV es una restricción al goce de los derechos reconocidos en los artículos 11.2 y 17.2 CADH cuya legitimidad debe ser interpretada a la luz de las siguientes normas de interpretación señaladas en el artículo 29 CADH:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; [y]

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. (énfasis añadido)

31. En este sentido, el artículo 29.a CADH *prohíbe* interpretaciones que permitan la supresión de un derecho o la restricción del goce del mismo más allá de los límites que la propia CADH impone respecto de cada derecho.

32. Por su parte, el artículo 29.b CADH codifica lo que se conoce como el principio *pro homine*, que es

un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones [...] al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria⁹.

Este principio de interpretación reconocido en el artículo 29.b CADH es aplicable a situaciones donde existen diferentes niveles de protección (o restricciones permitidas) del mismo derecho según la normativa interna y la internacional y Convencional.

33. La interpretación que sugiere el Estado de Costa Rica de los derechos reconocidos en los artículos 11.2 y 17.2 CADH es incompatible con estas normas de interpretación reconocidas explícitamente en el artículo 29.a y 29.b CADH.

a. Incompatibilidad con el artículo 29.a CADH

34. El artículo 29.a CADH prohíbe interpretaciones que permitan a un Estado Parte suprimir el goce y ejercicio de un derecho reconocido en la Convención o limitarlo en mayor medida

⁹ Pinto, Mónica. *El Principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en Abregu, Martín y Christian Courtis (Compiladores) Editores El Puerto, Bs. As. 1997, p. 163.

prevista en ella. La interpretación que sugiere el Estado de Costa Rica resultaría tanto en la supresión de un derecho Convencional como en una restricción que excede los límites previstos en la CADH.

i. Supresión del derecho a fundar una familia (art. 17.2 CADH)

35. Primero, suprime el goce y ejercicio del derecho reconocido en la CADH a fundar una familia (art. 17 CADH), ya que la prohibición absoluta de la FIV impide de manera absoluta la procreación por parte de los peticionarios. Es decir, si se interpreta el artículo 17.2 CADH de manera que el derecho a fundar una familia sólo aplica a personas fértiles o no estériles, se estaría suprimiendo el derecho a fundar una familia de aquellas personas que con la ayuda de avances tecnológicos podrían ejercer dicho derecho Convencional. Tal interpretación está explícitamente prohibida por el artículo 29.a CADH, ya que implicaría la supresión de un derecho Convencional.

ii. Restricción excesiva del derecho a fundar una familia (art. 17.2 CADH)

36. Segundo, limita el goce y ejercicio del derecho a fundar una familia y el derecho a la privacidad y la vida familiar, ambos reconocidos en la CADH, en mayor medida que la prevista en ella.

37. En cuanto al derecho a fundar una familia, el siguiente texto del artículo 17.2 CADH expone las dos condiciones mediante las cuales un Estado puede restringir de manera justificada dicho derecho:

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si [1] tienen la edad y [2] las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

Ambas condiciones guardan relación con la necesidad de que las restricciones estén previamente reconocidas en ley doméstica (legalidad de la restricción).

38. La primera condición se refiere a la posibilidad de que los Estados aprueben leyes (en el sentido amplio) que restrinjan el derecho a fundar una familia a personas que tengan cierta edad.

La CADH permite que la determinación de la edad apropiada para fundar una familia quede a discreción de cada Estado, siempre y cuando dicha determinación no afecte el principio de no discriminación establecido en la CADH (art. 1.1) ni suprima de manera absoluta el goce y ejercicio de dicho derecho (art. 29.a CADH). Un ejemplo de una restricción injustificada del derecho a fundar una familia con base en fundamentos de edad sería una ley que prohíbe que personas menores de 85 años puedan fundar una familia. Las probabilidades de que personas mayores de 85 años tengan la capacidad biológica de procrear es tan diminuta que, en efecto, dicha restricción resultaría *de facto* en una supresión del derecho a fundar una familia, lo cual es incompatible con lo dispuesto en el artículo 29.a CADH. En el presente caso, la edad de los peticionarios no es relevante, por lo que no es necesario analizar este supuesto.

39. La segunda condición mediante la cual un Estado puede restringir de manera justificada el derecho a fundar una familia, según el artículo 17.2 CADH, está redactada de manera mucho más vaga que la primera condición. El artículo 17.2 CADH permite que los Estados Partes determinen, según la ley interna, las “condiciones requeridas” para el goce y ejercicio del derecho a fundar una familia. En todo caso, la CADH prohíbe que tales “condiciones” (1) afecten el principio de no discriminación establecido en la CADH (art. 1.1) o (2) supriman de manera absoluta el goce y ejercicio de dicho derecho (art. 29.a CADH). El Estado ha interpretado el artículo 17.2 CADH en el sentido de que el derecho a fundar una familia no es incompatible con la prohibición absoluta del acceso al procedimiento de FIV. En efecto, el Estado ha impuesto una “condición” al goce del derecho a fundar una familia que (1) no es compatible con el principio de no discriminación y (2) suprime el goce y ejercicio de dicho derecho.

40. Primeramente, la prohibición absoluta de la FIV afecta el principio de no discriminación reconocido en el artículo 1.1. CADH en tanto se trata de una distinción basada en motivos de “nacimiento” y “condición social” (como lo es la infertilidad y los impedimentos físicos a la procreación biológica), que impide que los peticionarios gocen y ejerzan el derecho a fundar una familia de la misma manera en que lo ejercen y gozan otras personas que no cuentan con determinada condición social o impedimento físico. En el contexto del presente caso, esta distinción que ha creado el Estado con base en la “condición social” o impedimento físico de los peticionarios resulta en un tipo de discriminación que está expresamente prohibida en el artículo

1.1 CADH y, por tanto, es incompatible con las condiciones permitidas bajo el artículo 17.2 CADH.

41. Segundo, la prohibición de la FIV tiene como efecto la imposición de la fertilidad como condición para gozar y ejercer el derecho a fundar una familia. Es decir, el Estado ha interpretado la CADH en el sentido de añadirle una condición al goce del derecho a fundar una familia que no está contemplada bajo el artículo 17.2 CADH. Contrario a lo que indica el Estado de Costa Rica, la CADH no señala que únicamente las personas fértiles podrán gozar del derecho a fundar una familia. En efecto, la interpretación que hace el Estado del artículo 17.2 CADH (en el sentido de que la prohibición de la FIV no es incompatible con el derecho a fundar una familia) implica la supresión *de facto* de un derecho Convencional respecto de un grupo de personas, lo cual es incompatible con las normas hermenéuticas señaladas en el artículo 29.a CADH. Por supuesto, tal interpretación no implicaría una supresión *de facto* del derecho de personas infértiles a fundar una familia biológica si no fuera porque existen avances médicos y tecnológicos que permiten que dichas personas puedan atender sus limitaciones físicas. Pero dado que dichos avances como la FIV sí existen y permitirían a los peticionarios fundar una familia, la prohibición absoluta del acceso a ello resulta en una supresión del derecho reconocido en el artículo 17.2 CADH, lo cual resultaría en una interpretación de la CADH que no está permitida bajo el artículo 29.a.

iii. Restricción excesiva (y arbitraria) del derecho a la privacidad y la vida familiar (artículo 11.2 CADH)

42. En cuanto al derecho a la privacidad y la vida familiar (artículo 11.2 CADH), la Convención permite que dicho derecho sea restringido, pero únicamente cuando no se trate de “injerencias arbitrarias o abusivas”. Así lo ha señalado la Corte en su jurisprudencia:

conforme se desprende del artículo 11.2 de la Convención, el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática¹⁰.

¹⁰ Corte IDH, *Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 116 (citando Corte IDH, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 56).

43. Es decir, en el caso *Escher* la Corte IDH señaló que una injerencia abusiva o arbitraria *en el contexto del derecho a la vida privada y familiar* (artículo 11.2 CADH) es una que no esté prevista en ley, persiga un fin ilegítimo o no sea necesaria en una sociedad democrática. Tal y como se discutirá en mayor detalle más adelante (ver *infra*, párrs. 109 a 115), estos tres elementos conforman el llamado *test* de necesidad.

44. El lenguaje del *test* de necesidad no se encuentra en el texto del artículo 11.2 CADH, por lo que la Corte IDH jurisprudencialmente ha interpretado el sentido de la frase “injerencia abusiva o arbitraria” y ha adoptado lenguaje parecido que se encuentra en los artículos 13, 15, 16 y 22 CADH¹¹.

45. Sin embargo, al aplicar estos criterios en esa misma sentencia en el caso *Escher*, la Corte IDH aparentemente añadió los siguientes dos elementos adicionales al análisis de arbitrariedad: si la injerencia es idónea y proporcional¹². Ello no es algo trivial, ya que el elemento de proporcionalidad implica que se debe hacer un análisis de conflicto de derechos que de otra manera no sería necesario realizar (ver discusión al respecto *infra*, párrs. 116 a 127). En el caso *Escher*, la Corte IDH declaró que la injerencia estatal en el derecho a la privacidad no cumplió con el principio de legalidad, por lo cual la Corte IDH no consideró necesario hacer un análisis de proporcionalidad. Por lo tanto, no queda claro si los elementos de idoneidad y proporcionalidad forman parte del análisis de arbitrariedad/necesidad que requiere el artículo 11.2 CADH o si la Corte IDH se descuidó al incluir estos dos elementos en el párrafo 129 de *Escher* y no en el párrafo 116 de la misma sentencia.

46. A pesar de la incertidumbre en cuanto a cuáles son todos los elementos que la Corte IDH considera deben ser tomados en cuenta para determinar si una restricción del derecho a la vida privada y familiar es arbitraria o si está justificada, sí queda claro que, como mínimo, se deben tomar en cuenta los elementos del *test* de necesidad, a saber, legalidad, fin legítimo y necesidad. Además, la Corte IDH indicó que la falta de *cualquiera* de estos requisitos implicaría que la

¹¹ Es probable que la Corte IDH haya añadido al artículo 11.2 CADH el lenguaje del *test* de necesidad en razón de que dicho lenguaje sí se encuentra en el texto del artículo 8 CEDH.

¹² Corte IDH, *Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 129. Es probable que la Corte IDH haya copiado erróneamente en este párrafo el lenguaje utilizado en *Kimel* para describir el *test* de proporcionalidad que debe ser utilizado cuando existe un choque entre dos derechos Convencionales (ver *infra*, párrs. 117 a 129).

injerencia es contraria a la Convención¹³. Por lo tanto, si la Corte IDH considera que la prohibición absoluta del acceso a la FIV se hizo de manera ilegal, o para un fin ilegítimo o si no es necesaria para lograr ese fin legítimo, no será necesario hacer el análisis de los otros dos posibles elementos (idoneidad y proporcionalidad). Es decir, si la Corte IDH encuentra, por ejemplo, que la prohibición absoluta del acceso a la FIV no es una medida absolutamente necesaria para lograr el fin legítimo propuesto por el Estado, no será necesario hacer un análisis de proporcionalidad para resolver un conflicto de derechos Convencionales (a saber, el supuesto derecho a la vida de un embrión, por un lado, y el derecho a la privacidad y vida familiar, por el otro).

47. Según la jurisprudencia de la Corte IDH, el criterio de necesidad lo que pretende discernir es si la injerencia del Estado es estrictamente necesaria para lograr un fin legítimo o si existen otras medidas menos restrictivas que podrían satisfacer el mismo objetivo. En este caso, la Corte IDH puede asumir, sin tener que resolver, que la protección del derecho a la vida de un embrión es un fin legítimo consistente con el objetivo y fin de la CADH. En tal supuesto, correspondería entonces determinar si la prohibición absoluta del acceso a la FIV es la medida menos restrictiva para lograr ese supuesto fin legítimo.

48. Para ello, la Corte IDH puede referirse a las diferentes medidas que han adoptado los demás Estados Partes con relación a la regulación del acceso a la FIV. Si otros Estados Partes han logrado satisfacer el mismo fin que pretende obtener el Estado de Costa Rica, pero lo han hecho mediante medidas menos restrictivas del derecho a la vida privada y familiar, ello indicaría que la prohibición absoluta del Estado costarricense al acceso a la FIV no es una medida estrictamente necesaria para lograr dicho fin.

49. En este aspecto nos remitimos a lo señalado por la Comisión IDH en su informe según el artículo 50 CADH, en el cual señala que varios otros Estados Partes han adoptado medidas que logran reconciliar el fin legítimo de proteger la vida desde el momento de concepción, por un lado, y la protección del derecho a la vida privada y familiar, por el otro, sin que ello se logre

¹³ Corte IDH, *Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 129.

mediante la prohibición absoluta del proceso de FIV¹⁴. Basta con señalar como ejemplo que en Chile se regula (no prohíbe de manera absoluta) el acceso a la FIV y se impone como restricción a la FIV la obligación de transferir a la madre todos los óvulos fertilizados¹⁵. Por supuesto, no corresponde a la Corte IDH señalar qué medidas debe adoptar el Estado de Costa Rica para regular el acceso a la FIV. Sin embargo, el caso chileno, como el de otros Estados Partes señalados en la prueba presentada por la Comisión IDH y por los representantes de los peticionarios, establece que sí existen medidas menos restrictivas que lograrían el mismo fin que pretende lograr el Estado costarricense de manera consistente con el derecho a la vida privada y familiar.

50. Por lo tanto, la prohibición absoluta del acceso a la FIV no es una medida estrictamente necesaria para lograr el fin legítimo estatal en este caso, ya que existen medidas menos restrictivas que lograrían el mismo objetivo. Consecuentemente, al no tratarse de una medida estrictamente necesaria para lograr un fin legítimo estatal, la prohibición absoluta del acceso a la FIV resulta en una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar en los términos del artículo 11.2 CADH.

51. En suma, la CADH permite únicamente la restricción del derecho a la vida privada y familiar mediante injerencias estatales que no sean arbitrarias. Ha quedado demostrado que la prohibición absoluta del acceso a la FIV es una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar. A la luz del artículo 29.a CADH, no sería posible interpretar el artículo 11.2 CADH de manera que permita restricciones basadas en otros motivos o justificaciones no señaladas en el artículo 11.2 CADH, tales como el interés público o los derechos de los demás. Por lo tanto, la Corte IDH debe rechazar los argumentos presentados por el Estado de Costa Rica que estén basados en tales justificaciones que exceden aquellas previstas en el artículo 11.2 CADH.

b. Incompatibilidad con el artículo 29.b CADH

¹⁴ Ver párr. 101 del Informe de Fondo de la Comisión IDH.

¹⁵ Ver párr. 107 del Informe de Fondo de la Comisión IDH.

52. La interpretación que exige el Estado de Costa Rica respecto de los derechos a la privacidad y vida familiar, por un lado, y de fundar una familia, por otro, es también incompatible con la norma de interpretación contenida en el artículo 29.b CADH.

53. Según tal norma hermenéutica, las restricciones de derechos Convencionales deben ser interpretadas de manera restrictiva. En este sentido, desde su primera Opinión Consultiva en 1982, la Corte IDH ha señalado que el método textual de interpretación de tratados prohíbe que se interprete de manera restrictiva las disposiciones de la CADH más allá de las restricciones que permite el propio texto Convencional¹⁶.

54. Es decir, ni la Corte ni los Estados Partes pueden reconocer restricciones a derechos Convencionales que sean más amplias que las señaladas explícitamente en ese tratado. Los *derechos* Convencionales se pueden interpretar de manera más amplia (a la luz del derecho interno u otros tratados ratificados por el Estado Parte en cuestión) para garantizar mayor protección que aquella provista en la CADH, pero las *restricciones* sólo pueden ser interpretadas de manera restrictiva, no amplia. (Sería importante y beneficioso para el Sistema Interamericano que la Corte IDH reconozca lo anterior explícitamente en su jurisprudencia contenciosa y no sólo en su jurisprudencia consultiva).

55. En el presente caso, lo que pretende el Estado de Costa Rica es que se interprete de manera más amplia las restricciones que la CADH permite respecto de los derechos reconocidos en los artículos 11.2 y 17.2 CADH. Costa Rica pretende que a la lista de restricciones permitidas respecto de esos dos derechos se añadan aquellas restricciones que tengan como propósito el interés público y los derechos de otros. Como se señaló *supra*, quienes redactaron la CADH incluyeron tales justificaciones (e.g. interés público y los derechos y libertades de los demás) únicamente respecto de algunas disposiciones (e.g., artículos 13, 15, 16, 22 CADH). Ninguna de esas disposiciones Convencionales guarda relación con el presente caso, por lo que la Corte IDH no debe tomar en consideración las justificaciones que permitirían, según la CADH, la restricción legítima de aquellos derechos.

¹⁶ Corte IDH, “*Otros Tratados*” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 37.

56. Reiteramos que la ausencia de estas justificaciones en el texto de otras disposiciones Convencionales sugiere que las mismas no son aplicables de manera general a todos los derechos reconocidos en la CADH. Ni el artículo 11 CADH (“Protección de la honra y de la dignidad”) ni el artículo 17 CADH (“Protección a la Familia”), hacen referencia a esta permisibilidad de restricciones que estén basadas en consideraciones de intereses públicos o privados, ni a situaciones cuando ello sea indispensable en una sociedad democrática, ni por motivos de proteger los derechos y libertades de otros. Si bien es cierto que tales restricciones son permitidas respecto del derecho a la privacidad y vida familiar según el texto del artículo 8 de la Convención Europea, no lo son según el texto de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana. El tratado que es vinculante para Costa Rica y cuya interpretación le corresponde a la Corte IDH es la Convención Americana. Por lo tanto, a la luz de la norma hermenéutica contenida en el artículo 29.b CADH, no está permitida la interpretación expansiva que exige el Estado de Costa Rica respecto de las justificaciones a restricciones de los derechos reconocidos en los artículo 11.2 y 17.2 CADH.

c. Las doctrinas del Bloque de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad requieren que el Estado de Costa Rica interprete la CADH a la luz de las normas de interpretación reconocidas en el artículo 29.a y 29.b CADH

57. Como un argumento colateral a lo anteriormente expuesto, consideramos necesario recordar que el Estado de Costa Rica está obligado a interpretar la CADH a la luz de las normas de interpretación anteriormente señaladas. Ello es así en razón de haber ratificado la CADH, pero también con motivo de la decisión de la Corte Suprema de Costa Rica de incorporar a su “bloque de constitucionalidad” la CADH¹⁷.

58. Este bloque constitucional, que incluye tanto normas de origen doméstico como internacional, cobra mayor relevancia a la luz del mandato de “control difuso interno de

¹⁷ La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en la Sentencia 9.685 del 1° de noviembre del año 2000, señaló que “todos los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos han sido elevados a rango constitucional, y por consiguiente estos deben ser incorporados en la interpretación de la Constitución. Ed. Universidad de Talca. *La tutela supraconstitucional de los Derechos Humanos en Costa Rica*, en Revista Ius et Praxis, año 9 N° 1, 2003, Gilbert Armijo, p. 61, disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100005&script=sci_arttext

convencionalidad” desarrollado por la Corte IDH. Se trata de la obligación que tiene todo juez nacional de velar porque la CADH y demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado sean interpretados de manera uniforme en la región y efectivamente cumplidos a nivel interno. En este sentido, la Corte IDH ha señalado lo siguiente:

cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana.¹⁸

59. En otros casos, la Corte Interamericana ha declarado que “en esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹⁹ (énfasis añadido). Los jueces nacionales son entonces guardianes de la Constitución y guardianes de la CADH, lo que implica una mejor protección y garantía de los derechos humanos.

60. A este concepto de control de convencionalidad hay que añadirle la obligación que surge de acuerdo con el artículo 26 de la Convención de Viena sobre los Tratados, según el cual todo Estado debe cumplir de buena fe con sus obligaciones convencionales, “y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales.”²⁰ Más bien, a la luz de las obligaciones que surgen de los artículos 1.1 y 2 CADH, le corresponde a los Estados Partes adecuar su normativa interna para “hacer efectivos” los derechos reconocidos en dicho tratado internacional.

61. La Corte IDH ha interpretado que esta “adecuación” de los preceptos locales

implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la

¹⁸ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128; Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154 párr. 124.

¹⁹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154 párr. 124.

²⁰ Ver también Corte IDH, *Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párrs. 77 a 78.

Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.²¹

62. La CADH hace referencia a la inspección de compatibilidad y a la adecuación de todo tipo de material normativo del Estado, ya sean reglas administrativas, normas legislativas o fuentes de derechos y obligaciones de cualquier otro carácter. Por ende, lo anterior aplica a las normas y prácticas desarrolladas por la Corte Suprema de Costa Rica.

63. En el presente caso, teniendo en cuenta todo lo anteriormente señalado, correspondía a la Corte Suprema de Costa Rica interpretar la CADH no sólo a la luz de la Constitución costarricense, sino también a la luz de la CADH y de los límites que ésta impone para la restricción de los derechos reconocidos en los artículos 11.2 y 17.2 CADH.

III. LA INTERPRETACIÓN QUE SUGIERE EL ESTADO DE COSTA RICA RESPECTO DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LOS ARTÍCULOS 11.2 Y 17.2 CADH ES INCOMPATIBLE CON LA NORMA DE INTERPRETACIÓN RECONOCIDA EN EL ARTÍCULO 31.3(b) DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS EN TANTO CONTRADICE LA PRÁCTICA E INTERPRETACIÓN CONVENCIONAL RECONOCIDA POR LOS DEMÁS ESTADOS PARTES DE LA CADH

64. La prohibición absoluta de la FIV no sólo es incompatible con el texto de la CADH, sino también es incompatible con la práctica e interpretación Convencional reconocida por todos los demás Estados Partes.

65. El artículo 31.3(b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala que, al interpretar un tratado, “habrá de tenerse en cuenta [...] toda *práctica* ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”²². En otras palabras, la CADH debe interpretarse no sólo a la luz del sentido común del texto Convencional, sino también a la luz de la práctica que han seguido los Estados Partes.

²¹ Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180.

²² Artículo 31.3(b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

66. En otras ocasiones, la Corte IDH ha interpretado la CADH teniendo en cuenta la práctica e interpretación Convencional de otros Estados Partes²³.

67. En el presente caso, la Corte ha recibido varios peritajes²⁴ sobre la práctica que han seguido los Estados Partes con relación al procedimiento de FIV a la luz de sus obligaciones Convencionales. Esta práctica es uniforme y demuestra un entendimiento y una interpretación unificada en la región respecto del derecho de personas infértiles o estériles a fundar una familia con la ayuda del procedimiento de FIV. Según la prueba pericial presentada en el presente caso, todos los Estados Partes, con la única excepción de Costa Rica, permiten la FIV como mecanismo para garantizar el derecho a fundar una familia reconocido en el artículo 17.2 CADH y para garantizar el derecho a la privacidad y a la vida familiar reconocido en el artículo 11.2 CADH.

68. Por lo tanto, la interpretación que el Estado de Costa Rica pretende dar a tales disposiciones Convencionales es incompatible con la interpretación que todos los demás Estados Partes han demostrado mediante su práctica uniforme. Por lo tanto, a la luz de la norma de interpretación señalada en el artículo 31.3(b) de la Convención de Viena, la interpretación que pretende validar el Estado de Costa Rica es incompatible con la CADH.

*

* *

69. En conclusión, hasta ahora hemos argumentado que en el presente caso no es necesario hacer un análisis de conflicto de derechos que incluya, por un lado, el supuesto derecho a la vida de un embrión y, por el otro, los derechos a fundar una familia y a la vida privada y familiar. Más bien, la Corte IDH debe hacer un análisis de legitimidad de restricciones de derechos Convencionales. El análisis de restricción de derechos permitiría a la Corte IDH resolver este

²³ Por ejemplo, la Corte IDH ha citado la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana al interpretar disposiciones de la CADH. Ver, *inter alia*, Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, n. 206, 241, 247, y 276, y párrs. 164 y 182.

²⁴ *Nota bene*: quienes presentamos *amicus* ante la Corte no contamos con acceso a la prueba que ha sido presentada ante la Corte, excepto aquella que es presentada en audiencia pública

caso sin tener que pronunciarse sobre la difícil tarea de definir cuándo comienza una vida (ver *infra*, párrs. 122 a 126 y nota al pie 45).

70. Visto de esta manera, el Estado de Costa Rica pretende que la Corte IDH reconozca que existe una justificación adicional, no señalada en el texto de la CADH, que permitiría la restricción excesiva y la supresión total del derecho a fundar una familia y del derecho a la privacidad y vida familiar. Esa justificación, según el Estado de Costa Rica, requeriría que se tome en consideración el interés público en general en proteger el derecho a la vida, así como el supuesto derecho a la vida que tiene un embrión.

71. Reiteramos que ninguna de las dos justificaciones sugeridas por el Estado (el interés público en general y la protección de los derechos de otros) se encuentran incluidas en la lista de justificaciones que permitirían la restricción de los derechos que se alega han sido afectados en el presente caso.

72. Además, reiteramos que las normas hermenéuticas impiden que la Corte interprete el texto Convencional de manera que (1) resulte en la supresión de derechos o en la limitación de su goce más allá que lo permitido por la CAHD y (2) se amplíe el tipo y número de categorías que justificarían mayores restricciones a tales derechos que los señalados en los artículos 11.2 y 17.2 CADH.

73. Por último, enfatizamos que la prohibición absoluta del acceso a la FIV es incompatible con la práctica e interpretación Convencional reconocida por los demás los Estados Partes, lo cual debe ser tenido en cuenta por la Corte IDH al interpretar las obligaciones que tiene Costa Rica bajo la CADH.

74. En razón de todo lo anterior, sugerimos que la Corte IDH declare que la prohibición absoluta de la FIV resulta en una supresión o restricción de los derechos a la privacidad y vida familiar, así como a fundar una familia, que no están permitidas por el texto Convencional. Corresponderá al Estado Parte adoptar medidas menos restrictivas al respecto que sean compatibles con la CADH. No es necesario que la Corte IDH determine cuáles son esas medidas menos restrictivas. Es decir, la Corte IDH cumpliría con su rol Convencional determinando únicamente si la conducta estatal es o no compatible con la CADH. Luego, correspondería a cada

Estado Parte la determinación de medidas legislativas o de otra índole que considere pertinentes, siempre y cuando las mismas no excedan los límites que para ello impone la CADH.

IV. LA CORTE IDH NO DEBERÍA ADOPTAR LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN DESARROLLADA POR LA CORTE EDH, YA QUE ÉSTA RESULTA CONTRARIA AL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN PRO HOMINE RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 29.B CADH QUE EXIGE QUE LAS RESTRICCIONES DE DERECHOS CONVENCIONALES DEBEN SER INTERPRETADAS DE MANERA RESTRICTIVA.

75. El Estado de Costa Rica exige que la Corte IDH resuelva el presente caso a la luz de jurisprudencia de la Corte EDH y que adopte la doctrina del margen de apreciación desarrollada por la Corte EDH y determine que la prohibición absoluta del acceso a la FIV es una restricción legítima de los derechos a fundar una familia y a la vida privada y familiar.

76. Al respecto, primeramente argumentamos que la jurisprudencia de la Corte EDH en casos de FIV no necesariamente apoya la posición del Estado costarricense. Además, argumentamos que la doctrina del margen de apreciación desarrollada en Europa es contraria a las normas de interpretación del Sistema Interamericano.

a. Jurisprudencia de la Corte EDH en casos de FIV

77. El Estado de Costa Rica pretende que la Corte IDH interprete la CADH a la luz de las interpretaciones que la Corte EDH ha hecho del CEDH en casos de FIV, particularmente el caso *S.H. v. Austria*²⁵. Ello es inapropiado, entre otros motivos, porque la Corte EDH analizó en el caso *S.H.* la *regulación* del acceso a la FIV en Austria; no analizó una prohibición absoluta como existe en el presente caso.

²⁵ Eur. Court H.R., *S.H. and Others v. Austria*, Application 57813/00, November 3, 2011. En este caso, la ley en Austria prohibía el uso de esperma u óvulos donados para propósitos de la FIV. La donación de óvulos no era permitida bajo ninguna circunstancia y la donación de esperma sólo era posible si ésta se inyectaba directamente en el útero de la mujer. Esta ley fue impugnada por dos parejas que querían utilizar la FIV mediante la donación de esperma y óvulos. La Gran Sala de la Corte EDH determinó que esta regulación del acceso a la FIV no era incompatible con el CEDH.

78. Además, las obligaciones normativas bajo la CADH (relevantes para la solución del presente caso) y aquellas bajo el CEDH son de diferente naturaleza y están redactadas de manera diferente. Las Convenciones regionales (la Europea y la Inter-Americana) definen el derecho a la vida privada y familiar de diferentes maneras y, aún más importante, definen de manera diferente las restricciones permisibles respecto de tal derecho.

79. El análisis que realizó la Corte EDH en el caso austríaco sobre FIV señalado por el Estado de Costa Rica se basó únicamente en el texto Convencional del derecho al “respeto a la vida privada y familiar” reconocido en el artículo 8 del CEDH²⁶. Por motivos que no se desprenden claramente de la sentencia, la Corte EDH no hizo referencia al derecho a fundar una familia, a pesar de que éste también está reconocido en el artículo 12 CEDH²⁷.

80. En todo caso, el texto del artículo 8 CEDH que interpretó la Corte EDH en el caso *S.H. y otros Vs. Austria* explícitamente reconoce que los Estados pueden restringir el derecho a la vida privada y familiar, siempre y cuando tal “injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para [...] la protección de los derechos y las libertades de los demás”²⁸. Ese lenguaje contenido en el CEDH es el que permite a la Corte EDH hacer un análisis de conflicto de derechos. Es decir, este *test* que aplicó la Corte EDH en el caso *S.H.* en realidad es una aplicación de las condiciones que explícitamente señala el artículo 8 CEDH para la restricción legítima y justificada del derecho a la vida privada y familiar.

81. En la CADH no existe un lenguaje similar. Es decir, la CADH no reconoce que los Estados Partes puedan restringir el derecho a la vida privada y familiar cuando tal “injerencia

²⁶ *Id.*, par. 82.

²⁷ Aún si la Corte EDH hubiera analizado el caso *S.H. y otros Vs. Austria* a la luz del artículo 12 CEDH, las diferencias entre la formulación europea y la inter-Americana impiden que se pueda hacer una comparación directa. La CEDH reconoce en su artículo 12 el derecho “a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. Al igual que la CADH, la CEDH hace mención a la permisibilidad de restricciones a este derecho basadas en consideraciones de edad. Lo que está ausente del texto europeo es mención alguna a la prohibición de restricciones al derecho a fundar una familia que estén basadas en consideraciones discriminatorias por motivos de nacimiento y condición social, lo cual sí se menciona explícitamente en el texto de la CADH. Sin embargo, tal omisión puede ser subsanada si se lee el artículo 12 CEDH a la luz de la prohibición de discriminación en el artículo 14 CEDH (cosa que tampoco hizo la Corte EDH en el caso austríaco). En todo caso, la Corte EDH no se refirió a la posible violación del artículo 12 CEDH en el caso austríaco, ya que consideró que la utilización de innovaciones tecnológicas para efectos de procreación es un derecho protegido en el artículo 8 CEDH (derecho a la vida privada y familiar). De hecho, la Corte EDH nunca ha decidido un caso sobre una prohibición absoluta de la FIV.

²⁸ Eur. Court H.R., *S.H. and Others v. Austria*, Application 57813/00, November 3, 2011, par. 89.

esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para [...] la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Por el contrario, el derecho en el Sistema Interamericano a no “ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, [o] en la de su familia” se encuentra reconocido en un artículo general en la CADH que trata sobre la “protección de la honra y de la dignidad” (art. 11 CADH) y no en un artículo independiente sobre “vida privada y familiar”, como así lo reconoce la CEDH. Además, a diferencia del texto de la CEDH, la CADH no reconoce explícitamente las circunstancias por las cuales un Estado Parte podría restringir de manera justificada el goce y ejercicio del derecho a la vida privada y familiar, más allá de señalar que tales restricciones no pueden ser arbitrarias o abusivas.

82. En suma, la Corte IDH no debe tomar en consideración la decisión que emitió la Corte EDH en el caso *S.H. y otros Vs. Austria*, ya que tanto los hechos como el derecho (y restricciones a dicho derecho) aplicables en aquél caso son muy distintos a los hechos y el derecho (y restricciones a dicho derecho) aplicables al presente caso. Por lo tanto, a la luz de lo señalado en las secciones anteriores, en el presente caso no corresponde a la Corte IDH hacer un análisis similar de conflicto de derechos dado que el texto de la CADH explícitamente excluye ese tipo de análisis para justificar una restricción a los derechos reconocidos en los artículo 11.2 y 17.2 CADH.

83. En todo caso, no sería cierto señalar que la Corte EDH ha determinado que el acceso a la FIV es incompatible con el derecho a la vida reconocido en el CEDH ni que la prohibición del acceso a la FIV es compatible con el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el CEDH (que es el argumento expuesto por Costa Rica). Recientemente, la Corte EDH reconoció que ciertas prohibiciones al acceso a la FIV sí pueden ser incompatibles con el artículo 8 CEDH²⁹.

²⁹ El 28 de agosto de 2012, la Corte EDH emitió una sentencia en el caso *Costa and Pavan v. Italy* (Application No. 54270/10). En dicho caso, los peticionarios habían dado a luz a un niño que padecía de fibrosis quística y habían concebido a otro que también padecía de la misma enfermedad genética, al cual decidieron abortar. Para evitar la procreación de otro niño con dicha enfermedad, los peticionarios solicitaron y se les negó acceso a procedimientos médicos de procreación asistida que en Italia sólo estaban disponibles a parejas estériles o infértiles, según la Ley No. 40 de 19 de febrero de 2004, y a parejas en las que el hombre padecía de alguna enfermedad de transmisión sexual, según un decreto del Ministerio de Saludo del 11 de abril de 2008. Además, querían acceso al procedimiento de diagnóstico genético de pre-implantación, el cual les permitiría seleccionar un embrión libre de fibrosis quística, pero ello se encuentra prohibido en Italia (así como en Austria, Suiza y otros estados europeos). Los peticionarios alegaron que la prohibición de acceso a tales procedimientos violaba sus derechos a la privacidad y vida privada y a la no discriminación, reconocidos en los artículos 8 y 14 CEDH, respectivamente. La Corte EDH

Por ende, si algunas prohibiciones parciales al acceso a la FIV son incompatibles con el CEDH, se puede deducir que cualquier prohibición absoluta a la FIV necesariamente será incompatible con el CEDH.

84. Además, la Gran Sala de la Corte EDH enfatizó en el caso *S.H.* que su decisión se basaba en la falta de un consenso regional europeo sobre la regulación del acceso a la FIV³⁰. Específicamente, la Corte EDH indicó que

[en casos donde] no exista un consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, ya sea en cuanto a la importancia relativa del interés en cuestión o en cuanto a la mejor manera de protegerlo, particularmente donde el caso conlleva asuntos éticos o moralmente sensibles, el margen [de apreciación que se permitirá a los Estados] será más amplio³¹. (traducción nuestra)

85. Tal y como se señaló anteriormente, contrario al contexto europeo, en el contexto americano sí existe un consenso en el sentido de que ningún Estado Parte (ni tampoco un Estado Miembro de la OEA) prohíbe de manera absoluta el acceso a la FIV (ver *supra*). Por lo tanto, el razonamiento utilizado por la Corte EDH en el caso *S.H.*, más que apoyar el argumento del Estado de Costa Rica, lo contradice.

86. Adicionalmente, en otras decisiones en las cuales la Corte EDH ha analizado el derecho a fundar una familia (artículo 12 CEDH) ha señalado que las restricciones que se impongan al ejercicio y goce de dicho derecho no pueden implicar la supresión del mismo. Por ejemplo en el caso *F. v. Switzerland*, la Corte EDH señaló lo siguiente:

El artículo 12 asegura el derecho fundamental de un hombre y una mujer a casarse y a fundar una familia. El ejercicio de este derecho da lugar a consecuencias personales, sociales y legales. Está ‘sujeto a las leyes nacionales de los Estados Partes’, pero ‘las limitaciones que en razón de ello sean aprobadas no deben restringir ni reducir el derecho de tal manera o a tal punto que la esencia misma del derecho se vea perjudicada’³². (énfasis añadido y traducción nuestra)

declaró que la prohibición de acceso a tales procedimientos violó el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 CEDH.

³⁰ Eur. Court H.R., *S.H. and Others v. Austria*, Application 57813/00, November 3, 2011, par. 97.

³¹ *Id.*, par. 94

³² Eur. Court H.R., *F. v. Switzerland*, Application 11329/85, December 18, 1987, par. 32: “Article 12 (art. 12) secures the fundamental right of a man and a woman to marry and to found a family. The exercise of this right gives rise to personal, social and legal consequences. It is "subject to the national laws of the Contracting States", but "the limitations thereby introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very

Tal y como se señaló anteriormente, la prohibición absoluta del acceso al a FIV resulta en una restricción de los derechos a fundar una familia y a la vida privada y familiar a tal punto que la esencia de los mismos se ve perjudicada.

87. A la luz de todo lo anterior, consideramos que la jurisprudencia de la Corte EDH no apoya la posición del Estado costarricense. Por el contrario, parecería apoyar la posición de la Comisión IDH y de los peticionarios.

b. Doctrina del margen de apreciación desarrollada por la Corte EDH

88. El Estado de Costa Rica favorece la aplicación de la doctrina del margen de apreciación que ha utilizado la Corte EDH en casos de FIV. Dicha doctrina nunca ha sido acogida por la Corte IDH, ni debería empezar a hacerlo ahora.

89. Desde las décadas de los años 60 y 70, la Corte EDH viene desarrollando el concepto de deferencia estatal en materia de restricción de derechos Convencionales conocido como la doctrina del margen de apreciación. En el famoso caso de *Ireland v. United Kingdom* de 1978, por ejemplo, la Corte EDH declaró que el Convenio Europeo reconoce que los Estados gozan de cierto margen de apreciación al adoptar medidas tendientes a garantizar los derechos reconocidos Convencionalmente³³.

90. Al aplicar la doctrina del margen de apreciación a casos de FIV, la Corte ha determinado que se debe acordar a los Estados un amplio margen de apreciación porque se trata de un asunto de “sensibilidad moral y ética” en el cual existen cada vez más desarrollos médicos y científicos, y porque no existe un consenso entre los Estados miembros del Consejo Europea sobre como *regular*³⁴ esta práctica de reproducción asistida³⁵.

essence of the right is impaired" (citing *Rees v. the United Kingdom* judgment of 17 October 1986, Series A no. 106, para. 50)."

³³ Eur. Court H.R., *Ireland v. The United Kingdom*, Application 5310/71, January 18, 1978, par. 207.

³⁴ El Estado se enfoca en que en las Américas tampoco existe un consenso sobre cómo *regular* la práctica. Eso puede ser cierto, pero la pregunta que debe responder la Corte IDH en este caso no tiene que ver con la regulación de la FIV, sino con la prohibición absoluta del acceso a dicha técnica. En este sentido es importante resaltar que lo que ha declarado la Corte EDH es que los Estados gozan de un margen de apreciación para implementar medidas que regulan la práctica de FIV, pero no para prohibir la técnica de manera absoluta.

³⁵ Eur. Court H.R., *Evans v. The United Kingdom*, Application 6339/05, April 10, 2007, par. 81.

91. Por tales motivos, la Corte EDH concluye que el círculo dentro del cual el Estado puede actuar es más grande en tales casos, sin explicar por qué el análisis debe enfocarse en el tamaño del círculo que acoge la conducta estatal permitida y no en el del círculo que ampara la protección de los derechos en cuestión. Ello resulta de suma importancia dado que la aplicación de un margen de apreciación de mayor o menor grado parecería predeterminar el resultado del análisis. Es más probable que la conducta estatal sea sostenida por la Corte EDH mientras más amplio sea el margen de apreciación concedido. Es por ello que resulta de suma importancia el criterio por el cual se determina que un Estado tenga mayor o menor margen de apreciación en cuanto a actuaciones que restringen el goce de derechos Convencionales.

92. La Corte IDH nunca ha adoptado la doctrina deferencial expuesta por la Corte EDH en casos de temas socialmente delicados que tienen que ver con conflictos entre derechos Convencionales sobre los cuales sociedades democráticas pueden diferir³⁶. Es esa autonomía e independencia de la voluntad de las masas lo que ha permitido a la Corte IDH declarar la incompatibilidad de leyes de amnistías con la CADH, aún cuando éstas han gozado del apoyo en sus respectivas sociedades y han sido legitimizadas por legislaturas, presidentes y poderes judiciales nacionales.

93. Esa voluntad de cumplir cabalmente con su rol de intérprete máximo de la CADH es lo que la ha motivado a desarrollar doctrinas como la del control difuso de convencionalidad, mediante la cual exige que las instituciones judiciales nacionales compatibilicen el derecho interno con la CADH, a la luz de la interpretación que de ésta haga la Corte IDH y no vice versa.

94. Será porque los países de las Américas han vivido violaciones de derechos humanos que no encuentran su homólogo en el continente europeo, o será porque la tradición garantista del sistema interamericano ha sido forjada tras años de lucha por la sociedad civil y por los grandes juristas y políticos de nuestra región, pero lo cierto es que en el SIDH hemos creado una Corte IDH que no puede darse el lujo de reconocer amplios márgenes de discreción a los Estados. Nuestra historia es diferente. Nuestra ley regional es otra y nuestra jurisprudencia siempre ha

³⁶ Durante la audiencia pública que se llevó a cabo en el presente caso, el Juez Leonardo Franco reconoció que la doctrina del margen de apreciación no es relevante ni útil en el contexto interamericano.

favorecido aquella interpretación que resulte más favorable para la protección del ser humano ante las actuaciones de los Estados.

95. Nuestras democracias aún se encuentran en estado de inmadurez, por lo que necesitamos una Corte IDH autónoma y abiertamente garantista, sin que ello implique que sea parcializada. En todo caso, la posición del Estado costarricense en cuanto a la FIV es incompatible con la posición de la sociedad democrática que componen todos demás Estados de las Américas. Es precisamente en tales casos que le corresponde a la Corte IDH pronunciarse en una sola voz a favor de la visión regional de las Américas; una visión que es perfectamente compatible con las normas de interpretación contenidas en la CADH (ver *supra*) y con la jurisprudencia garantista del SIDH.

96. La propia Corte EDH ha declarado que “*democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoids any abuse of a dominant position*”³⁷. Es por ello que las decisiones nacionales deben ser monitoreadas y analizadas a nivel regional para asegurar su compatibilidad con la CADH. La Corte IDH es quien está autorizada, en última instancia, para hacer esa determinación.

97. En la práctica, sin embargo, la Corte EDH prefiere otorgar a las autoridades nacionales mayor elasticidad en la toma de decisiones que afecten derechos Convencionales si esas decisiones se basan en consideraciones morales o sensibilidades sociales. Nuestra posición, que exhortamos a que la Corte IDH haga suya, es que las autoridades nacionales están más sujetas a presiones políticas que no necesariamente reflejan la visión garantista que se encuentra plasmada en la CADH – tratado que es legalmente vinculante para todo Estado Parte y cuya interpretación por la Corte IDH no está sujeta a presiones nacionales partidistas, morales, sociales, políticas o incluso religiosas. La doctrina del margen de apreciación requiere que la Corte deposite su confianza en instituciones nacionales que, por su propia naturaleza, están sujetas a estas presiones socio-políticas. Ello sería equivalente a la abdicación de sus responsabilidades como

³⁷ Eur. Court H.R., *Handyside v. The United Kingdom*, Application 5493/72, December 7, 1976, par. 49; Eur. Court. H.R., *Chassagnou and Others v. France*, Application 25088/94, 28331/95 and 28443/95, 29 April 29, 1999, par. 112.

única institución jurídica y autónoma del SIDH encargada de interpretar la CADH a la luz del principio *pro homine*.

98. Este principio *pro homine*, tal y como lo ha declarado la Comisión, es una norma de interpretación vinculante para los órganos del Sistema Interamericano en razón de la propia CADH y del derecho consuetudinario de derechos humanos³⁸. Este principio de interpretación Convencional es lo que prohíbe a la Corte IDH adoptar mecanismos de interpretación que estén predispuestos a favorecer la restricción de derechos Convencionales mediante indulgencia o lenidad hacia los Estados, tal y como lo requiere la doctrina del margen de apreciación.

99. En tanto la doctrina del margen de apreciación resulte en una abdicación del rol que debe cumplir un tribunal regional de derechos humanos en la supervisión de las obligaciones internacionales de los Estados, la Corte IDH debe apartarse de dicha doctrina y quedarse fiel a su propia metodología y criterios dogmáticos.

V. EN CASO DE QUE LA CORTE IDH PREFIERA RESOLVER EL PRESENTE CASO MEDIANTE UN ANÁLISIS DE CONFLICTO DE DERECHOS, DEBERÍA DETERMINAR QUE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA QUE EL ESTADO PRETENDE LOGRAR (MEDIANTE LA PROHIBICIÓN DE LA FIV) NO ES PROPORCIONAL A LA AFECTACIÓN QUE CAUSA DICHA PROHIBICIÓN EN LOS DERECHOS A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR Y A FUNDAR UNA FAMILIA

100. En esta sección, analizaremos en mayor detalle los diferentes *tests* que han utilizado tanto la Corte IDH como la Corte EDH para resolver conflictos de derechos o para resolver lo que llamaremos la *ilusión* de conflictos de derechos.

101. Si bien hay mucho escrito sobre los diferentes *tests* que han utilizado tanto la Corte IDH como la Corte EDH, ambas cortes han utilizado una mezcla de *tests* cuyos factores coinciden a grandes rasgos y cuya aplicación de todas maneras no ha sido uniforme. Por ejemplo, la Corte EDH suele mezclar los *tests* de necesidad, proporcionalidad y de balance de intereses/derechos. En el conocido caso de *Chassagnou and Others v France*, la Corte señaló que “la necesidad de proteger [los derechos y libertades reconocidos en el CEDH] puede llevar a que los Estados

³⁸ Comisión IDH, A.A. *Azocar v. Chile*, Informe No. 137/99, Caso No. 11,863, 27 de diciembre de 1999, párr. 146.

restrinjan otros derechos y libertades igualmente reconocidos en el Convenio. Es precisamente esta búsqueda constante de un balance entre los derechos fundamentales de cada individuo lo que constituye la base de una ‘sociedad democrática’.”³⁹ (énfasis y traducción nuestra) La misma confusión de terminología puede observarse en la decisión reciente que adoptó la Corte EDH en el caso sobre la FIV en Italia, en la cual aplicó un *test* de necesidad (ya que así lo requiere el artículo 8 CEDH), y concluyó que la violación del artículo 8 CEDH se dio por una falta de proporcionalidad (ni siquiera entre dos derechos en conflicto, sino por una aparente falta de congruencia entre las normas nacionales que regulan el aborto y las que prohíben los diagnósticos genéticos de pre-implantación en casos de FIV). En el Sistema Interamericano ya señalamos como ejemplo la incongruencia que existe entre los factores señalados por la Corte IDH en los párrafos 116 y 129 de *Escher* que no permiten deducir si la Corte se refiere al *test* de necesidad o al de proporcionalidad.

102. Si bien hay falta de claridad y consistencia en la jurisprudencia de ambas cortes respecto de cómo se deben analizar conflictos entre determinados derechos, se podrían caracterizar estos varios *tests* de la siguiente manera: el *test* de balance de derechos; el de necesidad, y el de proporcionalidad.

a. El *balancing test*

103. El *test* de balance de derechos ha sido aplicado cuando existe un conflicto entre dos derechos o intereses. Este *test* le da prioridad a un derecho sobre otro que es considerado de menor “valor” o “peso”. Esta metáfora, más que un *test*, suele no ser adecuada para resolver conflictos entre derechos Convencionales en tanto presupone que existe una escala en común según la cual se puede medir la importancia, valor o peso de cada derecho, lo cual no existe. En realidad este *test* tiene como efecto darle legitimidad a la opinión subjetiva del juzgador, quien es el que en última instancia le reconoce mayor o menor peso a un derecho sobre el otro.

³⁹ Eur. Court. H.R., *Chassagnou and Others v. France*, Application 25088/94, 28331/95 and 28443/95, 29 April 1999, par. 113: (“the need to protect [the rights or freedoms recognized in the Convention] may lead States to restrict other rights or freedoms likewise set forth in the Convention. It is precisely this constant search for a balance between the fundamental rights of each individual which constitutes the foundation of a ‘democratic society.’”)

104. Consideramos que no es recomendable hablar de una jerarquía de derechos cuando éstos se encuentran reconocidos en el mismo instrumento, en este caso: la Convención Americana. En su jurisprudencia en casos de derechos en conflicto, la Corte IDH correctamente ha otorgado el mismo rango jerárquico a los derechos en cuestión, en tanto ambos se encuentren en la Convención Americana. Es esta igualdad de derechos que resulta en la prohibición de restricciones cuyo propósito sea la protección de otro derecho incorrectamente percibido como de mayor jerarquía.

105. Ello no quiere decir que no hay derechos absolutos y otros restringibles. Lo que quiere decir es que no existen diferencias jerárquicas entre derechos reconocidos en la CADH, por lo que si bien algunos derechos pueden ser restringidos por el Estado, éste no puede hacerlo bajo la justificación de que se pretende proteger otro derecho más importante.

106. En el presente caso, el *balancing test* requeriría que la Corte IDH determine si el derecho a la vida del no nacido (lo cual de por sí es una propuesta controversial) es *más importante* que los derechos a la vida privada y familiar y a fundar una familia. Dicha formulación del problema requeriría que la Corte IDH determine jerarquías de derechos Convencionales, lo cual sería incompatible con la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Viena en junio de 1993, la cual señala en su párrafo 3 lo siguiente:

todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. (énfasis añadido)

107. Por lo tanto, sugerimos que la Corte IDH no analice el presente caso bajo el llamado *balancing test* que exige poner en contrapeso el supuesto derecho a la vida de un embrión, por un lado, y los derechos a la vida privada y familiar y a fundar una familia, por el otro, ya que todos son derechos de igual jerarquía Convencional.

108. El *balancing test* tampoco es ideal para analizar casos, como el presente, en el que también se intenta balancear un derecho individual, por un lado, y un interés social o estatal, por el otro. La mera propuesta de balancear derechos e intereses de esta manera parecería presuponer el resultado del análisis a favor del peso del interés común y no del derecho individual, lo cual tampoco es recomendable.

109. En fin, el *balancing test* debe utilizarse como última opción cuando los demás *tests* resulten ser menos útiles. En este sentido, en caso de que la Corte IDH opte por realizar un *balancing test*, debería explicar explícitamente cuáles criterios, reglas o principios aplicó para llegar a su conclusión⁴⁰. Si no puede (o quiere) hacerlo, entonces debería optar por otros *tests* más formalistas como los que favorecemos en este escrito.

b. El test de necesidad

110. Este *test* busca limitar el alcance y tipo de restricciones de derechos Convencionales a aquellas que (1) sean legales según el derecho interno, (2) busquen lograr un fin legítimo, y (3) sean lo menos restrictivas posibles; es decir, que no existan otros medios por los cuales se pueda lograr el mismo objetivo mediante una afectación menor al derecho vulnerado.

111. Es importante señalar que los primeros dos elementos, la legalidad de la restricción y la legitimidad del fin estatal, no están en controversia en este caso. La prohibición del acceso a la FIV se llevó a cabo mediante decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica según las normas legales nacionales y en ejercicio de su competencia sobre asuntos constitucionales. Asimismo, el fin perseguido por el Estado es legítimo en tanto pretende garantizar el derecho a la vida de los embriones no implantados en el útero, lo cual, según el Estado, está protegido bajo la Constitución costarricense y la CADH.

112. También es importante señalar que el *test* de necesidad no involucra, en sentido estricto, un *test* cuyo propósito es resolver conflictos entre dos derechos Convencionales. Más bien, el *test* de necesidad suele ser requerido explícitamente por el texto Convencional para analizar conductas, normas o decisiones estatales que afectan o restringen el uso y goce de derechos Convencionales. Si bien otros derechos Convencionales pueden (y suelen) entrar en la ecuación del *test* de necesidad, ello es así únicamente en función de que el objetivo que busca lograr el Estado es la protección de ese otro derecho Convencional. Es decir, se crea la *ilusión* de un conflicto de derechos Convencional donde realmente no existe tal conflicto.

⁴⁰ Ver sugerencias al respecto en Smet, Stijn. *Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict*, en *American University International Law Review*, Vol. 26, No. 1, p. 183-236.

113. En otras palabras, el *test* de necesidad no busca resolver un choque o conflicto de derechos en sí, sino que busca determinar si la restricción de un derecho Convencional es necesaria (es decir, que no existen otras medidas menos restrictivas) para lograr un propósito estatal (que tiene que ser legítimo, pero no tiene que ser necesariamente la protección de otro derecho Convencional). Por ejemplo, el *test* de necesidad sería aplicable a una restricción estatal de un derecho Convencional cuando esa restricción tenga como objetivo o fin la protección de la salud pública. La “salud pública” no es un derecho Convencional. No obstante, el *test* de necesidad sería aplicable para determinar si no existen otras medidas menos restrictivas que logren la protección de la salud pública.

114. En el presente caso, el fin u objetivo estatal que alegadamente justifica la restricción de los derechos Convencionales de los peticionarios se puede dividir en dos aspectos relacionados: (1) la protección del supuesto derecho a la vida desde el momento de concepción como una cuestión de interés público, y (2) la protección del supuesto derecho a la vida del embrión como sujeto de derechos. En el primer supuesto no existe ningún choque de derechos Convencionales, ya que el fin (presumiblemente legítimo) que busca el Estado es uno abstracto de interés público general, no un derecho Convencional de una “persona”. En el segundo supuesto existe sólo la *ilusión* de un choque de derechos Convencionales, ya que el fin (presumiblemente legítimo) que busca el Estado es la protección de un supuesto derecho Convencional – el derecho a la vida de una “persona”. Sin embargo, en el *test* de necesidad ese derecho Convencional sólo es relevante en tanto permita a la Corte IDH determinar que el objetivo estatal es efectivamente un objetivo legítimo. Una vez se determine que ese objetivo es legítimo, correspondería a la Corte IDH determinar si la prohibición absoluta del acceso a la FIV es necesaria para lograr ese objetivo (cualquiera que fuera el objetivo, siempre y cuando sea uno legítimo) o si existen otras medidas que logren el mismo objetivo sin que sean tan restrictivas de los derechos reconocidos en los artículos 11.2 y 17.2 CADH.

115. Por lo tanto, en el *test* de necesidad no se pone en una balanza la importancia del artículo 4.1 CADH en contrapeso a la importancia de los artículos 11.2 y 17.2 CADH (éste es el *balancing test*). Tampoco se analiza si la protección del artículo 4.1 resulta en un perjuicio desmesurado de los artículos 11.2 y 17.2 CADH (éste es el test de proporcionalidad, ver *infra*). Lo que el *test* de necesidad analiza es si existen alternativas que causen menos restricciones a los

artículos 11.2 y 17.2 CADH y consigan el mismo objetivo estatal legítimo (no importa que ese objetivo sea o no la protección de un derecho Convencional). Consecuentemente, el *test* de necesidad no requiere que la Corte IDH haga un análisis de choque de derechos ni determine si el artículo 4.1 CADH protege o no el derecho a la vida de un embrión.

116. Por lo tanto, sugerimos que la Corte IDH utilice el *test* de necesidad en el presente caso y determine, como se señaló anteriormente (*supra* párrs. 47 a 50), que la prohibición absoluta de la FIV no es necesaria para lograr los objetivos del Estado.

c. El *test* de proporcionalidad

117. Si bien la jurisprudencia de la Corte IDH no es del todo clara en cuanto a este *test*, parecería que el *test* de proporcionalidad es la suma de los tres elementos del *test* de necesidad (que las restricciones de derechos Convencionales (1) sean legales según el derecho interno, (2) busquen lograr un fin legítimo, y (3) sean lo menos restrictivas posibles), más dos elementos adicionales: (4) que la restricción sea idónea para lograr el fin legítimo y (5) que en caso de que existan dos derechos Convencionales en conflicto, que la afectación entre ambos derechos sea proporcional entre sí.

118. En cuanto al cuarto elemento, una medida no sería idónea si no tiende a lograr el objetivo que se propone. Por ejemplo, si un Estado tiene como objetivo la protección del derecho a la integridad personal de niños que son azotados por sus maestros con varas de metal, una medida que prohíba la venta de varas de metal no sería idónea para lograr dicho objetivo. En el presente caso, no cuestionamos que la prohibición del acceso al a FIV es una medida que tiende a lograr el objetivo del Estado costarricense de proteger la vida desde el momento de concepción, por lo cual sería idónea.

119. El quinto elemento del *test* de proporcionalidad es el que requiere que se determine si la medida adoptada por el Estado para proteger un derecho Convencional afecta más otros derechos Convencionales que lo que protege ese supuesto derecho. Es decir, según la Corte IDH, este *test* busca establecer “que el sacrificio inherente a [cualquier restricción de un derecho

Convencional] no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación”⁴¹.

120. En este sentido, el *test* de proporcionalidad se asemeja a la doctrina alemana para la solución de conflictos entre derechos, conocida como la “doctrina de la concordancia práctica” (*Praktische Konkordanz*). Varios autores⁴² han resaltado las virtudes de esta doctrina alemana, la cual consiste en la interpretación de dos derechos en conflicto de manera que se logre un compromiso entre ambos y se optimice y mantenga su esencia en la mayor medida posible. En este método de análisis no hay un derecho que triunfa sobre otro.

121. En el presente caso, el quinto elemento del *test* de proporcionalidad requeriría que la Corte determine si la prohibición absoluta de la FIV afecta más los derechos de los peticionarios, particularmente a la vida privada y a fundar una familia, que lo que protege el supuesto derecho a la vida de un embrión⁴³. Si bien consideramos que no es necesario hacer este análisis en el

⁴¹ Corte IDH, *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 79. Para ver otras posibles formulaciones sobre el *test* de proporcionalidad (sin que ello necesariamente implique que estamos de acuerdo con ellas), ver también Corte IDH, *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 84.

⁴² Ver, por ejemplo, Olivier De Schutter & Françoise Tulken, *Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution*, en *Conflicts between Fundamental Rights*, (Eva Brems ed., 2008)

⁴³ La metodología que se utilice en casos de conflictos entre derechos Convencionales por supuesto dependerá de que efectivamente exista tal conflicto. Para que exista un conflicto entre derechos, deben existir sujetos que ejerzan y gocen los derechos en cuestión. De lo contrario, estaríamos ante dos supuestos. El primero implicaría una situación de conflicto que realmente no existe, pues se trataría de un conflicto puramente hipotético, en el cual el derecho de un sujeto o individuo entra en un supuesto choque con un derecho que no tiene otro dueño más que la propia Convención Americana. No habiendo dos sujetos de derecho en cuestión, tampoco se puede hablar de dos derechos en verdadero conflicto. Por lo tanto, si la Corte concluye que la vida no comienza al momento de concepción, entonces no se podría decir de que existe en este caso un sujeto de derecho que goza y puede exigir la garantía del derecho a la vida que el artículo 4 reconoce a todo individuo. Esta conclusión estaría apoyada por la prueba presentada en el presente caso. Fernando Zegers, médico chileno experto en FIV y que testificó como perito en favor de las presuntas víctimas, defendió que la técnica de FIV no atenta contra la vida. Los jueces le preguntaron si era medicamente posible determinar cuándo se inicia la vida, y el experto señaló que la vida comienza desde la implantación del embrión en el útero. Sin embargo, dado que el artículo 4 de la CADH reconoce que el derecho a la vida es protegido, “en general”, desde el momento de concepción, es poco probable que la Corte determine que el derecho a la vida no comienza, bajo ningún supuesto, desde el momento de concepción. Esta determinación también sería congruente con la declaración del médico colombiano Marco Monroy, perito propuesto por el Estado costarricense, quien señaló en la audiencia pública que determinar cuándo comienza la vida es un asunto complejo y que no se ha logrado un consenso internacional al respecto. Afortunadamente, la Corte no tiene que determinar cuándo comienza una vida para poder resolver el presente caso. No obstante, la Corte puede asumir, sin decidir, que la vida comienza desde el momento de concepción y, por tanto, que los embriones son sujetos del derecho a la vida, ello simplemente para efectos de ponderar exhaustivamente los argumentos presentados por el Estado.

presente caso, sugerimos que, en caso de que la Corte IDH elija hacer este análisis de proporcionalidad entre estos derechos Convencionales, determine que la prohibición absoluta a la FIV causaría un impedimento absoluto a los peticionarios en este caso a gozar de su derecho a fundar una familia biológica, mientras que una restricción a la FIV que no sea absoluta aún permitiría al Estado lograr su propósito de proteger la vida del no nacido mediante una regulación parcial del acceso a la FIV como las que han hecho otros Estados de la región (ver *infra* y escritos de la Comisión IDH y de los peticionarios).

122. En otras palabras, en este caso la protección del derecho a la vida (artículo 4.1 CADH) no sería proporcional a la afectación de los derechos a la vida privada y familiar (artículo 11.2 CADH) y a fundar una familia (artículo 17.2 CADH).

123. En caso de que la Corte IDH elija realizar un análisis de proporcionalidad entre la protección del derecho a la vida reconocido en el artículo 4.1 CADH y la afectación que ello tendría en el goce de los derechos a la vida privada y familiar y a fundar una familiar reconocidos en los artículos 11.2 y 17.2 CADH, respectivamente, sugerimos que interprete el artículo 4.1 CADH de manera similar a cómo lo ha hecho la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-355/06⁴⁴. En dicha sentencia, la Corte Constitucional de Colombia reconoció que el derecho a la vida (artículo 4.1 CADH) no es un derecho absoluto y que, consecuentemente, la obligación que tienen los Estados Partes de protegerlo tampoco es una obligación absoluta. Ello es así independientemente del momento en el cual se considere que comienza la vida, ya sea desde el momento de concepción o en un momento posterior.

124. Por otro lado, coincidimos con la observación de la Corte Constitucional de Colombia en el sentido de que la mera redacción del artículo 4.1 CADH indica que la protección de dicho derecho debe ocurrir “en general” desde el momento de concepción, lo cual implica que habrán circunstancias en las cuales dicha protección no ocurrirá desde el momento de concepción.⁴⁵

125. Al analizar una situación similar a la del presente caso bajo la perspectiva del *test* de proporcionalidad, la Corte Constitucional de Colombia señaló que cuando exista un conflicto

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06 de 10 de mayo de 2006.

⁴⁵ *Id.*, § VI(6), párrs. 8-9.

entre el derecho a la vida reconocido en artículo 4.1 CADH y otro derecho Convencional, el artículo 4.1 “no puede ser interpretado en el sentido de darle prevalencia absoluta al deber de protección de la vida del nasciturus sobre los restantes derechos”⁴⁶. En suma, para la Corte Constitucional de Colombia

ninguno de los derechos consagrados en la Convención pueden tener un carácter absoluto, por ser todos esenciales a la persona humana, de ahí que sea necesario realizar una labor de ponderación cuando surjan colisiones entre ellos. La Convención tampoco puede ser interpretada en un sentido que lleve a la prelación automática e incondicional de un derecho o de un deber de protección sobre los restantes derechos por ella consagrados, o protegidos por otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ni de una manera tal que se exijan sacrificios irrazonables o desproporcionados de los derechos de otros, porque de esta manera precisamente se desconocería su finalidad de promover un régimen de libertad individual y de justicia social.⁴⁷

126. El razonamiento de la Corte Constitucional Colombiana respecto del *test* de proporcionalidad encuentra eco en el razonamiento de los siete jueces de la Corte EDH que conjuntamente emitieron un voto disidente en el caso *Odièvre v. France*, en el cual señalaron que el efecto de reconocer un derecho absoluto a una parte puede tener el resultado nefasto de la negación absoluta del derecho de la otra parte⁴⁸.

127. Tal y como señaló la Corte colombiana, los Estados pueden adoptar medidas tendientes a proteger la vida, incluso desde el momento de concepción. Sin embargo, tales medidas no pueden resultar en la restricción desproporcionada de otros derechos Convencionales⁴⁹. Es decir, contrario a lo que alega el Estado de Costa Rica, la prohibición de la FIV no puede implicar el sacrificio de otros derechos en el altar del derecho a la vida.

128. De todas maneras, tal y como la Corte IDH señaló en *Escher*, no es necesario analizar los cinco elementos del *test* de proporcionalidad si la restricción estatal no cumple con alguno de los primeros cuatro elementos del *test*⁵⁰. Es decir, si la acción estatal (1) no es legal según el derecho

⁴⁶ *Id.*, § VI(6), párr. 13.

⁴⁷ *Id.*, § VI(6), párr. 15.

⁴⁸ Eur. Court H.R., *Odièvre v. France*, Application 42326/98, February 13, 2003, Joint Dissenting Opinion of Judges Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens and Pellonpää par. 7.

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06 de 10 de mayo de 2006, § VI(8.3), párrs. 15-16.

⁵⁰ Ver también Corte IDH, *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 66.

interno, (2) no busca lograr un fin legítimo, (3) no es necesaria (no es lo menos restrictiva posible), o (4) no es idónea para lograr el fin legítimo, entonces no es necesario hacer el análisis de choque de derechos que requiere que se determine (5) la proporcionalidad de la afectación en el goce de dos o más derechos Convencionales⁵¹.

129. En este caso, la prohibición absoluta del acceso a la FIV no es necesaria (en el sentido de que existen medidas menos restrictivas que logran obtener el mismo objetivo legítimo), ya sea bajo el tercer y último elemento del *test* de necesidad o bajo el tercer (de cinco) elemento del *test* de proporcionalidad.

CONCLUSIÓN

130. En este *amicus* sugerimos a la Corte IDH que aplique al presente caso el método textual de interpretación de tratados, así como el método de interpretación basado en la práctica de los Estados Partes, y que declare que la prohibición absoluta del acceso a la FIV es incompatible con la CADH.

131. Además, proponemos que la Corte IDH rechace tanto la jurisprudencia como los otros métodos de interpretación que utiliza la Corte EDH en tanto éstos no son aplicables al Sistema Interamericano. Asimismo, opinamos que la Corte IDH no debe aplicar un test de choque de derechos al presente caso. Más bien, la Corte IDH debe declarar que la prohibición absoluta a la FIV es una restricción arbitraria del derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 11.2 CADH y una restricción excesiva que suprime el derecho a fundar una familia reconocido en el artículo 17.2 CADH.

132. Alternativamente, sugerimos que la Corte IDH defina los *tests* de “balance de derechos/intereses”, “necesidad”, y “proporcionalidad”, y que determine que el *test* de proporcionalidad es el único que verdaderamente es aplicable a situaciones de conflictos de derechos, mientras que el *test* de necesidad sólo crea la apariencia o ilusión de que es aplicable a tales situaciones. En este sentido proponemos que, al aplicar el *test* de proporcionalidad al presente caso, la Corte IDH declare que la protección del derecho a la vida mediante la

⁵¹ *Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 129.

prohibición absoluta de la FIV es una medida incompatible con la CADH en tanto causa un perjuicio desproporcional al goce de los derechos reconocidos en los artículos 11.2 y 17.2 CADH.

133. En conclusión, consideramos que la Corte IDH tiene a su disposición varias opciones metodológicas para analizar el presente caso. Sin embargo, todas ellas llevarán a la Corte IDH a la misma conclusión, a saber, que la prohibición absoluta del acceso a la FIV es incompatible con la CADH.

Presentado el 19 de septiembre de 2012 por la

Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santa Clara

Prof. Francisco J. Rivera Juaristi
Director y Abogado Supervisor
Ex Abogado *Senior* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Britton Schwartz
Abogada Supervisora

Amanda Snyder
Estudiante

Bernadette Valdellon
Estudiante

Sophia Areias
Estudiante