

CAPÍTULO I

EL CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS VS. COSTA RICA ("FECUNDACIÓN IN VITRO"): LA REDEFINICIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DESDE LA CONCEPCION, RECONOCIDO EN LA CONVENCION AMERICANA¹

LIGIA DE JESÚS CASTALDI, Y JORGE ANDRÉS OVIEDO ALVAREZ

¹ Artículo originalmente publicado, con algunas modificaciones, en: Prudencia Iuris N° 75, junio 2013: pp. 135-164. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina* Santa María de Buenos Aires.; como: DE JESUS, Ligia M.; OVIEDO Álvarez, Jorge A. y TOZZI, Piero A. "El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica ("Fecundación In Vitro") : La redefinición del Derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana". Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/caso-artavia-murillo-costarica.pdf> [Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2016].

1. INTRODUCCIÓN	29
2. PANORAMA DEL DERECHO A LA VIDA EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	30
a. La jurisprudencia de la Corte sobre el derecho a la vida antes de Artavia vs. Costa Rica	33
b. Deber de protección del derecho a la vida por parte del Estado	35
3. ANTECEDENTES DEL CASO ARTAVIA VS. COSTA RICA	38
a. La interpretación de buena fe y de acuerdo con el sentido corriente de los términos del tratado	41
b. Parcialidad de los jueces en contra del derecho a la vida desde la concepción	42
4. EL DERECHO A LA VIDA DEL EMBRIÓN HUMANO DE ACUERDO A LA CORTE IDH EN ARTAVIA VS. COSTA RICA	45
a. Redefinición de la "concepción" como "implantación" o "embarazo"	45
b. Rechazo de la personalidad jurídica del embrión reconocida en la Convención Americana	47
5. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL DERECHO A LA VIDA DEL NO NACIDO EN ARTAVIA VS. COSTA RICA	49
a. Interpretación sistemática	51
b. Interpretación histórica	65
c. Interpretación evolutiva	67
6. CONCLUSIÓN	69
7. APÉNDICE: LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DE LA CORTE IDH EN EL CASO ARTAVIA MURILLO	70
ADDENDUM II	75
Cumplimiento de la sentencia del fallo del caso Artavia en Costa Rica	75

1. INTRODUCCIÓN

En el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (“Fecundación *in vitro*”), cuya sentencia fue emitida el 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte o Corte IDH) condenó a Costa Rica a legalizar la reproducción artificial y a subsidiarla con fondos públicos por medio de la Caja Costarricense del Seguro Social.

La sentencia fue especialmente arbitraria porque, entre otros, declaró que el embrión humano concebido no es persona ni sujeto de derechos² y redefinió la “concepción” como implantación en el útero materno, en lugar de la fertilización,³ que es el sentido corriente que se le da al término, dejando así a los embriones humanos creados en tubos de ensayo completamente desprotegidos por la Convención Americana, tratado que explícitamente protege la vida del no nacido.

Además, la Corte concluyó que los términos “en general”, del artículo 4(1) de la Convención, permiten amplias excepciones al derecho a la vida del no nacido, incluyendo la legalización de al menos algunas formas de aborto, y que no existe un deber de protección absoluta o incondicional de la vida prenatal por parte de los Estados Parte, sino simplemente un deber de protección gradual e incremental según el grado de desarrollo físico del niño no nacido.⁴

Este artículo analiza críticamente la opinión de la Corte en cuanto a la redefinición del artículo 4(1) de la Convención Americana de Derechos Humanos y señala las instancias de distorsión de las normas regionales de interpretación y de las normas internacionales de interpretación de los tratados reconocidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁵ sin perjuicio de otros defectos de los que el fallo pueda adolecer.

² CORTE IDH. “Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, para. 223. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

³ Cfr. *Ibidem*, párr. 189 et seq.

⁴ Cfr. *Ibidem*, párr. 257-264.

⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, 1969. En vigor a partir del 27 de Enero de 1980.

2. PANORAMA DEL DERECHO A LA VIDA EN LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención o Convención Americana)⁶ reconoce el derecho a la vida de toda persona. Esta característica la comparte con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Desde la Conferencia Especializada de San José de 1969, se ha admitido que en la Convención Americana, el derecho a la vida tiene un carácter fundamental, además de que se le ha otorgado una amplia y reforzada protección. Este régimen de protección distingue a la Convención de los otros instrumentos de Derechos Humanos citados. En este sentido, es de interés hacer hincapié en las intervenciones de los delegados de Venezuela y Uruguay quienes, durante las sesiones de la Conferencia correspondientes al 10 y 11 noviembre de 1969, ya advirtieron el carácter fundamental que el derecho a la vida tendría en el sistema de protección de la hoy Convención Americana⁷. Esto por considerarse, desde entonces, que se trata del derecho más básico y elemental que debe ser protegido.

Hasta la fecha no ha existido duda de este carácter fundamental del derecho a la vida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Al respecto, nótese que en su trabajo de 1991, Gros Espiell ha señalado que, en la Convención, el derecho a la vida es la “síntesis de todos los derechos humanos”.⁸ Consecuentemente, es pacífico afirmar que, en la Convención, se ha consagrado la garantía del derecho a la vida como el fundamento necesario para asegurar la plena vigencia de todo el sistema de protección de los Derechos Humanos.

Ahora bien, igual se impone subrayar que el artículo 4 de la Convención no se ha circunscrito a garantizar un mero derecho a la vida.

⁶ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. “Convención Americana de Derechos Humanos”. 1969.

⁷ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. “Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos”, OEA/Ser.K./XVI/1.2, 7 al 22 noviembre de 1969: p. 160.

⁸ GROS Espiell, Héctor, “La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo”, *Editorial Jurídica de Chile*, 1991: pp. 80-84.

Por el contrario, debe insistirse en que la norma le ha otorgado al derecho a la vida una protección de amplio alcance, mayor que la prevista en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o en la Carta Africana e incluso en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto, es importante considerar lo comentado por Obinna Okere⁹, quien, comparando la Convención con los instrumentos europeo y africano, destacó, ya en 1984, que aquella es la única que, de un lado, establece expresamente que el derecho a la vida debe ser protegido desde antes del nacimiento y a partir del momento de la concepción, y luego, que también ha establecido serias y graves limitaciones a la pena de muerte.

Cabe acotar que esta especificidad de la Convención habría sido puesta en relieve, por Buergenthal en fecha tan temprana como 1972. Efectivamente, en ese año Buergenthal ya habría señalado que el artículo 4 ha incorporado disposiciones – en su criterio controversiales– que, de un extremo, prohibirían el aborto voluntario y, de otro lado, limitarían en extremo la pena capital.¹⁰

Lo cierto es que con la adopción y posterior ratificación de la Convención Americana, 24 Estados latinoamericanos y del Caribe¹¹ reconocieron que la vida comienza desde el momento de la concepción y otorgaron al niño no nacido protección como sujeto de derechos humanos en el artículo 4(1) de la Convención:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Debe insistirse en que la protección del derecho a la vida desde la concepción implica necesariamente que la Convención protege el derecho a la vida de los seres humanos desde el inicio de su vida y antes del nacimiento.

⁹ Cfr. B. OBINNA Okere, “The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and peoples’ Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems”, *Human Rights Quarterly*. Vol 6 (2) May, 1984: pp. 141-159.

¹⁰ 10 Cfr. BUERGENTHAL, Thomas. “Comentary: the American Convention on Human Rights. Illusions and Hopes”, *Buffalo Law Review* Vol. 21, 1971: pp. 121-136.

¹¹ Hasta julio de 2011, los siguientes Estados han ratificado la Convención Americana: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panama, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay. Disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm>.

Es importante puntualizar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos se cita frecuentemente por distintas Cortes¹² y juristas internacionales¹³ como el instrumento de Derecho Internacional que contiene el más explícito reconocimiento del derecho a la vida del no nacido.¹⁴ Ello sin perjuicio de que otros tratados y declaraciones internacionales también protejan la vida y la salud del no nacido.¹⁵ En este sentido, es importante subrayar lo comentado por Wicks¹⁶ quien ha advertido que la Convención es el único tratado de derechos humanos que se ha propuesto resolver la cuestión de cuando inicia la protección del derecho a la vida, estableciendo que es partir de la concepción. Término que, por cierto, ha tenido, hasta la sentencia Artavia Murillo, un sentido claro: es el momento en que se produce la unión de gametos

¹² Por ejemplo, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. “Vo. v. France, Sentencia del 8 de Julio, 2004”, párr. 75. Disponible en: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/>

¹³ Por ejemplo, en 1987, Dinah Shelton, actual comisionada en la CIDH, señaló que la Convención Americana es única respecto a otros instrumentos internacionales de derechos humanos en su patente reconocimiento de un “derecho a la vida prenatal”. Ver: SHELTON, Dinah, “International Law and the Protection of the Fetus in Abortion and the Protection of The Human Fetus, Legal problems in a cross-cultural perspective”, in FRANKOWSKI, Stanislaw J. and COLE George F. (Coords.), en *Abortion and Protection of the Human Fetus: Legal Problems in a Cross-cultural Perspective*, Holanda, *Martinus Nijhoff Publishers*, 1987.

¹⁴ Para propósitos de este artículo, se entenderá por “niño no nacido” o “no nacido” el embrión, cigoto, feto o cualquier otro término utilizado para designar el producto de la concepción o fertilización.

¹⁵ Por ejemplo, el artículo 24(2) (d) de la Convención sobre Derechos del Niño y el principio 4 de la Declaración de los Derechos del Niño contemplan la atención pre-natal como parte del derecho del niño a la salud y al desarrollo. Este derecho se encuentra también reconocido en el artículo VII de la Declaración Americana. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la imposición de la pena de muerte en mujeres embarazadas en su artículo 6(5), otorgando así protección a la vida del no nacido. Similar prohibición contra la ejecución de mujeres embarazadas pueden encontrarse en el artículo 4(5) de la Convención Americana. Asimismo, los preámbulos de la Convención y Declaración de los Derechos del Niño, elementos esenciales de interpretación de los tratados mismos, de acuerdo al artículo 31(2) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, afirman el deber de protección legal de los Estados respecto al niño no nacido, que por su vulnerabilidad “necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

¹⁶ Cfr. WICKS, Elizabeth. “The Meaning Of Life: Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties”, *Oxford Human Rights Law Review* Vol.12 (2), 2012: pp. 199-219.

tal y como lo ha reconocido García Ramírez¹⁷ y lo ha afirmado Monroy Cabra.¹⁸

a. La jurisprudencia de la Corte sobre el derecho a la vida antes de *Artavia vs. Costa Rica*

Hasta la sentencia dictada en *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, la Corte Interamericana había señalado, en su jurisprudencia, el carácter fundamental del derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención. En este orden de ideas, debe advertirse que al derecho a la vida se le ha considerado el presupuesto necesario a partir del cual se ejercen los demás derechos, pues éstos serían inútiles si no se garantiza el primero. Literalmente, la Corte ha señalado que de la salvaguarda del derecho a la vida, depende la realización de los demás derechos.¹⁹

Asimismo, es importante advertir que, de acuerdo con la doctrina de la Corte, el carácter fundamental del derecho a la vida implica necesariamente que no es admisible un enfoque restrictivo de su alcance. Por el contrario, el principio es que debe interpretarse a favor del reconocimiento del derecho a la vida.²⁰

En este sentido, conviene apuntar que ya la Corte se había referido a los niños no nacidos utilizando distintos términos que reconocen su condición de persona titular de derechos humanos. Efectivamente, en su jurisprudencia la Corte se había referido a las personas no nacidas como “niños”, “menores de edad”, “hijos” y “bebés” en al menos tres casos, a saber: *Caso de los Hermanos Gómez-Paquiyaauri vs. Perú*,²¹ *Caso*

¹⁷ Cfr. GARCÍA Ramírez, Sergio. “La Pena de Muerte en la Convención Americana de Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM. Vol. XXXVIII, (114), Septiembre-Diciembre, 2005: pp. 1021-1088.

¹⁸ Cfr. MONROY Cabra, Marco. Informe presentado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Artavia Murillo* y otros contra Costa Rica.

¹⁹ Cfr. CORTE IDH. “Caso Reeducación de Menores vs. Paraguay”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de setiembre de 2004. Serie C No. 112.

²⁰ Cfr. CORTE IDH. “Caso Villagrán, Morales y otros vs. Guatemala, de 19 de noviembre de 1999”. Serie C No. 63.

²¹ CORTE IDH. “Caso de los Hermanos Gómez-Paquiyaauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004”. Párr. 67 (x), 216 y nota 62.

del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú²² y Caso Goiburú y otros vs. Paraguay.²³

La Corte también se refirió a los abortos inducidos como “actos de barbarie” en el *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*.²⁴ Además, en el *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, la Corte observó que el “derecho a la vida de los niños (...) no puede desligarse de la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas” y reiteró la obligación de los Estados Parte de la Convención de garantizar el acceso a la salud pre-natal.²⁵

Incluso la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en *James Demers vs. Canadá*, habría aceptado que los niños no nacidos podrían ser víctimas de violaciones de sus derechos bajo la Convención, siempre y cuando las denuncias interpuestas en nombre de éstos fueran individualizadas.²⁶ Existen además otros informes en los que la CIDH ha condenado algunas formas de aborto, incluyendo el aborto voluntario, al igual que otros actos de violencia a mujeres embarazadas y niños no nacidos, refiriéndose al aborto como violación de derechos humanos. Por ejemplo, en su informe anual de 1971, la Comisión expresó que “el uso del aborto para ayudar a resolver los problemas económicos y de subsistencia derivados de la explosión demográfica constituiría patente y grave violación de los derechos humanos”.²⁷ Asimismo, en 1995

²² CORTE IDH. “Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006”, párr. 197(57) y 292. Ver también Voto Razonado del Juez A.A. CANÇADO, Trindade, párr. 61, donde también se refiere a los no nacidos como “niños”.

²³ CORTE IDH. “Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006”, párr. 160(b)(iii) y 161, donde la Corte indica que Carlos Marcelo Mancuello Ríos era menor de edad al momento de la desaparición forzada de sus padres y hermano y párr. 100(b), donde indica que su madre Gladis Esther Ríos de Mancuello, se encontraba embarazada en dicha fecha.

²⁴ CORTE IDH. “Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párr. 139.

²⁵ Cfr. CORTE IDH. “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 177.

²⁶ Cfr. *Ibid.*, párr. 42 y 44.

²⁷ CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos de acuerdo con lo prescrito por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OAS/Ser.L/V/II/.27, Doc. 11 rev., 6 de marzo de 1972, Parte II, párr. 1. Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/71sp/parte2.htm>.

se refirió al aborto forzado como una forma de tortura, refiriéndose a “golpes en los pechos y el vientre, frecuentemente infligidos a mujeres embarazadas con la intención de causar un aborto o de deteriorar la capacidad de engendrar” como una forma de “tortura sexual”.²⁸

Es decir que en la jurisprudencia de la Corte anterior al caso Artavia Murillo se habría precisado que el derecho a la vida es el derecho más básico de los seres humanos y que su garantía es un presupuesto necesario para garantizar el libre ejercicio y disfrute de todos los demás derechos.

b. Deber de protección del derecho a la vida por parte del Estado

El artículo 4 de la Convención ha establecido expresamente que el derecho a la vida a partir de la concepción debe ser protegido por la Ley. Esto implica, conforme la doctrina 1 y 2 también de la Convención, el deber de los Estados Parte de respetar el derecho a la vida de las personas, incluyendo las personas no nacidas. Luego, se impone el deber del Estado de adoptar medidas que hagan efectivo el derecho a la vida.

Ahora bien, sin perjuicio de remarcar que, de acuerdo con el preámbulo de la Convención, los derechos protegidos por ella son todos esenciales de la persona, debe insistirse en que el derecho a la vida tiene el carácter de derecho básico, es decir, que se trata de un derecho del que nacen obligaciones oponibles *erga omnes* y que se encuentra íntimamente asociado con la persona humana y su dignidad.²⁹ Efectivamente no cabe duda de que el derecho a la vida en la Convención tiene el rango de fundamental, pues como se ha explicado anteriormente, su protección es un presupuesto necesario para la vigencia y efectividad de todo el sistema de derechos humanos.

Luego no debe escapar al análisis que el derecho a la vida, incluyendo el derecho a la vida del no nacido, no le puede ser arrebatado o suspendido, y su reconocimiento no puede ser revertido por los órganos del Sistema Interamericano, de acuerdo a las normas de interpretación de la Convención Americana (art. 29) que establecen que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el senti-

²⁸ CIDH, “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, Capítulo IV: “la Situación de los Derechos Humanos en Haití”, párr. 123. Disponible en <http://www.cidh.org/women/haiti95mujer.htm>

²⁹ MERON, Theodore, “On a Hierarchy of International Human Rights”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 80 (1) Enero, 1986: pp. 1-23.

do de permitir a alguno de los Estados Parte, 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” ni de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano”.

Por último, debe señalarse que el derecho a la vida, incluyendo el de la persona no nacida, tiene el carácter de absoluto, no en el sentido de que no encuentra excepciones calificadas,³⁰ verbigracia la legítima defensa, sino en el tanto no puede ser derogado –sea suspendido– ni siquiera en caso de emergencias.^{31,32}

En este sentido el artículo 27(2) de la Convención establece que el derecho a la vida no es derogable, ni lo son tampoco las garantías judiciales para su protección. Al respecto, la Corte ha interpretado este artículo expresando que el derecho a la vida es inderogable pues no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Parte. La derogación de la vida del niño no nacido autorizando su muerte o destrucción por simple acto de voluntad de sus padres o de un facultativo médico, sería por lo tanto, una violación de este principio.

Lo anterior tiene implicaciones de primer orden. Primero, el carácter fundamental e inderogable del derecho a la vida desde la concepción implica necesariamente que éste debe prevalecer en todos aquellos casos en que se planteó un supuesto conflicto con otros derechos, por ejemplo, el derecho a la privacidad o derecho a la integridad personal de la mujer. Debe insistirse en que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte “el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos”,³³ razón por la cual prevalece sobre otros intereses menores.

³⁰ Cfr. Voto Disidente del Juez Vio Grossi, CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op. cit.*

³¹ Cfr. LEGG, Andrew, “The Margin of Appreciation in International Human Rights Law”. *Oxford University Press*, 2012: p. 204.

³² Cfr. BUERGENTHAL, Thomas. “The American and European Convention on Human Rights, Similarities and Difference”, *American University Law Review*, 30 (1980-1981):155-156.

³³ Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999”, párr. 144, y “Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010”, párr. 186. “Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 186”.

Segundo, que en la Convención el derecho a la vida implica su carácter inherente. Es decir, que el derecho a la vida de la persona, incluyendo la del no nacido, no puede ser mediatizado o instrumentalizado, ni siquiera en aquellos supuestos en que eso sea presuntamente necesario para la consecución de determinados resultados, sea la experimentación en pro de la salud humana o la implementación de técnicas de reproducción asistida.

No cabe duda de que este derecho a la protección de la vida no se ve disminuido por la frase “en general” introducida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues dicho término no tiene la virtud de vaciar de contenido al derecho a la vida desde la concepción. Por el contrario, solamente le otorga a los Estados un margen para determinar la forma en que debe protegerse dicho derecho.^{34,35}

En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados, la Corte ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos,³⁶ y ha expresado que en virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho.³⁷

Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción.³⁸ Ello incluye adoptar

³⁴ Cfr. Voto Disidente del Juez Vio Grossi, CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op. cit.*

³⁵ Cfr. NIETO Navia, Rafael, “Aspectos Internacionales de la Demanda contra la Penalización del Aborto”, en *Persona y Bioética*, 9,(24) enero-junio 2005: 21-42.

³⁶ Cfr. Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 144, y Caso “Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010”, párr. 186 citado en CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*: párr. 172.

³⁷ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 171.

³⁸ Cfr. Caso de “la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006”, párr. 120, y Caso “Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012”, párr. 145, citado en CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.* párr. 172.

las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna.³⁹

Finalmente, debe advertirse en que el artículo 1 de la Convención exige que la protección del derecho a la vida se establezca sobre bases no discriminatorias. Los instrumentos del Sistema Interamericano fueron adoptados en base al principio de igualdad de todos los seres humanos. El artículo 24 de la Convención y artículo II de la Declaración establecen que todas las personas, sin discriminación, tienen derecho a igual protección ante la ley. En vista de que el niño no nacido es persona, de acuerdo a la Convención Americana, éste goza también del derecho a la igualdad ante la ley.

3. ANTECEDENTES DEL CASO ARTAVIA VS. COSTA RICA

A partir de 2004, dos peticiones fueron presentadas ante la CIDH, *Gretel Artavia Murillo vs. Costa Rica* (anteriormente Ana Victoria Sánchez Villalobos vs. Costa Rica y Petición 12.361)⁴⁰ y *Daniel Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros vs. Costa Rica*,⁴¹ alegando que Costa Rica estaba violentando los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos al prohibir la fertilización *in vitro* (en adelante FIV), técnica de reproducción artificial que resulta en la destrucción y congelamiento de embriones humanos, al igual que en abortos llamados eufemísticamente “reducciones embrionarias”.

En ambas peticiones, un grupo de parejas infértiles alegaban violación de sus derechos humanos por parte del Estado de Costa Rica, cuya Corte Suprema prohibió la práctica de la fertilización *in vitro* (FIV) desde el año 2000, debido a la previsible destrucción y pérdida embrionaria inherente al procedimiento.⁴² La prohibición no era absoluta, pues preveía circunstancias bajo las cuales la fertilización *in vitro*

³⁹ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.* párr. 172.

⁴⁰ CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), párr. 69.

⁴¹ CIDH, Informe No. 156/10, Petición 1368-04 (Admisibilidad), Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros, Costa Rica, 1º de noviembre (2010).

⁴² CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), párr. .2, 17 y 30.

podría ser constitucional, siendo estas que la técnica evolucionara en el futuro de manera que la fertilización *in vitro* no implicara muerte embrionaria, ya sea de manera previsible o deliberada.⁴³

Inicialmente, el grupo de peticionarios incluía también a dos empresas proveedoras de fertilización *in vitro*, Costa Rica Ultrasonografía S.A. y el Instituto Costarricense de Fertilidad, que solicitaban ser consideradas como víctimas en el caso, alegando daños materiales y exigiendo reparaciones pecuniarias por parte del Estado,⁴⁴ hecho que ilustra la magnitud de los intereses económicos de la industria de la reproducción artificial en el caso. La Comisión correctamente rechazó tener competencia *ratione personae* sobre estas empresas, “por no ser personas físicas y por lo tanto no estar protegidas por la Convención Americana”.⁴⁵ Sin embargo, la Corte posteriormente recibió declaraciones y peritajes de dos empleados de dichas empresas “a título informativo”,⁴⁶ a pesar de las objeciones presentadas por el Estado de Costa Rica debido a un posible conflicto de interés.⁴⁷ Predeciblemente, el testimonio ofrecido promovió las técnicas de reproducción artificial, y sus supuestos altos porcentajes de efectividad.⁴⁸

En el 2008, Ana Victoria Sánchez Villalobos y su esposo Fernando Salazar Bonilla, la pareja representativa de las víctimas de la prohibición de la FIV, se retiraron de la petición, indicando que se habían informado sobre el procedimiento y habían comprendido que el embrión es un ser humano desde el momento de la concepción y que la FIV violenta su derecho a la vida recomendando a otras parejas infértiles adoptar en lugar de producir nuevas vidas humanas en tubos de ensayo.⁴⁹ La Comisión cambió el nombre de la petición a *Petición 12.361*

⁴³ CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit*, párr. 76.

⁴⁴ CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), “Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica”, 11 de marzo (2004), párr. 27-28.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 49.

⁴⁶ CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit*, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de agosto (2012), párr. 33.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 19, 21.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 9, 11.

⁴⁹ ACIPRENSA, San José, Costa Rica. “Mujer comprende que vida comienza en concepción y retira demanda contra Costa Rica”, [en línea] Dic. 8, 2008, Disponible en: <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=23767> [Fecha de consulta: octubre 5 de 2016].

y luego a *Gretel Artavia Murillo vs. Costa Rica*, pero no hizo mención alguna de este hecho en posteriores informes o comunicados de prensa.

En el 2004 y 2010 respectivamente, la Comisión declaró ambas peticiones admisibles respecto a los siguientes artículos de la Convención Americana: 5(1) (derecho a la integridad personal), 11(2) (derecho a la privacidad), 17 (protección a la familia) y 24 (igualdad ante la Ley), entre otros; e inadmisibles en relación a los artículos 4 (derecho a la vida) y 5(2) (tratos crueles, inhumanos o degradantes) y artículo 8 (garantías judiciales), entre otros.⁵⁰

En agosto de 2010, la CIDH emitió un informe de fondo sobre la petición 12.361 (no publicado hasta octubre de 2011) y, un año después, en agosto de 2011, remitió el caso ante la Corte Interamericana, alegando que la prohibición constitucional contra la fertilización *in vitro* en Costa Rica constituiría una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar, y a formar una familia al igual que una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, cuyo efecto tuvo un impacto desproporcionado en las mujeres.⁵¹ Previo a la emisión del informe, la CIDH había recomendado a Costa Rica legalizar y subsidiar la práctica de la FIV a pesar de la protección a la vida del embrión contenida en la Convención Americana.⁵² De acuerdo a la prensa nacional, la CIDH estableció varios plazos límite para que el Congreso costarricense aprobara una ley que legalizara la FIV y otras técnicas de reproducción artificial y proveyera fondos públicos para la práctica de la misma, con los cuales este habría incumplido.⁵³

⁵⁰ CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), “Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica”, 11 de marzo (2004), Conclusiones, párr. 1 & 3 e Informe No. 85/06, Petición 225-04, Admisibilidad, James Demers, Canadá, 21 de octubre de 2006, OEA/ Ser. L. /V/II. (Oct 21, 2006), Conclusiones, párr. 1&2.

⁵¹ Cfr. CIDH, Comunicado de Prensa No. 91/11, “CIDH presenta caso sobre Costa Rica ante la Corte IDH”. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/91-11sp.htm> [Fecha de consulta: Octubre 14, 2016].

⁵² Cfr. MURILLO, Alvaro. “La Costa Rica Católica se atasca con la fertilización in vitro”, *Diario El País* (San José, Costa Rica), julio 12, 2011, Disponible en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2011/07/12/actualidad/1310421612_850215.html [Fecha de consulta: septiembre 29 de 2016].

⁵³ Cfr. AVENDAÑO, Carlos, “Fecundación in vitro: trámite exprés”, *Diario Extra* [en línea]. Marzo 2011, Disponible en: <http://noalabortocostarica.blogspot.mx/2011/03/fecundacion-in-vitro-tramite-expres.html> , [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2016] y “CIDH Extends Deadline For Approval Of Law For In-Vitro Fertilization In Costa Rica”, *Inside Costa Rica* [en línea]: 24 de febrero de 2011. [Fecha de

El 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Costa Rica a legalizar la reproducción artificial y a subsidiarla con fondos públicos por medio de la Caja Costarricense del Seguro Social, concluyendo que el embrión humano no es persona, que la concepción comienza en la implantación y que el artículo 4(1) permite amplias excepciones a la vida del no nacido, incluyendo al menos algunas formas de aborto.⁵⁴

a. La interpretación de buena fe y de acuerdo con el sentido corriente de los términos del tratado

De acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante Convención de Viena),⁵⁵ artículo 31, la interpretación del artículo 4(1) de la Convención Americana debe comenzar con el texto mismo del tratado. La Convención de Viena establece que esta interpretación debe llevarse a cabo de buena fe y conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos, teniendo en cuenta su objeto y fin.

Una interpretación de buena fe y de acuerdo con el sentido corriente de los términos del tratado ciertamente llevaría a concluir que, en nuestra región, el artículo 4.1 de la CADH protege al niño no nacido contra todo aborto intencionalmente provocado y contra todo acto voluntario tendiente a su destrucción, tal y como lo entendió la Sala Constitucional de Costa Rica en su sentencia N° 2306-2000, ya que la Convención claramente protege la vida humana *in utero* desde el momento de la concepción, y no a partir del nacimiento. La sentencia que dio lugar a la prohibición de la Fertilización *In Vitro*. En este sentido, merece recordarse el voto del Comisionado Monroy Cabra en el caso *Baby Boy*, donde señaló:

“Si la interpretación de los acuerdos internacionales debe ser de buena fe, textual, conforme al sentido que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin, no hay duda de que la protección del derecho a la vida debe comenzar

consulta: 28 de septiembre 2016]. Disponible en: <http://www.insidecostarica.com/dailynews/2011/february/24/costarica11022402.htm>

⁵⁴ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 182.

⁵⁵ ONU Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, UN. Doc A/ CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigor a partir del 27 de enero de 1980.

desde la concepción. [...] Lo anterior significa que si en el producto de la concepción hay vida humana y este derecho es el primero y fundamental, el aborto atenta contra el derecho a la vida”⁵⁶

b. Parcialidad de los jueces en contra del derecho a la vida desde la concepción

Lamentablemente, los prejuicios ideológicos de al menos tres de los jueces que conocieron el caso afectaron su imparcialidad y buena fe al conocer del caso de la FIV y podrían haber constituido un conflicto de interés, de acuerdo al artículo 19(1) del Estatuto de la Corte. Un juez que promueve la legalización del aborto lógicamente tiene una predisposición en contra del respeto de la vida del no nacido, es decir del feto o del embrión humano, y al menos tres de los jueces del caso Artavia tienen instancias documentadas de activismo a favor del aborto en Latinoamérica.

El actual Presidente de la Corte, Diego García Sayán, ha tenido desde hace tiempo una posición personal en contra del reconocimiento de los derechos del no nacido y a favor del aborto, que no ha intentado ocultar. En el 2009, por ejemplo, escribió un artículo celebrando la legalización del aborto hasta las 12 semanas de gestación en el Distrito Federal de México,⁵⁷ una política que en su opinión favoreció a millones de mujeres mexicanas y también a niños, debido a que “de 2.2 bebés abandonados mensualmente hasta antes de la ley, se pasó a 1.2 como efecto inmediato de la despenalización”⁵⁸ Obviamente, la disminución radical del número de bebés abandonados en la vía pública provenía de que estos estarían siendo abortados, sin embargo, el juez comentó que “no se puede imponer a la sociedad una visión religiosa determinada” al promover el respeto por el derecho a la vida de los niños en el vientre materno.

⁵⁶ Resolución 23/81, Caso 2141. Estados Unidos de América, “Baby Boy”, (1981), Voto Negativo del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, párrs. 6 y 9, respectivamente, en <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141b.htm>.

⁵⁷ GARCÍA-SAYAN, Diego, “Muertes anunciadas, derecho a la vida”, *Diario la República* [en línea]: 13 de marzo de 2009. Disponible en: <http://larepublica.pe/columnistas/atando-cabos/muertes-anunciadas-derecho-la-vida-13-03-2009> [Fecha de consulta, 28 de septiembre 2016]

⁵⁸ *Idem*.

Igualmente, la jueza jamaicana Margarette Macaulay, ha promovido la legalización del aborto en Jamaica, su país natal. Antes de su nombramiento como juez, formó parte del National Advisory Group on Abortion, que recomendó la legalización del aborto en Jamaica.⁵⁹ En abril del 2009 dio una presentación a favor de la legalización del aborto en Jamaica en una conferencia organizada por el Institute of Gender and Development Studies, entre otros.⁶⁰

Asimismo, durante las audiencias, el juez Alberto Pérez Pérez actuó más como parte que como juez al mostrarse parcializado a favor de los peticionarios, defendiendo la legalización de la fertilización *in vitro* de acuerdo a varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y promoviendo una redefinición de la concepción como implantación con base en la definición del diccionario de la Real Academia Española al momento de la aprobación de la Convención Americana, tal como la Corte eventualmente lo hizo.⁶¹

Organizaciones pro vida presentes en la audiencia pública, reportaron que “el irrespeto de estos jueces llegó al colmo de gesticular permanentemente en muestra de desaprobación y hasta burlarse cuando los funcionarios del gobierno de Costa Rica argumentaban que las técnicas de fecundación *in vitro* terminan con la vida de muchos embriones humanos”,⁶² a pesar de que la representación del Estado estuvo a cargo de

⁵⁹ Cfr. “Statement at the review by the CEDAW of Jamaica’s fifth Periodic Report During the 36th Session of the Committee on the Elimination of Discrimination of Women”. (Aug. 11, 2006), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/246/29/PDF/N0424629.pdf?OpenElement>

⁶⁰ “Establishing Common Ground: A Conversation on Reforming the Law on Abortion in Jamaica.” The University of the West Indies at Mona, Jamaica, Public Relations Office, “Abortion Public Relations Forum”, <http://myspot.mona.uwi.edu/proffice/uwinotebook/entry/3522>.

⁶¹ Aludiendo a Costa y Pavan vs. Italia, Dixon vs. Reino Unido. Ver Audiencia Pública. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, <https://vimeo.com/corteidh>

⁶² POLO, Carlos, “Tres jueces de la Corte Interamericana asumen posición abortista en caso Fecundación *in vitro*”. *Boletín para América Latina*, Population Research Institute. Boletín 163: Septiembre 7, 2012. Disponible en: <http://www.lapop.org/index.php/boletines/427-boletin-163-tres-jueces-de-corte-interamericana-asumen-posicion-abortista-en-caso-fecundacion-in-vitro> [Fecha de consulta: septiembre 28, 2016]; y “Denuncian parcialidad de jueces de Corte IDH a favor del aborto”, *ACIPRENSA* [en línea], octubre 3, 2012, Disponible en: <https://www.aciprensa.com/noticias/denuncian-parcialidad-de-jueces-de-corte-idh-a-favor-del-aborto-22790/> [Fecha de consulta: septiembre 30, 2016];

un alto funcionario de Estado, la Procuradora General de la República de Costa Rica.

Desafortunadamente, las opiniones personales de estos jueces respecto a la personalidad jurídica y al derecho a la vida del no nacido prevalecieron en la decisión, lo cual es parte de una tendencia general hacia el activismo judicial en Latinoamérica, y en otras partes, donde los jueces parecen buscar imponer su propia cosmovisión ideológica en perjuicio y a pesar de principios tales como la separación de poderes además de exceder el ámbito de competencias constitucionales de las Cortes.⁶³ Estas tendencias son inherentemente antidemocráticas y se caracterizan por la renuencia de las Cortes a aceptar los límites que les impone el lenguaje (verbigracia el caso Murillo) y también por su inclinación a la arbitrariedad y el relativismo. El problema se agrava cuando se trata de las actuaciones de una corte transnacional, como la Corte Interamericana, donde se busca imponer una decisión, tomada por un grupo de jueces, sobre los miembros constitutivos de un sistema internacional.

En futuros casos que afecten los derechos del no nacido, otros miembros de la Corte podrían manifestar similar prejuicio. Por ejemplo, el juez Humberto Sierra Porto, elegido en 2012 como juez de la corte IDH⁶⁴ ex magistrado del Tribunal Constitucional colombiano y autor de la sentencia C-355, que liberalizó el aborto en el país, avaló durante su gestión, el reconocimiento del aborto como un derecho fundamental en ese país, estableciendo serias limitaciones al derecho de objeción de conciencia para aquellos médicos e instituciones que se rehusaren a realizar abortos por razones morales, y se pronunció a favor del “aborto post-natal” de un niño de casi 8 meses de gestación.⁶⁵

⁶³ Cfr. MORA Restrepo, Gabriel. “Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces: Teoría de la legitimidad en la argumentación de sentencias constitucionales”, *Marcial Pons*, Argentina, 2009; TOZZI, Piero A., MARCILESE, Sebastian y MUGA González, Rossana, “El Activismo Judicial en Latinoamérica. Análisis a raíz de la reciente jurisprudencia argentina proaborto”, *El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 13.192, Año LI, 2013: pag. 1-8.

⁶⁴ Revista El Tiempo [en línea]. “Sierra Porto, nuevo juez de Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Colombia, 5 de junio del 2012. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11924233> [Fecha de consulta: 5 de octubre 2016]

⁶⁵ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-388/09, Sentencia T-585/10, Sentencia T-841/11, Sentencia T-636/11, AUTO 377/10, Auto 283/10, AUTO 038/12.

4. EL DERECHO A LA VIDA DEL EMBRIÓN HUMANO DE ACUERDO A LA CORTE IDH EN ARTAVIA VS. COSTA RICA

a. Redefinición de la “concepción” como “implantación” o “embarazo”

A pesar de que el sentido corriente del término “concepción” es el relativo a la fertilización, es decir la unión del óvulo y el espermatozoide que produce un embrión humano,⁶⁶ en *Artavia Murillo*, la Corte IDH redefinió la “concepción” como equivalente de la “implantación” del embrión en el útero materno, es decir, el inicio del embarazo, previo a la cual no habría lugar a la aplicación del derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la Convención.⁶⁷ A falta de mejores fuentes, la Corte redefinió el término en base a una parte de la prueba científica aportada en el juicio y a la definición del término en el Diccionario de la Real Academia Española de 1956.

La Corte recibió distintas pruebas periciales sobre el significado del término “concepción” y optó por dar crédito a aquel que lo definió como equivalente al término “implantación” o “embarazo”. El perito Marco Gerardo Monroy Cabra, ex miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, explicó que la palabra concepción es “un término médico científico y que ha sido interpretado en el sentido de que se produce [con] la fusión entre óvulo y el espermatozoide”. En términos parecidos, la perita Maureen L. Condic consideró que “la vida humana inicia en la fusión espermatozoide-óvulo, un ‘momento de concepción’ observable”.⁶⁸ Sin embargo, la Corte descartó estos testimonios como inválidos sin mayor justificación, sin hacer siquiera un apartado para la ponderación de la prueba y escogió dar crédito al testimonio del perito Zegers, quien señaló que “la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión”, alegando que la “concepción” equivale al inicio del embarazo, no a la fertilización.⁶⁹ Asimismo, el perito señaló que cuando se firmó la Convención Americana en 1969, el Diccionario

⁶⁶ ELSEVIER, Diccionario Mosby de Medicina. *Elsevier*, España 2010; LÓPEZ Moratalla, Natalia, e IRABURU Elizalde, María J. “Los quince primeros días de una vida humana”, *Ediciones Universidad de Navarra*, Pamplona, España, 2004: p. 19; Declaración de la Dra. Maureen L. Condic citada en, CORTE IDH. Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. *Op cit.*, párr. 182.

⁶⁷ CORTE IDH. Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. *Op cit.*, párr. 186, 264.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 182.

⁶⁹ Cfr. *Ibid.*, párr. 181.

de la Real Academia de la Lengua Española (de 1956) definía la “concepción” de esta manera, como el inicio de la preñez o embarazo y daba un significado distinto al término “fecundación”.⁷⁰ La Corte, manifestó su acuerdo con el perito y observó “que el Diccionario actual de la Real Academia de la Lengua Española mantiene casi por completo las definiciones de 1956”.⁷¹

A pesar de que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española obviamente no constituye fuente del derecho internacional ni parte de los elementos de interpretación de las normas de los tratados, de manera insólita, la Corte hizo suyos los argumentos del perito, utilizando el Diccionario como única fuente autoritaria de interpretación del término “concepción” en el artículo 4(1) de la Convención.

Aún asumiendo la absurda premisa de que el Diccionario pudiera ser fuente legítima de interpretación, lo que no es, una revisión más acuciosa del mismo permite ver cómo la Corte distorsionó su lectura, pues la referencia a la implantación o inicio del embarazo se encuentra solamente en la acepción de la palabra “concebir”, mas no de la palabra “concepción” como la Corte misma señala.⁷² Asimismo, la lectura que da la Corte a dichas definiciones asume que la existencia de dos definiciones específicas equivale a la diferenciación de los conceptos de concepción y fecundación entre sí, a pesar de que el Diccionario en ningún momento descarta que “concepción” y “fecundación” sean sinónimos, pues este no contiene sinónimos de ninguno de sus términos, sino exclusivamente definiciones. Contradictoriamente, la Corte admitió, en la misma sección del fallo, que “la definición de ‘concepción’ que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado” ya que antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer, lo cual implicaría que los redactores sí intentaron definir la concepción como fertilización.⁷³

La Corte reconoció que existen diferentes perspectivas respecto a cuándo comienza la vida humana, algunas de las cuales reconocen al embrión como “una vida humana plena”.⁷⁴ Expresó que “coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una

⁷⁰ Cfr. *Idem.*

⁷¹ *Idem.*

⁷² Cfr. *Idem.*

⁷³ Cfr. *Ibid.*, párr. 179.

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 184-85.

definición consensuada sobre el inicio de la vida”.⁷⁵ Sin embargo, inmediatamente a continuación señaló que no se puede privilegiar a las perspectivas que reconocen al embrión como ser humano, “pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten”,⁷⁶ decidiendo apoyar la postura minoritaria, declarando que el embrión humano no es persona y que la concepción equivale a la implantación.⁷⁷ Las incoherencias del razonamiento jurídico del fallo en este aspecto resultan verdaderamente sorprendentes tratándose de un tribunal internacional.

Finalmente, la Corte concluyó que “la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer” y redefine la concepción como equivalente de la “implantación” o “embarazo”, términos que son claramente distintos, alegando que el término concepción “no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede.”⁷⁸ Esta afirmación fue criticada por el juez Vio Grossi, quien señaló que dicha interpretación deja desprotegido al no nacido y se aleja del espíritu de la Convención Americana, que buscó protegerle específicamente y no en relación a la voluntad de la madre.⁷⁹

b. Rechazo de la personalidad jurídica del embrión reconocida en la Convención Americana

En un análisis de dos párrafos, basado en la “interpretación sistemática” de la Convención, la Corte concluyó que “no es procedente otorgar el estatus de persona humana al embrión.”⁸⁰ Tal conclusión fue justificada, en primer lugar, alegando que no es factible sostener que un embrión sea titular de todos los derechos enumerados en la Convención Americana, atribuidos a las personas.⁸¹ Obviamente, de acuerdo a dicho razonamiento, tampoco serían personas los niños o incapaces, ya

⁷⁵ *Ibid.*, párr. 185.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Cfr. Ibid.*, párr. 186.

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Op cit., Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi.*

⁸⁰ *CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Op cit., párr. 222-223, 264.*

⁸¹ *Cfr. Ibid.*, párr. 222.

que ellos tampoco pueden ejercer todos los derechos de la Convención, como los derechos civiles y políticos, sin embargo, la Corte no reparó en este detalle.

En segundo lugar, sin otra evidencia más que su propia interpretación de la concepción como embarazo, concluyó que el artículo 4(1) de la Convención Americana no está destinado a proteger al no nacido como individuo sino únicamente a través de la protección a la mujer, señalando artículos de la Declaración Americana y el Protocolo de San Salvador que protegen a la mujer embarazada. Curiosamente, la Corte ignoró el artículo 4(5) de la Convención que prohíbe la aplicación de la pena de muerte en una mujer embarazada, con el evidente objetivo de proteger a su hijo no nacido, y únicamente a él, de una ejecución legal.

Sin embargo, una interpretación conforme el principio de buena fe y de acuerdo con el sentido corriente de las palabras⁸², implica el reconocimiento de que el texto del artículo 4(1) de la Convención efectivamente establece que toda “persona” tiene derecho a que se respete su derecho a la vida desde el momento de la concepción. Consecuencia de lo anterior, es notorio que los Estados Parte reconocieron al niño no nacido como “persona” desde el momento de la concepción.

Asimismo, el artículo 1(2) de la Convención indica que se entiende por persona a todo ser humano, dando así reconocimiento a la naturaleza humana del no nacido, que siendo persona o ser humano, se vuelve sujeto de derechos en el sistema interamericano⁸³. Luego, el Preámbulo de la Convención señala que los derechos esenciales del hombre derivan de su naturaleza humana, no de atributos o características particulares, o percepciones de terceros; en este caso, terceros que negaran la personalidad jurídica del niño no nacido debido a su inmaduro estado de desarrollo.

Finalmente, debe advertirse que la Corte Interamericana ha reiterado que “la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condi-

⁸² Cfr. NIETO Navia, Rafael, “Aspectos Internacionales de la demanda contra la penalización del aborto”, *Persona y Bioética*, Vol. 9, N° 1 (24), 2005, citado en BACH de Chazal, Ricardo, “Inconstitucionalidad y No Convencionalidad del Aborto Voluntario”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año III, N° 6, julio, 2011: pp. 36-39.

⁸³ Cfr. MONROY Cabra, Marco, “Informe presentado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op. cit.* “Resolución del Presidente” En referencia al informe presentado por el perito Marco Gerardo Monroy Cabra.

ción de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”.⁸⁴ Ergo, negar la existencia jurídica del niño no nacido sería, por lo tanto, una violación a este derecho contemplado en el artículo 3 de la Convención Americana, respecto del cual la Corte Interamericana ha afirmado que si bien los niños y otros incapaces legalmente carecen de la capacidad de ejercer plenamente sus derechos (por ejemplo, derecho al sufragio o derechos patrimoniales), estos son titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.⁸⁵ Consecuentemente, la incapacidad civil del niño no nacido no impide el goce de sus derechos humanos, particularmente, de su derecho a la vida y a ser reconocido como persona ante la ley.

5. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL DERECHO A LA VIDA DEL NO NACIDO EN ARTAVIA VS. COSTA RICA

La Corte interpretó los términos “y, en general, a partir del momento de la concepción” del artículo 4(1) de la Convención con base en una interpretación sistemática, histórica y evolutiva, cuyo razonamiento se describe abajo, concluyendo no sólo que el derecho a la vida del no nacido contempla excepciones,⁸⁶ sugiriendo que dichas excepciones podrían incluir la legalización del aborto, sino que la protección del derecho a la vida del no nacido “es gradual e incremental, según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional”, sin mayor explicación o razonamiento jurídico.⁸⁷ El juez Vio Grossi, en su voto disidente, expresó que dicha interpretación despojaría de su *effet utile* a la disposición expresa de la Convención Americana, que buscó dar amplia protección al no nacido.⁸⁸

Cabe señalar que, previo a *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, la Corte había expresado que “El derecho a la vida no puede seguir siendo

⁸⁴ CORTE IDH, “Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”. Sentencia de 8 de septiembre de 2005: párr. 179; y CORTE IDH, “Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala”. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 179.

⁸⁵ Cfr. CORTE IDH. “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 41.

⁸⁶ CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. *Op cit.*, párr. 188.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 264.

⁸⁸ *Ibid.*, Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi.

concebido restrictivamente, como lo fue en el pasado”⁸⁹ y que “no son admisibles enfoques restrictivos al mismo.”⁹⁰ En Artavia Murillo, sin embargo, la Corte realizó una interpretación restrictiva del derecho a la vida desde la concepción, invocando la similar interpretación realizada por la CIDH en *Baby Boy*, resolución donde se propuso que, en virtud de la expresión “en general” contenida en el artículo 4(1), la Convención podría permitir la legalización del aborto en el ámbito doméstico.⁹¹ Interpretaciones del derecho a la vida desde la concepción como ésta resultan tan restrictivas que, de ser aplicadas, eliminarían la presunción de un derecho a la vida del no nacido, convirtiendo el reconocimiento de éste en la excepción, en lugar de la norma.

Si bien el término “en general” podría, en efecto, indicar legítimas excepciones al derecho a la vida, o al derecho a la vida desde la concepción en particular, como alegó la Comisión en *Baby Boy*, estas serían, sin embargo, extremadamente limitadas de acuerdo a un enfoque no restrictivo del derecho a la vida. Excepciones no restrictivas al derecho a la vida comprendidas en la expresión “en general” podrían incluir la legítima defensa, reconocida por todas las jurisdicciones de la región, el homicidio culposo, excepciones creadas por el derecho internacional humanitario para situaciones de conflicto armado, o incluso excepciones para el aborto involuntario, e.g. aquel ocurrido durante tratamientos médicos no-abortivos, o aquel en que el estado de embarazo de una víctima era desconocido.

Una interpretación no restrictiva del artículo 4(1) aplicaría principios generales del derecho internacional de los derechos humanos, como el principio *pro homine*,⁹² llamado también principio *pro personae*, codificado en el artículo 29(b) de la Convención, y aplicado repe-

⁸⁹ CORTE IDH. “Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 3.

⁹⁰ *Ibid.*, párr. 14; Corte IDH. “Caso Baldeón García vs. Perú”. Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 82.

⁹¹ Cfr. CIDH Resolución 23/81, Caso 2141. “Estados Unidos de América, ‘Baby Boy’, (1981)”. Voto Negativo del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra: párr. 25.

⁹² Cfr. CORTE IDH, “Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia”. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 11; Corte IDH. “Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Sentencia de 15 de septiembre de 2005”: párr. 12; Corte IDH. “Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006”: párr. 283; Corte IDH. “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003”: párr. 143.

tidamente por la Comisión y la Corte Interamericana.⁹³ La Comisión ha reconocido que este principio, establece que, en caso de duda, prevalecerá la interpretación que otorgue mayor protección a los derechos humanos del individuo, “rige como pauta interpretativa de la Convención, y en general en el Derecho de los derechos humanos”.⁹⁴ La Corte ha señalado, al respecto, que “el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen”.⁹⁵ Igualmente, la Comisión ha declarado que, para evitar que las excepciones a los derechos humanos se conviertan en regla, toda limitación a los derechos humanos debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio *pro homine*.⁹⁶ Por lo tanto, cualquier limitación al derecho a la vida del no nacido supuestamente contenida en la expresión “en general” debería ser sumamente restringida, prevaleciendo aquella interpretación que otorgue mayor y mejor protección de la vida desde la concepción sobre aquellas que intenten limitarla o condicionarla.

a. Interpretación sistemática

La Corte aplicó el controversial “argumento sistemático” de interpretación, esbozado en casos anteriores,⁹⁷ que le permite utilizar otros

⁹³ Cfr. CORTE IDH. “Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005”: párr. 13 (c).

⁹⁴ CIDH. “Informe No. 137/99, Caso 11.863, Andrés Aylwin Azócar y otros, Chile, 27 de diciembre de 1999; CIDH”. “Informe No. 66/06, caso 12.001 (Fondo), Simone André Diniz, Brasil, 21 de octubre de 2006”: párr. 23.

⁹⁵ CORTE IDH. “Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986”: párr. 36.

⁹⁶ Cfr. CIDH. “Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 6 de agosto de 2009”.

⁹⁷ Cfr. CORTE IDH. “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México”; citado en: CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 191. Para mayor comentario sobre el asunto de jurisdicción extra Convención, ver: PAÚL, Alvaro: “La Corte Interamericana *In Vitro*: Notas sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia”, *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Vol. 2, 2013: pp. 303-345.

tratados internacionales y sistemas regionales de derechos humanos para interpretar la Convención Americana. Así, la Corte utilizó selectivamente algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), el Protocolo de Maputo y varias decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para interpretar la Convención.

Sin embargo, descartó que otros instrumentos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño protegen la vida prenatal, haciendo de ellos una lectura restrictiva del derecho a la vida del no nacido, como indicó el juez Vio Grossi en su voto disidente.⁹⁸

La Corte declaró que bajo la CEDAW, los principios de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer sobre los derechos del no nacido, basándose en varios informes del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, que promueven la legalización del aborto, y no en el texto mismo de la Convención (el artículo 12(2) de la CEDAW) que ni siquiera contiene la palabra “aborto” y en realidad protege la salud prenatal en relación con el embarazo.⁹⁹ Dicha premisa resulta a simple vista ilógica, pues el principio de igualdad y no discriminación requiere, como su nombre lo indica, la igualdad de los derechos de la madre y el no nacido, y justamente prohibiría privilegiar unos sobre otros. Sin embargo la Corte no reparó en esta incoherencia de su razonamiento.

Entre ellos, la Corte mencionó *LC vs. Perú*,¹⁰⁰ una petición no judicial, a través de la cual el Centro de Derechos Reproductivos, un grupo lobista pro-aborto de Estados Unidos, alegó que una menor embarazada habría intentado suicidarse debido a que se le había negado un aborto. El Comité de la CEDAW reprendió al Estado de Perú por sus prohibiciones contra el aborto y su reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción y le apremió a ampliar sus actuales supuestos

⁹⁸ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi.

⁹⁹ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 227-228.

¹⁰⁰ Cfr. COMITÉ DE LA ONU SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Informe No. 22/2009, CEDAW/C/50/D/22/2009: párr. 8.16, 8.18. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009_en.pdf

de aborto no punible por razón de la vida y la salud de la madre, para el aborto legal de niños concebidos por violación o incesto.

En general, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha interpretado reiteradamente la existencia de un derecho al aborto en la CEDAW y otros tratados internacionales y ha ejercido presión política sobre los Estados Parte, exigiendo la legalización del aborto o ampliación del aborto legal. El Comité ha apremiado a más de 90 países a legalizar el aborto o liberalizar sus leyes de aborto,¹⁰¹ sin embargo, algunos Estados de América Latina se han opuesto a sus recomendaciones. En 2007, por ejemplo, ante la recomendación de expertas del Comité de la CEDAW, Sra. Shin y Sra. Pimentel, urgiendo a Honduras a legalizar el aborto, los delegados de Honduras recordaron al Comité que en virtud del artículo 67 de la Constitución, que se centra en los derechos individuales, el feto era considerado un ser humano.¹⁰²

Es importante recordar que los informes de órganos no judiciales internacionales de derechos humanos como el Comité de la CEDAW o el Comité de los Derechos del Niño, carecen de carácter vinculante u obligatorio para los Estados Parte. También carecen de legítima autoridad para interpretar los tratados a fin de crear obligaciones jurídicamente vinculantes; sólo los Estados Parte o los tribunales internacionales pueden llevar a cabo tal interpretación.¹⁰³ Ningún órgano de vigilancia de la ONU o de la OEA tiene facultad para emitir interpretaciones vinculantes.¹⁰⁴ El artículo 21 de la CEDAW¹⁰⁵ y 40(1) del PIDCP, por ejemplo, permiten a sus órganos hacer solamente “recomendaciones” y “comentarios” a los Estados en relación a su cumplimiento con los tratados respectivos. Igualmente, el Protocolo Facultativo de la

¹⁰¹ Cfr. COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Informe A/54/38/Rev.1, cap. I, 31 (c), disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/21report.pdf> o en: <http://www.chr.up.ac.za/undp/global/docs/comment3.pdf>.

¹⁰² Cfr. Comunicado de Prensa del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, contra la Discriminación de la Mujer Comité toma informe de seguimiento de Honduras, el trabajo infantil, condiciones de trabajo en Maquiladores entre las cuestiones, UN Doc. WOM/1641. Disponible en: <http://www.un.org/News/Press/docs/2007/wom1641.doc.htm>.

¹⁰³ Artículos de San Jose, art. 6. y notas al art. 6. Disponible en: <http://sanjosearticles.com/> o en: http://sanjosearticles.com/?page_id=184&lang=es

¹⁰⁴ CEDAW, COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, art. 21.

¹⁰⁵ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS..

CEDAW, en sus artículos 7, 8 y 13, que permite un mecanismo de denuncias individuales, establece que el Comité de la CEDAW sólo podrá emitir “opiniones”, “observaciones” y “recomendaciones”, no juicios ni decisiones vinculantes relativos a las denuncias presentadas contra los Estados que han ratificado dicho protocolo.¹⁰⁶ La Corte probablemente escogió estos informes para fundamentar su posición en contra del reconocimiento del derecho a la vida del no nacido, no por su autoridad legal sino por su contenido afín a sus propias ideas a favor de la legalización del aborto.

Igualmente, la Corte citó varios casos de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como *Vo vs. Francia, S.H. y otros vs. Austria y A, B y C vs. Irlanda* que concluyeron que el artículo 2 de la Convención Europea sobre el derecho a la vida no protege la vida del no nacido frente al aborto ni la reproducción artificial, y que declararon que bajo la Convención Europea, el no nacido no es persona.¹⁰⁷

La Corte realizó una lectura selectiva de dichas decisiones, mencionando únicamente aquellas secciones que le favorecerían en su interpretación restrictiva de la Convención Americana. Por ejemplo, la Corte ignoró que en *Vo vs. Francia*, el Tribunal Europeo claramente diferenció la Convención Europea de la Convención Americana en cuanto a su protección de la vida del no nacido: “Contrariamente al artículo 4 del Convenio Americano de Derechos Humanos que enuncia que el derecho a la vida debe ser protegido «en general a partir de la concepción», el artículo 2 del Convenio no hace referencia a los límites temporales del derecho a la vida y, en particular, no define quién es la «persona» cuya «vida» está protegida por el Convenio”.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Los Estados Parte en el Protocolo Facultativo de la CEDAW son: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Ver CEDAW, COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Colombia declaró que no es posible la reinterpretación de la Convención por el Comité para incluir el derecho al aborto, afirmando que “El Gobierno de Colombia declara que ninguna disposición del Protocolo Facultativo, ni recomendación de la Comisión puede interpretarse como una exigencia a Colombia despenalizar los delitos contra la vida o la integridad personal.

¹⁰⁷ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit*, párr. 234-242.

¹⁰⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Vo v. France, Sentencia del 8 de julio de 2004”, párr. 75.

También omitió que en el Caso de *S.H. y otros vs. Austria*, la Segunda Cámara del Tribunal Europeo enfatizó que ningún estado europeo está bajo la obligación de permitir la fertilización *in vitro* ya sea parcialmente o totalmente (párrafo 74 de la decisión), indicando que los Estados gozan de un margen de apreciación para establecer límites a ciertas prácticas, especialmente la fertilización *in vitro*, que implica “serias consideraciones éticas y morales”, reconociendo que “los riesgos asociados con las técnicas de reproducción asistida deben ser tomados en serio y que es la obligación de los legisladores europeos, a nivel nacional, el evaluar estos riesgos, sopesando los intereses públicos y privados que puedan estar en juego.”

Asimismo, en *A, B y C vs. Irlanda*, a pesar de que el Tribunal resolvió que, bajo el art. 8 de la Convención Europea sobre privacidad, Irlanda debía proveer el aborto en la medida en que fuera legal, también concluyó que no existe un derecho a abortar,¹⁰⁹ y aceptó que aún cuando dicho derecho es reconocido a nivel nacional, este puede ser sopesado contra el derecho a la vida del no nacido reconocido en el derecho irlandés.¹¹⁰

Igualmente, la Corte IDH hizo caso omiso del contenido sustantivo de la sentencia judicial del Tribunal Europeo de Justicia contraria al supuesto patrón de falta de reconocimiento del no nacido como sujeto de derechos en el sistema europeo. El 10 de octubre de 2011, en el caso 34/10 *Oliver Brüstle vs. Greenpeace*¹¹¹, el Tribunal Europeo de Justicia, dependiente de la Unión Europea y con sede en Luxemburgo, dictó una decisión unánime de trece jueces, donde declaró que una tecnología de creación de células madre embrionarias no puede ser objeto de patente comercial si el proceso requiere la destrucción previa de embriones humanos o su uso como material de base. La demanda fue presentada por Greenpeace, la conocida ONG ambientalista, que, preocupada por la comercialización del cuerpo humano y el abuso de éste para objetivos comerciales, buscó protección para el embrión humano. La Corte de la Unión Europea defendió el *status* jurídico del embrión humano como radicalmente distinto de una cosa, aplicando la prohibición a todas las

¹⁰⁹ Cfr. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. “Caso A, B and C v. Ireland, Sentencia de 16 de diciembre de 2010”, párr. 214.

¹¹⁰ Cfr. *Ibid.*, párr. 213- 216, 233.

¹¹¹ TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA. “Caso Oliver Brüstle vs. Greenpeace, Sentencia del 18 de octubre de 2011”. Disponible en: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-34/10

etapas de desarrollo embrionario, ya sea a partir de la fertilización o incluso la clonación (reproducción asexual), rechazando la idea de que sea necesario alcanzar cierto nivel de desarrollo para que sea debido garantizar su protección. Así, el Tribunal dio una amplia acogida a la protección del embrión humano, en todas las etapas de su vida. La decisión categóricamente afirmó que el Parlamento Europeo quiso excluir la posibilidad de patentes que afecten la dignidad humana y se refirió a la fertilización como el comienzo del proceso de desarrollo del ser humano. Sin embargo, la Corte IDH deliberadamente escogió ignorar estas conclusiones y simplemente indicó que la sentencia no establece que los embriones humanos sean “personas” o que tengan un derecho subjetivo a la vida.¹¹²

Asimismo, la Corte IDH hizo referencia al Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África (Protocolo de Maputo), del Sistema Africano de Derechos Humanos, para interpretar el artículo 4 de la Convención Americana, extraña premisa. El Protocolo autoriza el aborto sólo bajo ciertas circunstancias, en ausencia de los cuales el procedimiento sería ilegal.¹¹³ Vale la pena mencionar que sólo la mitad de los miembros de la Unión Africana se han adherido a dicho instrumento y que varios países, como Uganda, han formulado reservas que rechazan el aborto como un derecho humano.¹¹⁴ Los artículos de San José señalan que “Este tratado es altamente polémico y de ninguna manera tiene aceptación universal. Solo alrededor de la mitad de las naciones africanas han adherido al Protocolo de Maputo y la razón más a menudo citada para la no adhesión es la provisión sobre el aborto”.¹¹⁵

Seguidamente, la Corte procedió a la interpretación de instrumentos internacionales cuyos textos otorgan protección implícita o explícita a la vida del no nacido, negando dicha protección basándose en

¹¹² Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 250.

¹¹³ Cfr. COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, “Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África”, CAB/LEG/66.6, (25 de noviembre de 2005), disponible en: <http://www.achpr.org/english/women/protocolwomen.pdf>

¹¹⁴ Cfr. BYAMUKAMA, Dora. “East Africa: Region Ought to Ratify the Maputo Protocol Now” *All Africa (Uganda New Vision)* [en línea] julio 22 de 2010. Disponible en: <http://allafrica.com/stories/201008120629.html> [Fecha de consulta: 30 de septiembre 2016].

¹¹⁵ Artículos de San José, notas al art. 5 Disponible en: <http://sanjosearticles.com/>

medios subsidiarios de interpretación e ignorando el texto mismo de dichos tratados y declaraciones.

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) y la Declaración sobre los Derechos del Niño,¹¹⁶ por ejemplo, afirman el deber de los Estados Parte de proteger al niño por nacer, quien, “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especial, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*” (énfasis añadido).¹¹⁷ De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,¹¹⁸ artículo 31(2), el preámbulo de un tratado es una parte esencial del texto del mismo. Además, los artículos 6 (2) y 24 (2) (d) de la Convención sobre los Derechos del Niño,¹¹⁹ así como el principio 4 de la Declaración de Derechos del Niño reconocen el derecho a la vida, salud y desarrollo del no nacido, incluyendo “el adecuado cuidado prenatal [...]”.¹²⁰

¹¹⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención sobre los Derechos del niño” “Declaración de los Derechos del Niño” 20 de noviembre de 1959.

¹¹⁷ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Declaración de los Derechos del Niño”. *Op. cit.*; también CIDH “Resolución 23/81, Caso 2141. Estados Unidos de América, ‘Baby Boy’, *Op. cit.*, Voto Negativo del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹¹⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *Op.cit.* art. 31 (2).

¹¹⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Convención sobre los Derechos del Niño”, *Op. cit.*, arts. 6 (2), 24 (2) (d).

¹²⁰ La aplicación a nivel mundial de la Convención sobre los Derechos del Niño al niño por nacer, ha sido explorada por varios estudiosos. A pesar de que los registros preparatorios del tratado de trabajo son limitados, algunos han demostrado que la Convención fue escrita para abarcar a los niños durante todo el periodo prenatal. Véase OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “La historia legislativa de la Convención sobre los Derechos del Niño” (07 de octubre, 2007). Los primeros borradores de trabajo del proyecto, que establecían el disfrute de los derechos “desde el momento del nacimiento”, fueron descartados rápidamente. De acuerdo a los *trabajos preparatorios* de la Convención, una de las razones para eliminar esa frase era para dar cobertura “desde el momento de la concepción” en adelante. Ver ABRAMSON, Bruce. “Violence against babies: Protection of Pre and Post-natal Children under the Framework of the Convention on the rights of the Child” *World Family Policy Center*, 2006: pp 57-60, disponible en <http://www.law2.byu.edu/wfpc/policy%20issues/VIOLENCE%20AGAINST%20BABIES.pdf> Abramson, un ex consultor del Comité de la ONU sobre la Convención, señala que en su primera reunión en 1980, el Grupo de Trabajo aprobó en Polonia el “proyecto revisado de convención sobre los Derechos del Niño”, como documento básico de trabajo. El proyecto del artículo 1, inicialmente declaró: “De acuerdo con la presente Convención se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su naci-

No obstante la claridad del Preámbulo de la CDN, que hace referencia a la necesidad de brindar al niño “protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento”, la Corte afirmó que los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida ya que en ellos se acordó que el Preámbulo no determinaría la interpretación del artículo 1 de la Convención, que define al niño como toda persona menor de 18 años, sin establecer una edad mínima o el nacimiento como requisito para la protección.¹²¹

Esta conclusión fue fundamentada exclusivamente en la solicitud de un Grupo de Trabajo integrado por Alemania, Irlanda, Italia, Holanda, Polonia, Suecia y Estados Unidos, que pidió se añadiera el siguiente párrafo a los trabajos preparatorios: “Al aprobar este párrafo del preámbulo, el Grupo de Trabajo no pretende dar un juicio previo sobre la interpretación del artículo 1 o de cualquier otra disposición de la Convención por los Estados Parte”,¹²² con el objetivo de disminuir la protección que el Preámbulo da al no nacido, como indicó luego el doctor Carl-August Fleischhauer. La solicitud encontró oposición por parte de la delegación de Senegal, por lo que el representante de Reino Unido solicitó al Consejero Jurídico de las Naciones Unidas, Carl August Fleischhauer, que confirmara si dicha frase podría ser tomada en cuenta en una futura interpretación del artículo 1 de la Convención.¹²³

La Corte IDH convenientemente omitió hacer mención a esta solicitud y a la respuesta del Consejero Jurídico al representante británico, que consta también en los trabajos preparatorios. En ella, el Consejero manifiesta que, si bien no existe ninguna prohibición contra la inclusión del mencionado párrafo en los trabajos preparatorios, su valor para propósitos interpretativos en cuanto al artículo 1 es dudoso, ya que éste busca despojar al Preámbulo de su objetivo ordinario de constituir un elemento de base para la interpretación del tratado. También señala que es

miento. . . “. *Ibid.* 59 n.63. En la tercera reunión, “se generó un movimiento para su eliminación y la restricción se eliminó”, *idem*, lo cual sugiere que los Estados Parte de la ONU tenían la intención de que la Convención sobre los Derechos del Niño protegiera a estos durante la etapa pre-natal de la vida.

¹²¹ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 231-232.

¹²² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 43, 1989, citado en: CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 232.

¹²³ Cfr. *Ibid.* UN Doc. E/CN.4/1989/ 45-47.

incierto las conclusiones a que llevará dicha declaración en futuras interpretaciones que de la Convención realicen los Estados Parte. Finalmente, el Consejero Jurídico advierte al representante británico que el buscar establecer el significado de un término del tratado a través de una frase en los trabajos preparatorios podría ser inefectivo, ya que el artículo 32 de la Convención de Viena establece que los trabajos preparatorios son solamente medios complementarios de interpretación que únicamente pueden ser utilizados si los términos del tratado carecen de claridad o especificidad. La Corte IDH, sin embargo, utilizó esa sección particular de los trabajos preparatorios como única fuente de interpretación del artículo 1 de la CDN, ignorando el texto del tratado, el Preámbulo del mismo y aquella parte de los trabajos preparatorios que contradecía sus ideas personales sobre la protección del no nacido por la CDN.

Además, la Corte ignoró que la práctica de los Estados de América Latina y el Caribe después de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño demuestra que los Estados Parte de la Convención han interpretado que esta contiene un mandato de protección, por parte del Estado, a la vida en gestación, desde la concepción hasta el nacimiento.

Desde la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño, los países de América Latina y el Caribe han interpretado la Convención como un instrumento internacional que protege tanto a niños nacidos como no nacidos.¹²⁴ Por ejemplo, tras la firma de la Convención, Argentina y Guatemala presentaron declaraciones interpretativas, confirmadas más tarde en la ratificación, en las que afirmaron que “niño” es toda persona desde el momento de la concepción hasta los 18 años de edad.¹²⁵ Asimismo, Ecuador presentó una declaración en la que indicó que el preámbulo de la Convención protege al niño por nacer y señaló que este debe ser tomado en cuenta al interpretar

¹²⁴ Del mismo modo, los comentaristas han señalado que la definición de niño del artículo 1 como “todo ser humano menor de dieciocho años”, obviamente, establece un límite máximo, pero no un piso respecto a la edad de un niño, por lo que tácitamente la protección de los niños no nacidos se encuentra dentro de su ámbito de protección. Ver: FLOOD, Patrick J., “Does International Law Protect the Unborn Child?”. *Life and Learning XVI Conference*, 2006: pp. 3-42. Disponible en: www.uffl.org/vol16/flood06.pdf

¹²⁵ BAYEFESKY.COM. “Convención sobre los Derechos del Niño, reservas, declaraciones, objeciones, excepciones” Argentina. disponible en: http://www.bayefsky.com/html/argentina_t2_crc.php; *Ibid.* Guatemala, disponible en: http://www.bayefsky.com/html/guatemala_t2_crc.php.

todos los artículos de la Convención.¹²⁶ Asimismo, durante los trabajos preparatorios de la Declaración de los derechos de Niño, varios estados latinoamericanos reafirmaron su interpretación de que el derecho a la vida era protegido desde la concepción, y una propuesta en este sentido fue presentada por Argentina, con el apoyo de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, entre otros.¹²⁷ El Artículo 31 (2) (b) de la Convención de Viena establece que el contexto de un tratado, para el fin de la interpretación, comprende “todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado”;¹²⁸ por ello, estas declaraciones interpretativas son fuentes primarias de interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Posteriormente a la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, la gran mayoría de Estados de América Latina y el Caribe han confirmado su interpretación del término “niño” en la Convención sobre los Derechos del Niño como todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años de edad (o incluso más allá de los 18), es decir, abarcando el período prenatal, e incorporando esta definición legal a nivel nacional, como indican los informes al Comité de la Convención sobre los Derechos del Niño descritos a continuación. En los años 2002 y 1994, Argentina informó que, para los fines del sistema jurídico argentino, es niño “todo ser humano desde la concepción hasta la edad de 18 años,” sin perjuicio de las denominaciones semánticas para cada fase de la vida del niño y señaló específicamente que el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño debe interpretarse de tal manera que niño se entienda como todo ser humano desde el momento de la concepción hasta la edad de 18 años.¹²⁹ En 2010, Guatemala informó que tanto su protección constitu-

¹²⁶ *Ibid.*, Ecuador, disponible en: http://www.bayefsky.com/html/ecuador_t2_crc.php

¹²⁷ Cfr. BACH de Chazal, Ricardo, “Inconstitucionalidad y no Convencionalidad Del Aborto Voluntario”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Editorial La Ley. Vol. 3 (6) julio de 2011: pp. 194-230. Disponible en: <http://www.notivida.org/Articulos/Aborto/INCONSTITUCIONALIDAD%20Y%20NO%20CONVENCIONALIDAD%20DEL%20ABORTO%20VOLUNTARIO.pdf>.

¹²⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, *Op. cit.*, art. 31 (2) (b).

¹²⁹ Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “Informes de Derechos del Niño”, CRC/C/8/Add.17. 6, 37”, disponible en: <http://tb.ohchr.org/default>.

cional del derecho a la vida desde la concepción, así como su definición de niño como una persona desde la concepción, contenidas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y del Adolescente, eran consistentes con la definición del artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹³⁰ En 2003, El Salvador informó sobre la enmienda constitucional al artículo 1 de su Constitución, reconociendo a cada ser humano como persona desde el momento de la concepción, afirmando explícitamente que la enmienda fue adoptada en respuesta a la letra y espíritu del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹³¹ En 2009, Bolivia indicó ante el Comité de la Convención sobre los Derechos del Niño que su Ley de menores era conforme con la Convención en cuanto a la definición de niño como todo ser humano desde el momento de la concepción.¹³² Honduras informó que su definición legal de niño incluía al no nacido desde el momento de la concepción y, por lo tanto, protegía a los niños en las mismas condiciones que la Convención sobre los Derechos del Niño.¹³³ Del mismo modo, Perú señaló que su Ley de Menores y Adolescentes protege la vida desde la concepción y utiliza los mismos límites de edad superior e inferior que la Convención sobre los Derechos del Niño.¹³⁴

Otros Estados como Bolivia, Costa Rica, Nicaragua y Paraguay, por ejemplo, han hecho referencia específicamente al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño al informar que sus definiciones oficiales de “niño” comprenden a todo ser humano desde la concepción

[aspx?Symbol=CRC/C/8/Add.17](http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/8/Add.17); COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “Informes de Derechos del Niño, en CRC/C/70/Add.10”: 235, 244. Disponible en: <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=-CRC/C/70/Add.10>.

¹³⁰ Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “Informes de Derechos del Niño” CRC/C/GTM/3-4. 41, 78; también *Ibid.*: CRC/C/OPSC/ GTM/1. 126, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4631b5e72.html>; *Ibid.*, CRC/C/65/Add.10. 68, disponible en: <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=-CRC/C/65/Add.10>.

¹³¹ Cfr. *Ibid.* En CRC/C/65/Add.25 ¶ 51 (2003), disponible en: <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.25> (ver otras referencias a las protecciones legales del derecho a la vida desde la concepción en las págs 12, 13, 26, 27, y 64 del texto referido).

¹³² Cfr. *Ibid.* En CRC/C/BOL/4 ¶ 192, disponible en *Id.* En CRC/C/BOL/4. 192, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.BOL.4.pdf>

¹³³ Cfr. *Ibid.* En CRC/C/65/Add.2 ¶ 156, disponible en: <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.2>.

¹³⁴ ICfr. *Ibid.* En CRC/C/65/Add.8. 138, disponible en: <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.8>.

hasta los 18 años de edad.¹³⁵ Igualmente, Panamá informó en el 2011 que la definición de “menor” contenida en su Código de Familia era la de todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años y que su Código establece disposiciones sobre manutención de menores aplicable desde la concepción en adelante, las cuales fueron adoptadas conforme a la Convención.¹³⁶ Panamá, al ratificar la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, aprobada en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989, presentó una declaración afirmando que los alimentos comprenden, “tratándose de menores, todo lo necesario para lograr su desarrollo integral desde la concepción” y que “la persona concebida que está por nacer (*nasciturus*) tiene derecho a pensión alimenticia prenatal”.¹³⁷ Del mismo modo, Paraguay informó en 2012, 2010 y 2003¹³⁸ sobre su cumplimiento con la Convención sobre los Derechos del Niño al incorporar en su Constitución y en el Código de la Infancia una definición de niño como todo ser humano desde la concepción en adelante.¹³⁹ Ecuador informó su cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño incorporando en el artículo 49 de la Constitución, la protección del derecho a la vida desde la concepción y en su Ley de Menores, una definición de menor como todo ser humano desde la concepción en adelante.¹⁴⁰ Honduras tam-

¹³⁵ Cfr. *Ibid.* CRC/C/BOL/4. 192 (Bolivia); *Id.* En CRC/C/125/Add.3, 127 (Nicaragua), disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs39.htm>; *Ibid.* En CRC/C/OPSC/CRI/1. 29, 32 (Costa Rica), disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs44.htm#opsc>; *Ibid.* En CRC/C/65/Add.12. 173, 222 (Paraguay), disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.12>.

¹³⁶ Cfr. *Ibid.*, CRC/C/PAN/3-4 99, 259 (Panamá), disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.PAN.3-4_sp.pdf. También ver *ibid.* CRC/C/70/Add.20, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/456/45/PDF/G0345645.pdf?OpenElement>.

¹³⁷ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. “Convención Interamericana sobre las obligaciones alimentarias, estado de las ratificaciones”, 15 de julio de 1989, OEA Serie de Tratados, N° 71, 3 (06 de marzo de 1996) disponible en <http://www.oas.org/juridico/English/sigs/b-54.html>

¹³⁸ Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “Informes de Derechos del Niño”, en CRC/C/SPA C/PY/1. 3, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/future.htm> ; *Ibid.*, CRC/C/PRY/3, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs53.htm>; *Ibid.*, en CRC/C/65/Add.12. 173, 222 (Paraguay), disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?simbolo=CRC/C/65/Add.12>.

¹³⁹ *Ibid.*, en CRC/C/PRY/3. 288-89. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs53.htm>

¹⁴⁰ *Ibid.*, en CRC/C/3/Add.44. 66, disponible en <http://tb.ohchr.org/default>.

bién informó sobre la adopción de la definición de niño en su Código de la Niñez y Adolescencia como toda persona a partir del momento de la concepción hasta la edad de 18 años, como una medida de cumplimiento con la Convención sobre los Derechos del Niño.¹⁴¹ En 2010 y 2005, Colombia indicó que el artículo 17 de su Código de Menores, reconociendo la existencia del niño desde la concepción, fue adoptado para cumplir con las obligaciones internacionales impuestas por la Convención sobre los Derechos del Niño y para reflejar el derecho del niño a la vida, a la salud y al desarrollo desde la concepción.¹⁴² Además, Uruguay indicó que, en virtud del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la no discriminación, incorporó en su Ley de Menores la protección integral de los niños desde la concepción hasta la mayoría de edad.¹⁴³

Asimismo, todos los países latinoamericanos y del Caribe han informado al Comité de la Convención sobre los Derechos del Niño respecto a la salud prenatal en relación con sus obligaciones en virtud del artículo 24 (derecho a la salud) de la Convención. Brasil, por ejemplo, reconoció “la vulnerabilidad del ser humano desde la concepción hasta aproximadamente los 6 años de edad.”¹⁴⁴ México destacó la necesidad de proteger la supervivencia fetal, la salud y el desarrollo desde la concepción y durante el período de vida intrauterino e informó sobre sus políticas públicas relacionadas en virtud del artículo 6 de la Convención.¹⁴⁵

[aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.44](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs53.htm); *Ibid.*, en CRC/C/Ecu/4. 524; disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs53.htm>; *Ibid.*, en CRC/C/65/Add.28. 134, disponible en: <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.28>.

¹⁴¹ *Ibid.*, en CRC/C/65/Add.2156, disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/425/02/PDF/G0442502.pdf?OpenElement>.

¹⁴² Cfr. *Ibid.* En CRC/C/OPAC/COL/1. 89, disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bo-dies/crc/crcs54.htm>; *Ibid.* En CRC/C/OPSC/COL/1. 16, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs54.htm> and CRC/C/129/Add.6; *Ibid.* En CRC/C/129/ Add.6. 158–59, 229, *disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs42.htm*

¹⁴³ Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Informes de Derechos del Niño, en CRC/C/3/Add.37. 67, disponible en: <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.37>

¹⁴⁴ *Ibid.*, en CRC/C/3/Add.65. 283, disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.65>.

¹⁴⁵ Cfr. *Ibid.* En CRC/C/3/Add.11, ¶¶35–36, 113, 138, disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.11>.

Por otra parte, respecto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Corte interpretó la omisión de una referencia específica al no nacido en el documento como evidencia de la falta de intención legislativa de protegerle. Concluyó que según los trabajos preparatorios de dicho instrumento, el término “nacen”, del artículo 1 de la Declaración, se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la misma y fue más allá de cualquier interpretación por cualquier órgano de monitoreo de los tratados al afirmar que, por lo tanto, la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido.¹⁴⁶

Un examen más acucioso del documento citado por la Corte como supuestamente respaldando esta afirmación,¹⁴⁷ demuestra que en ningún momento manifestaron los Estados tal interpretación, pues rechazaron el segundo párrafo del respectivo artículo del borrador de la Declaración que reconocía posibles excepciones al derecho a la vida para abortos de niños de padres discapacitados. Chile y Uruguay, en particular, se opusieron a la inclusión de dichos términos, los cuales fueron finalmente rechazados.¹⁴⁸ Si bien admitieron que el silencio sobre el tema de aborto era un compromiso político para lograr la adhesión de Estados como Reino Unido, en ningún momento expresaron que los derechos humanos se reconocen a partir del nacimiento, como alegó la Corte.

La Corte IDH se pronunció también respecto a la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concluyendo que de este no puede derivarse una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión humano debido a que, durante sus trabajos preparatorios fueron rechazadas las propuestas de Líbano y un grupo de cinco Estados (Bélgica, Brasil, El Salvador, México y Marruecos) que proponían la protección del derecho a la vida desde la concepción, aunque admitió que igualmente fue rechazada la propuesta de Reino Unido de reconocer un derecho al aborto.¹⁴⁹ Asimismo, la Corte justificó su interpretación del Pacto en las Observaciones Generales No. 6 y 17 del Comité de Derechos Humanos, en las que al Comité no sólo no se ha

¹⁴⁶ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 224.

¹⁴⁷ Cfr. Drafting of the Universal Declaration of Human Rights, E/CN.4/SR/35 (1947) citado en CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 224

¹⁴⁸ Cfr. *Ibid.* E/CN.4/SR/35 (1947) pp. 12-14.

¹⁴⁹ CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 225.

reconocido el derecho a la vida del no nacido sino que se ha señalado que la prohibición o restricción del acceso al aborto viola el derecho a la vida de la madre.¹⁵⁰ La Corte ignoró, curiosamente, el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prohíbe la imposición de la pena de muerte en mujeres embarazadas en su artículo 6 (5), otorgando así protección a la vida del no nacido. Similar prohibición contra la ejecución de mujeres embarazadas pueden encontrarse en el artículo 4(5) de la Convención Americana.

b. Interpretación histórica

La Corte IDH admitió que los trabajos preparatorios del tratado únicamente pueden ser medios complementarios o subsidiarios de interpretación cuando otros métodos dejan ambiguo el sentido de algún término de acuerdo al artículo 31(3) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁵¹ Sin embargo, la Corte decidió utilizar los trabajos preparatorios de la Convención Americana como medios primarios de interpretación, dándoles precedencia sobre el texto del tratado mismo, supuestamente en base al artículo 31(4) de la Convención de Viena, que dispone que se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Esencialmente, la Corte aplicó en *Artavia Murillo* el mismo razonamiento de la CIDH en *Baby Boy vs. Estados Unidos* en cuanto a los trabajos preparatorios, concluyendo que si bien los trabajos preparatorios de la Declaración Americana y la Convención Americana no ofrecen una respuesta definitiva sobre el asunto de la fertilización *in vitro*, estos sugieren que los Estados podrían haber tenido la intención de permitir excepciones al derecho a la vida para al menos algunas formas de aborto.¹⁵² Así lo interpretó la misma CIDH, quien originalmente introdujo la expresión “y en general” en el texto de la Convención, a pesar de existir oposición por parte de algunos Estados Parte.¹⁵³

No obstante, en la historia de la Convención no ha existido duda en el sentido de que el artículo 4 le otorga al no nacido un derecho a la vida

¹⁵⁰ *Ibid.*, párr. 226.

¹⁵¹ *Ibid.*, párr. 193.

¹⁵² Cfr. *Ibid.*, párr. 194-221.

¹⁵³ Cfr. *Ibid.*, párr. 204, 213-220.

desde la concepción. Este punto ha sido reconocido por Nieto Navia¹⁵⁴ y Gros Espiell¹⁵⁵ e incluso, *obiter dicta*, por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su decisión de 13 de mayo de 1980.¹⁵⁶

En este orden de ideas, los trabajos preparatorios son conclusivos. En efecto, debe advertirse que desde el Anteproyecto de Convención aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1959 se habría incorporado una disposición para proteger el derecho a la vida a partir del momento de la concepción.¹⁵⁷ Una disposición análoga también se encuentra en los proyectos de Convención presentados en 1965 tanto por el Gobierno de Chile como por el Gobierno de Uruguay.¹⁵⁸ Luego, debe notarse que en los dos dictámenes de la Comisión, tanto el de 1967 como el aprobado en junio de 1968 se habría incorporado lo que actualmente es el párrafo 1 del artículo 4 en orden de proteger el derecho a la vida desde la concepción.¹⁵⁹ Asimismo, se impone advertir que en su dictamen de 1968, la Comisión estimó tan amplia tutela como fundamental.¹⁶⁰ Esto a pesar de que en el Informe del Relator Dunshee de Abranches se habría propuesto explícitamente suprimir la protección desde la concepción. Esto con el objetivo de eventualmente haber dejado la cuestión del aborto abierta y sin definir, de la misma forma que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁶¹ Finalmente, es vital acotar que en las Actas y Documentos de la Conferencia Especializada de 1969 se evidencia que los Estados Americanos consideraron esencial mantener la protección de la vida a partir del momento de la concepción. Esto a pesar de la oposición nuevamente de Dunshee de Abranches quien participó como representante de Brasil y del delegado de los Estados Unidos.¹⁶²

¹⁵⁴ Cfr. NIETO Navia, Rafael, "Aspectos Internacionales de la Demanda contra la Penalización del Aborto", *Persona y Bioética*, Vol. 9 (24) 2005: pp. 21-42.

¹⁵⁵ GROS Espiell, Héctor. "La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo". *Editorial Jurídica de Chile*, 1991: pp. 80-84.

¹⁵⁶ Cfr. COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. "C/Royaume Uni/ Requete N.º 8416/79". 13 de mayo de 1980.

¹⁵⁷ Cfr. CIDH. "Anuario Interamericano de Derechos Humanos". 1968: p. 236.

¹⁵⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 275-298.

¹⁵⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 320.

¹⁶⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 98.

¹⁶¹ Cfr. *Ibid.*, p. 168.

¹⁶² ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. "Actas y Documentos. Con-

Así las cosas¹⁶³ es evidente, en primer lugar, que de las declaraciones de los Estados que pactaron la Convención se desprende que ha sido su intención manifiesta superar el estándar de protección otorgado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al derecho a la vida, para extender la obligación de proteger este derecho a partir del momento en que el ser humano es concebido y no a partir de su nacimiento. Luego, debe acotarse que en los debates de la Convención no existió duda alguna de que el reconocimiento del a la vida a partir de la concepción, implica una protección, contra el aborto o cualquier forma de destrucción o eliminación de la persona no nacida. Esto se entiende claramente de las mismas declaraciones del delegado Dunshee de Abranches quien se opuso, tenazmente pero sin éxito, a la actual redacción del artículo 4 que conlleva a proteger a la persona contra el aborto.

c. Interpretación evolutiva

La Corte hizo también una interpretación evolutiva de la Convención Americana, en virtud de la cual “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”,¹⁶⁴ que le llevó a concluir que, de acuerdo al derecho comparado y los desarrollos pertinentes en el derecho internacional sobre el estatus jurídico del embrión y la fertilización *in vitro*, el embrión no es persona ni tiene derecho absoluto a la vida.¹⁶⁵

Esta es una de las parte más defectuosas de toda la sentencia, al menos técnicamente,¹⁶⁶ pues en lugar de citar evidencia de dichas premisas en el derecho latinoamericano, como correspondería según el artículo 31, la Convención de Viena, la Corte cita principalmente decisiones

ferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. OEA/Ser.K./XVI/1.2, 7 al 22 de noviembre de 1969”: p.160.

¹⁶³ Debe notarse que en la sentencia dictada en el caso Artavia Murillo, la Corte, paradójicamente, reconoce los antecedentes y trabajos preparatorios que se suscitaron en relación con el artículo 4.1 de la Convención.

¹⁶⁴ CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 245.

¹⁶⁵ Cfr. *Ibid.*, párr. 245-253.

¹⁶⁶ Para una crítica de la interpretación evolutiva sin parámetros objetivos en este caso, ver: PAÚL, Álvaro, “La Corte Interamericana In Vitro: Notas sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia”, *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Vol. 2, 2013: pp. 303-345.

judiciales de países europeos (Alemania, España), de Estados Unidos (estado que no es parte de la Convención Americana), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa para fundamentar su decisión.¹⁶⁷ No pudiendo encontrar más práctica regional que tres decisiones judiciales de Argentina, México y Colombia legalizando el aborto, la Corte se apoya así en decisiones de otro sistema regional de derechos humanos, el europeo, y en el de Estados Unidos, para concluir que no puede darse en Latinoamérica una “protección absoluta” al embrión humano,¹⁶⁸ tema que fue fuertemente criticado por el juez Vio Grossi en su voto disidente.¹⁶⁹

El hecho de ser Costa Rica el único país donde estaría prohibida la FIV en forma expresa tiene solamente un peso relativo en cuanto a la práctica posterior de los Estados, ya que, como la sentencia misma señala, varios Estados latinoamericanos prohíben la clonación humana, la utilización de las técnicas de reproducción asistida para fines diferentes de la procreación humana y limitan la crioconservación de los embriones humanos.¹⁷⁰

Asimismo, un punto que la Corte omite mencionar, es que los tribunales de última instancia de varios países latinoamericanos se han acogido a la Convención Americana a la hora de proteger al embrión humano de fármacos que ocasionan su muerte o destrucción, como la susodicha “píldora del día después”. Por ejemplo, la Corte Suprema de Chile se acogió al artículo 4 de la Convención (1) y a otras obligaciones de los tratados internacionales, al prohibir la anticoncepción de emergencia en el 2008.¹⁷¹ En el 2009, el Tribunal Constitucional de Perú invocó la Convención Americana al prohibir la distribución gratuita de mecanismos de anticoncepción de emergencia.¹⁷² Igualmente, en el 2011, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Honduras aprobó como constitucional un Proyecto de Ley prohibiendo la anti-

¹⁶⁷ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit*: párr. 245-253.

¹⁶⁸ Cfr. *Ibid* párr. 263.

¹⁶⁹ Cfr. *Ibid.*, Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi.

¹⁷⁰ Cfr. *Ibid.*, párr. 255.

¹⁷¹ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE, “Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad,” aprobadas por el Decreto Supremo No. 48, de 2007, del Ministerio de Salud, (2008) Rol de la Causa: 740-2007”: pp. 131-32 (Chile).

¹⁷² Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, Acción de Lucha Anticorrupción: Sentencia del Tribunal Constitucional, (2009) Exp. No. 02005-2009-PA/TC”.

concepción de emergencia, debido a sus efectos abortivos en el embrión humano.¹⁷³ Esta importante evidencia de la interpretación del término concepción en el derecho comparado latinoamericano fue selectivamente omitida por la Corte.

El concepto mismo de interpretación evolutiva se encuentra actualmente en desarrollo, por lo que sus contornos aún no son claros. Sin embargo, parece haber consenso en la práctica internacional en el hecho de que, si un tratado pudiera evolucionar, podría hacerlo sólo si utiliza “conceptos evolutivos” –es decir, términos abiertos– al determinar el contenido de un derecho en particular.¹⁷⁴ Tal método de interpretación puede ser usado para extender el contenido de un derecho de un modo en que no fue previsto por quienes redactaron el tratado, o para apartarse de ciertos precedentes. Sin embargo, una interpretación evolutiva no puede derivar de un tratado internacional un derecho que no se encontraba incluido en éste desde su creación, especialmente cuando el silencio sobre tal derecho fue deliberado. *A fortiori*, las interpretaciones evolutivas no deben contrariar las disposiciones textuales de una convención. En efecto, lo único que puede ser interpretado en forma evolutiva –y, por tanto, ser expandido a ámbitos de aplicación imprevistos– es una materia que ya ha sido implícita o explícitamente incluida en el texto de un tratado. Es por ello que la declaración expresa que hace la Convención sobre el derecho a la vida del no nacido no puede ser interpretada en un modo que prive al embrión o feto de su personalidad.¹⁷⁵

6. CONCLUSIÓN

Costa Rica fue un Estado pionero en proteger la vida humana desde su etapa más temprana de desarrollo, lo cual tiene facultad de hacer de acuerdo a la Convención Americana, tratado único en el mundo en su

¹⁷³ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS. “Dictamen del 28 de noviembre de 2011, Sala de lo Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia de la República de Honduras”, Tegucigalpa, Municipio del Distrito Central, 28 de noviembre de 2011.

¹⁷⁴ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit. Escrito de Amici Curiae* por Alliance Defense Fund, Centre for Legal Studies at C-fam and Americans United for Life: pp. 16-17.

¹⁷⁵ Cfr. *Idem*.

categoría de protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción. La decisión de la Corte IDH en *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, sin embargo, ha forzado a ese país a retroceder en el reconocimiento y protección del no nacido, en particular, del embrión humano, redefiniendo los términos adoptados por los Estados Parte de la Convención.

Las interpretaciones históricas, sistemáticas o evolutivas de los tratados de derechos humanos son usadas para extender el alcance de los derechos establecidos en instrumentos internacionales, no para reducirlos. Sin embargo, en *Artavia*, la Corte adoptó un enfoque restrictivo de interpretación que no solamente distorsionó el sentido de los términos del tratado, sino que violentó las normas internacionales de interpretación de los tratados con el objetivo de llegar al resultado deseado por algunos jueces: el de revertir los derechos del niño no nacido, a partir del momento de su concepción, reconocidos por los Estados Parte desde la adopción de la Convención Americana.

7. APÉNDICE: LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DE LA CORTE IDH EN EL CASO ARTAVIA MURILLO

La sentencia dictada por la Corte Interamericana el 28 de noviembre de 2012 resolvió, concretamente, que el Estado de Costa Rica debe levantar la prohibición de la técnica de la Fertilización *In Vitro*.

Concretamente, la sentencia de 28 de noviembre de 2012 dispuso que el Estado de Costa Rica debe tomar las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en esa sentencia.

Consultada la Procuraduría General de la República, que actuó como agente del Estado en el caso *Artavia Murillo*, ésta le indicó al Gobierno de la República que, en orden a cumplir la sentencia de la Corte Interamericana, se requiere la aprobación y promulgación de una Ley de la República.

En este sentido, no debe obviarse que la prohibición de la fertilización *in vitro* en Costa Rica ha sido resultado inmediato y formal de una sentencia de inconstitucionalidad dictada, en su momento, por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Luego, se sigue que la única forma de dejar sin efecto la sentencia de la Sala Constitucional N.º 2306-2000, es que se apruebe y sancione una Ley.

Acogiendo el criterio de la Procuraduría General, el Poder Ejecutivo procedió a presentar su proyecto de Ley ante la Asamblea Legislativa el que se ha tramitado bajo el número 18738, proyecto de Ley de Fertilización *In Vitro* y Transferencia de Embriones Humanos.¹⁷⁶

Al contrario de lo que se esperaba por algunos sectores de las organizaciones no gubernamentales y de determinados grupos de interés en Costa Rica, la sentencia de la CIDH no ha concluido, ni por asomo la discusión costarricense sobre la Fertilización *In Vitro*. Por el contrario, el debate se ha tornado más complejo.

En este sentido, conviene advertir que la sentencia de la Corte lejos de implicar que Costa Rica haya conformado, de forma inmediata, su ordenamiento jurídico a lo dictado por el órgano convencional, ha revelado una resistencia estructural del ordenamiento costarricense a la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana que ordenen una modificación de su sistema constitucional.

A pesar de que la Constitución costarricense integra el derecho internacional convencional como parte de su ordenamiento jurídico,¹⁷⁷ su sistema jurídico no ha admitido que la sentencia dictada en el caso Artavia Murillo, que ordena dejar sin efecto una sentencia constitucional, sea de ejecución directa e inmediata o que integre, de pleno derecho, ese bloque de convencionalidad.

En efecto, el Legislador costarricense ha entendido que la ejecución en el país de la sentencia dictada en el caso Artavia Murillo requiere de la acción del proceso legislativo previsto constitucionalmente. Esto en tanto que la Ley vigente solamente ha dado carácter ejecutorio a las condenas pecuniarias que la Corte Interamericana pueda imponer.¹⁷⁸

Asimismo, el sistema republicano democrático diseñado por la Constitución de 1949 ha garantizado que la ejecución de la sentencia del caso Artavia Murillo no sea una materia exclusiva del Poder Ejecutivo, sino que ha permitido, a través del instituto de la iniciativa legisla-

¹⁷⁶ Cfr. CORTE IDH, “1º Informe de Cumplimiento presentado por los Agentes del Estado ante la CDH”, 2013.

¹⁷⁷ Constitución Política de Costa Rica, Artículo 7.

¹⁷⁸ Artículo 27 de la Ley de Convenio para la sede la Corte Interamericana, N.º 6889 del 9 de septiembre de 1983. Costa Rica.

tiva del diputado, que frente al proyecto de Ley del Ejecutivo, se hayan presentado iniciativas de Ley que compiten con aquel, específicamente los expedientes legislativos Nos. 18824 y 18151.¹⁷⁹

Luego, las garantías democráticas que la Constitución asegura al proceso legislativo, han permitido que las fracciones legislativas minoritarias que se han opuesto radicalmente al cumplimiento de la sentencia, puedan interponer sus mociones y exigir una conversación amplia sobre la aprobación de una ley que autorice la técnica de la fertilización *in vitro*.¹⁸⁰

Actualmente, todos estos proyectos de Ley permanecen en discusión en comisión legislativa, que en el sistema costarricense es la etapa del procedimiento legislativo de mayor discusión y debate legislativo.¹⁸¹

De otro extremo, y de cara a este debate legislativo, distintos sectores han intentado una solución judicial a la cuestión de la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, procurando a través de distintas acciones una resolución judicial que, en aplicación directa de la sentencia interamericana, permita la Fertilización *In Vitro* sin necesidad de marco regulatorio alguno.

Una primera acción se realizó a través de la interposición de un recurso de amparo cuyo objeto consistió en requerir a la Sala Constitucional que reconociera la aplicabilidad directa de la sentencia y condenara a la Asamblea Legislativa por no promulgar la Ley de FIV.

No obstante, esta primera acción fracasó pues la Sala Constitucional señaló que no le correspondía controlar el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e indicó que el reglamento de ese órgano ha dispuesto un procedimiento de supervisión y cumplimiento a cargo de la misma Corte.¹⁸²

Una segunda acción ha consistido en la interposición de 15 procesos contenciosos administrativos en los que se pide que los jueces de esa jurisdicción ordenen la aplicación de la técnica también en apli-

¹⁷⁹ Cfr. CORTE IDH, “2º Informe de Cumplimiento presentado por los Agentes del Estado ante la CDH”, 2013.

¹⁸⁰ CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit*: Ver “3º y 4º Informe de cumplimiento presentados por los Agentes del Estado el 22 de septiembre de 2014 y 18 de diciembre de 2014”, respectivamente.

¹⁸¹ Cfr. *Idem*.

¹⁸² Cfr. SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA. “Resolución N.º1424-2014” 31 de enero de 2014.

cación directa de la sentencia de la Corte Interamericana de 28 de noviembre de 2012.¹⁸³

Estos procesos han permanecido suspendidos debido a que la Procuraduría General, representante legal del Estado ante la jurisdicción contenciosa, ha objetado la competencia de esa jurisdicción.

No obstante, en recientes autos dictados por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, órgano que conoce de las excepciones de incompetencia contra la jurisdicción contenciosa, han resuelto sostener la competencia de esos jueces para conocer de la petición de aplicación directa de la técnica de fertilización *in vitro*. Por supuesto, estos autos de la Sala Primera, de forma incongruente, han desconocido el voto de la Sala Constitucional en la materia.¹⁸⁴

Igualmente, debe destacarse que a la par de esta solución judicial, otros agentes del sistema político han intentado una solución por la vía reglamentaria.

En efecto, en recientes declaraciones del Presidente de la República –electo en el año 2014–, y a contrapelo del criterio sostenido por la Procuraduría General, afirmó, luego de una reunión con abogados y representantes de los grupos a favor de la técnica de la Fertilización *in Vitro*, que está examinando la posibilidad de levantar la prohibición de la técnica a través de un decreto de carácter reglamentario que dictaría, en solitario, el Poder Ejecutivo.¹⁸⁵

La efectividad e idoneidad de esta vía reglamentaria, sin embargo, son dudosas, no solamente por la reserva de Ley que existe en la mate-

¹⁸³ Estos procesos se tramitan bajo los expedientes 13-1546-1027-CA, 13-002476-1027-CA, 13-005077-1027-CA, 13-005106-1027-CA, 13-003116-1027-CA, 13-001788-1027-CA, 13-003114-1027-CA, 13-003113-1027-CA, 13-003115-1027-CA, 13-002477-1027-CA, 14-002845-1027-CA, 14-002846-1027-CA, 13-007352-1027-CA, 14-10068-1027-CA, 14-005127-1027-CA.

¹⁸⁴ SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA. “Auto 316-2015 del 12 de marzo de 2015. Sala primera” y SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA. “Auto 1485-2014 del 11 de noviembre de 2014. Sala primera.”

¹⁸⁵ Cfr. NOGUERA, Jarmon, “Gobierno valora si FIV se puede manejar vía decreto”, en *La Prensa Libre de Costa Rica* [en línea] Disponible en: <http://www.laprensalibre.cr/Noticias/detalle/15737-gobierno-valora-si-fiv-se-pue>. [Fecha de consulta: 30 de septiembre 2016]; y GUERRERO, Angie. “Regular la FIV por decreto no sería posible pues se requiere ser Ley de República, pero se hará la lucha”, *Revista Costa Rica Hoy (crhoy.com)* marzo 9 2015. Disponible en: <http://www.crhoy.com/regular-la-fiv-por-decreto-no-seria-posible-pues-se-requiere-ser-ley-de-republica-pero-se-hara-la-lucha/> [Fecha de consulta: 30 de septiembre 2016]

ria, sino porque, por seguro, no pondrían fin a la discusión dado que en el sistema costarricense, que garantiza una amplia tutela judicial, los decretos reglamentarios son susceptibles de control por parte de la jurisdiccional constitucional, y aún la contenciosa administrativa. Por demás está decir que la emisión de un reglamento ejecutivo tampoco precluiría la posibilidad del Legislativo de emitir una Ley contraria a la regulación ejecutiva la cual quedaría, eventualmente, sin efecto.

Finalmente, debe advertirse que esta vía reglamentaria padece también de una seria objeción de viabilidad técnica.

En efecto, conviene recordar que en la misma sentencia de 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana condenó al Estado costarricense a incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. Esto en la práctica implica que la Caja Costarricense del Seguro Social incorpore la técnica de Fertilización *In Vitro* dentro de sus servicios de atención.

Ahora bien, a pesar de que la Caja Costarricense realizó los estudios técnicos correspondientes e incluso proyectó la creación de una unidad especializadas en fertilización *in vitro*,¹⁸⁶ recientemente su Presidencia Ejecutiva ha reconocido, en declaraciones públicas, que carece de los recursos financieros suficientes para prestar el servicio en condiciones de universalidad como es la norma costarricense. Asimismo, ha señalado que el impacto financiero en la institución aseguradora sería desproporcionado.¹⁸⁷

Así las cosas, es claro que la vía reglamentaria esbozada por el Poder Ejecutivo podría no llegar a implicar una materialización del servicio, pues no es posible, por este medio, trasladar recursos financieros a la Caja Costarricense del Seguro Social para este fin. Tampoco se podría, dada la autonomía institucional de la Caja, obligar, por la vía de un decreto ejecutivo, a prestar un servicio que no está en condiciones de implementar.

¹⁸⁶ Ver 2, 3 y 4 Informes de Cumplimiento presentados ante la Corte Interamericana por los Agentes del Estado.

¹⁸⁷ Cfr. ROJAS A., Lady. “Para la caja es insostenible hacer fecundación in vitro, se declara sin recursos financieros ni laboratorios. *Revista Costa Rica Hoy (crhoy.com)*. Marzo 31 2015. [en línea] Disponible en: <http://www.crhoy.com/para-la-caja-es-insostenible-hacer-fecundacion-in-vitro-no-hay-recursos-financieros-ni-laboratorios/> [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2016].

En conclusión, la sentencia dictada por la Corte Interamericana no ha cerrado el debate costarricense sobre la Fertilización *In Vitro* por carecer de la fuerza jurídica suficiente para conformar el ordenamiento jurídico costarricense. La sentencia carece del vigor, conforme el sistema costarricense, para implicar, de pleno derecho, el levantamiento de la prohibición.

Igualmente, debe destacarse que el sistema republicano democrático que la Constitución de 1949 ha diseñado impide que una sentencia de la Corte Interamericana enerve la discusión y el debate costarricense, pues el sistema, *per se*, reclama la posibilidad de los costarricenses de debatir, en su propio contexto, los temas de interés nacional.

Así las cosas, puede ser que los grupos nacionales que han pretendido utilizar a la Corte Interamericana como medio para implementar su agenda de ingeniería social, se hayan equivocado al subestimar la resistencia constitucional de la Carta Fundamental costarricense a delegar en un órgano externo la decisión sobre las cuestiones que atañen a la política interna del Estado y a su estructura constitucional.

ADDENDUM II

Cumplimiento de la sentencia del fallo del caso Artavia en Costa Rica

Ligia De Jesús Castaldi¹⁸⁸

De acuerdo a la Convención Americana, “los Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (Artículo 68(1)), y en el caso *Artavia*, el Estado costarricense dio cumplimiento casi inmediato a las reparaciones pecuniarias por daño material ordenadas por la Corte IDH, la publicación del fallo y la capacitación de funcionarios públicos sobre el fallo.¹⁸⁹

Sin embargo, la orden que dio la Corte de modificar el ordenamiento jurídico interno para autorizar y regular la FIV y subsidiarla

¹⁸⁸ Las traducciones de documentos en otro idioma son de la autora.

¹⁸⁹ Cfr. CORTE IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica. “Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Supervisión de cumplimiento de sentencia” (en adelante “Resolución de cumplimiento”), párr. 66-69. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf

través de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS),¹⁹⁰ encontró significativa resistencia a nivel nacional entre la mayoría de legisladores, la Procuraduría General de la República y la Sala Constitucional de la Corte Suprema, al menos parcialmente debido a la controversia bioética que todavía persiste sobre el tema de la FIV en cuanto a la protección del embrión humano.

Durante la etapa de supervisión de cumplimiento del fallo, la Corte IDH forzó al Estado de Costa Rica a ejecutar el fallo en contradicción con su proceso constitucional, agregando nuevas obligaciones de comportamiento.¹⁹¹ Específicamente, la Corte intervino directamente en el orden jurídico interno anulando una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica que había invalidado un Decreto emitido por el Presidente de la República y que condicionaba la autorización y regulación de la fecundación *in vitro* a la aprobación de una Ley por parte del Poder Legislativo,¹⁹² como se describe a continuación.

En septiembre de 2015, tras una audiencia de cumplimiento en que la Corte IDH exigió al gobierno de Costa Rica la autorización inmediata de la FIV, el Presidente de la República, Luis Guillermo Solís Rivera, publicó el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S denominado “Autorización para la Realización de Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación *in vitro* y Transferencia Embrionaria”,¹⁹³ en que se refería al embrión humano como “óvulo fecundado” y autorizaba la FIV homóloga y heteróloga para parejas infértiles y mujeres solas.

El 3 de febrero de 2016, la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense lo declaró inconstitucional con base en el artículo 2 de la Convención Americana, que establece que cualquier cambio en el Derecho interno de los Estados Parte deberá darse a través de medidas legislativas, invocando el principio de legitimación democrática en las decisiones que al respecto afectan derechos fundamentales, donde es necesaria la intervención de la Asamblea Legislativa, por lo que la Sala

¹⁹⁰ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 317-380.

¹⁹¹ Cfr. *Ibid.* “Resolución de cumplimiento, Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi”.

¹⁹² Cfr. *Ibid.*, párr. 19-27, pág. 26 punto resolutivo 4.

¹⁹³ Cfr. *Ibid.*, párr. 16.

Constitucional emplazó al Poder Legislativo para emitir legislación sobre el tema.¹⁹⁴

La decisión se basaba en el texto de la Convención misma, que establece que únicamente “[l]a parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”, lo cual indicaría que el Estado no tiene una obligación de dar implementación inmediata, a través de sus cortes nacionales o Poder Ejecutivo a todas las disposiciones del fallo en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, como aquellas que ordenan la legalización de la fertilización *in vitro* en el país y su subsidio público.

Al día siguiente, el 4 de febrero de 2016, la Corte IDH reaccionó con inusual virulencia contra una decisión judicial interna, emplazando al Estado costarricense para que, en un plazo de 7 días, anule la sentencia de la Sala Constitucional y permita la regulación de la FIV a través del Decreto presidencial que declaró como inconstitucional.¹⁹⁵

La Sala Constitucional resistió la orden de la Corte IDH y no revirtió su sentencia, por lo que solo 12 días después, 16 de febrero del 2016, la Comisión presentó el caso 12.798, denominado *Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica* y la Corte IDH,¹⁹⁶ indicando que presentaba este nuevo caso sobre fecundación *in vitro* porque “el Estado de Costa Rica no cumplió con las recomendaciones contenidas en el Informe de Fondo” y la sentencia del caso *Artavia*, es decir, la orden de levantar la prohibición de la práctica de la FIV en el país y de reparar a las víctimas por daño moral y material.¹⁹⁷

Finalmente, a través de una resolución del 26 de febrero de 2016, la Corte IDH declaró por cinco votos contra uno que, a la luz de la sentencia de *Artavia Murillo* de 2012, “debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejer-

¹⁹⁴ Cfr. *Ibid.*, disponible en <http://observatoriodinternacional.com/?p=2392>

¹⁹⁵ FRANK, María Inés. “Costa Rica: por segunda vez llevada a la Corte Interamericana con motivo de la FIV”, en *Observatorio Internacional de Políticas Públicas y Familia*, [en línea] Febrero 18 de 2016. Disponible en: <http://observatoriodinternacional.com/?p=2392> [Fecha de consulta: Octubre 7 de 2016]

¹⁹⁶ Cfr. “CIDH presenta caso sobre Costa Rica a la Corte IDH”, [en línea]. Comunicado del 16 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/013.asp>

¹⁹⁷ Cfr. *Idem*.

cicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público”. Asimismo, dispuso que “se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S del 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia”.¹⁹⁸

Esta extraordinaria intervención por parte de la Corte IDH en el proceso constitucional interno suscita preguntas jurisprudenciales sobre la ejecución de las sentencias de la Corte a nivel interno y sobre el alcance de su autoridad en los procesos de supervisión de cumplimiento. Las reacciones de la Comisión y la Corte IDH en los casos de la FIV parecen estar destinadas a forzar al Estado de Costa Rica a ejecutar el fallo del caso Artavia a través del Poder Ejecutivo y de manera inmediata, lo cual contrasta con la prudente apreciación de la Sala Constitucional, que basada en la Convención, en sus propios precedentes y los de la Corte IDH, busca reservar la función legislativa al Congreso Nacional, de conformidad con sus procedimientos constitucionales.

¹⁹⁸ CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit*: Resolución de cumplimiento, *Op. Cit.*, pp. 26-27, puntos resolutivos 3-5.