

De Jesús, Ligia M. ; Oviedo Álvarez, Jorge A. ; Tozzi, Piero A.

*El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica
(fecundación in vitro): la redefinición del dere-
cho a la vida desde la concepción, reconocido en
la Convención Americana*

Prudentia Iuris N° 75, 2013

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

De Jesús, L. M., Oviedo Álvarez, J. A., Tozzi, P. A. (2013). 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 [en línea], *Prudentia Iuris*, 75.

Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/caso-artavia-murillo-costa-rica.pdf> [Fecha de consulta:.....]

**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**

LIGIA M. DE JESÚS*, JORGE A. OVIEDO ÁLVAREZ** Y PIERO A. TOZZI***

Resumen: El Artículo 4(1) de la Convención Americana protege la vida de la persona por nacer desde el momento de la concepción. Esta nota analiza críticamente la interpretación restrictiva de este artículo realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sobre la prohibición de la fecundación in vitro en ese país. La nota describe cómo la Corte revirtió parcialmente el reconocimiento del derecho a la vida del niño no nacido, qué hicieron los Estados latinoamericanos, al adoptar la Convención Americana, a través de una aplicación distorsionada de sus propias técnicas de interpretación y de las normas internacionales de interpretación de los tratados.

Palabras clave: Corte Interamericana - Artavia - Costa Rica - Concepción in vitro - No nacido - Embrión - Persona.

Abstract: The American Convention's article 4 (1) protects the life of the unborn person from the moment of conception. This paper critically analyzes the restrictive interpretation of this article by the Interamerican Court in the "Case *Artavia Murillo et al. vs Costa Rica*", on the prohibition of in vitro fertilization in the country. The paper describes how the Court partially reversed the recognition of the right to life of the unborn child, which made the Latin American States to adopt the Convention, through a distorted application of its own techniques of interpretation and international performance standards of treaties.

Keywords: Interamerican Court - Artavia - Costa Rica - Conception in vitro - Unborn - Embryo - Person.

* Amicus curiae en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Profesora en Ave Maria School of Law, Estados Unidos, LL. M. (Harvard Law School).

** Miembro de la representación del Estado en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Procurador Adjunto del Área de Derecho Público, Procuraduría General de la República de Costa Rica. Licenciado en Derecho por la Escuela Libre de Derecho, Costa Rica.

*** Amicus curiae en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Asesor Legal Senior en la oficina de asuntos internacionales de *Alliance Defending Freedom*, Estados Unidos.

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 derechos¹ y redefinió la “concepción” como implantación en el útero materno, en lugar de la fertilización², 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 partes, sino simplemente un deber de protección gradual e incremental según el grado de desarrollo físico del niño no nacido³.

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 Tratados⁴, sin perjuicio de otros defectos de los que el fallo pueda adolecer.

2. Panorama del derecho a la vida en la Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención o Convención Americana)⁵ 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

¹ Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica* (en adelante *Artavia*). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, para. 223, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

² *Artavia*, para. 189 et seq.

³ *Artavia*, para. 257-264.

⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigencia el 27 de enero de 1980.

⁵ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>.

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 amplio 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 Americana⁶. 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”⁷. 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 4º de la Convención no se ha circunscrito a garantizar un mero derecho a la vida. 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 Okere⁸, 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.

Sin embargo, 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 4º ha incorporado disposiciones –en su criterio controversiales– que, de un extremo, prohibirían el aborto voluntario y, de otro lado, limitarían en extremo la pena capital⁹.

Ahora bien, lo cierto es con la adopción y posterior ratificación de la Convención Americana, veinticuatro Estados latinoamericanos y del Caribe¹⁰ reconocieron

⁶ Actas y Documentos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. OEA/Ser.K/XVI/1.2, 7 al 22 noviembre de 1969, pág. 160.

⁷ Ver GROS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Jurídica de Chile, 1991, págs. 80-84.

⁸ OBINNA OKERE, B., *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*, John Hopkins University Press, Vol. 6, No. 2 (may, 1984), págs. 141-159.

⁹ BUERGENTHAL, Thomas, “Commentary: the American Convention on Human Rights. Illusions and Hopes”, 21 Buff. L. Rev. 121, 1971-1972.

¹⁰ 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, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname,

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.

En todo caso, es importante puntualizar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es frecuentemente citada por distintas Cortes¹¹ y juristas internacionales¹² como el instrumento de derecho internacional que contiene el más explícito reconocimiento del derecho a la vida del no nacido¹³. Ello sin perjuicio de que otros tratados y declaraciones internacionales también protejan la vida y la salud del no nacido¹⁴. En este sentido, es importante subrayar lo comentado por Wicks¹⁵, quien ha advertido que la Convención es el único tratado de derechos humanos que se ha propuesto resolver la cuestión de cuándo 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 tal y como lo ha reconocido García Ramírez¹⁶ y lo ha afirmado Monroy Cabra¹⁷.

Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Ver Convención Americana, “Estado de Firmas y Ratificaciones”, disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm>.

¹¹ Ver, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Vo v. France*, Sentencia del 8 de julio, 2004, párr. 75. Disponible en base de datos HUDOC, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/>.

¹² 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”. Cf. 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*, Boston, Stanislaw J. Frankowski, George F. Cole eds., 1987.

¹³ 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.

¹⁴ 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 puede 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”.

¹⁵ WICKS, Elizabeth, “The Meaning Of Life: Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties”, *Oxford Human Rights Law Review*, 12:2(2012), págs. 199-219.

¹⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La pena de muerte en la Convención Americana de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, Vol. XXXVIII, N° 114, setiembre-diciembre, 2005, págs. 1021-1088.

¹⁷ MONROY CABRA, Marco, Informe presentado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Artavia Murillo* y otros vs. Costa Rica.

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 4º 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 garantizara el primero. Literalmente, la Corte ha señalado que de la salvaguarda del derecho a la vida depende la realización de los demás derechos¹⁸.

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 vida¹⁹.

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 Paquiyauri vs. Perú*²⁰, *caso del Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú*²¹ y *caso Goiburú y otros vs. Paraguay*²².

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*.²³ Además, en el *caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya 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 partes de la Convención de garantizar el acceso a la salud prenatal²⁴.

Incluso la propia Comisión Interamericana, 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 individualizadas²⁵. Existen además otros informes en los que la

¹⁸ Corte IDH. Caso Reeducción de menores vs. Paraguay, del 2 de setiembre de 2004.

¹⁹ Corte IDH. Caso Villagrán, Morales y otros vs. Guatemala, del 19 de noviembre de 1999.

²⁰ Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. Párr. 67(x), 216 y nota 62.

²¹ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, 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”.

²² Ver Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153., 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.

²³ Ver Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 139.

²⁴ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 177.

²⁵ *Ibid.* párr. 42 & 44.

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”²⁶. Asimismo, en 1995 se refirió al aborto forzado como una forma de tortura, mencionando “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”²⁷.

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 asegurar 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 4º 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 dignidad²⁸. 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

²⁶ Ver 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 marzo 1972, Parte II, párr. 1. Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/71sp/parte2.htm>.

²⁷ Ver 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/haiti-95mujer.htm>.

²⁸ MERON, Theodore, “On a Hierarchy of International Human Rights”, *The American Journal of International Law*, Vol. 80 N° 1 (Jan, 1986), págs. 1-23.

en el sentido de permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella” 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 calificadas²⁹, verbigracia la legítima defensa, sino en el hecho de que no puede ser derogado –o suspendido– ni siquiera en caso de emergencias^{30, 31}.

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 partes. 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 planteen 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”³², razón por la cual prevalece sobre otros intereses menores.

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 el 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^{33, 34}.

²⁹ Voto Disidente del Juez Vio Grossi, Sentencia de la CIDH. Caso Artavia Murillo.

³⁰ LEGG, Andrew, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, Oxford, 2012, pág. 204.

³¹ BUERGENTHAL, Thomas, “The American and European Convention on Human Rights, Similarities and Differences”, *30 Am. U. L. Rev.* 155, 1980-1981.

³² Cf. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144, y Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 186.

³³ Voto Disidente del Juez Vio Grossi. Sentencia CIDH. Caso Artavia vs. Costa Rica.

³⁴ NIETO NAVIA, Rafael, “Aspectos Internacionales de la Demanda contra la Penalización del Aborto”, *Persona y Bioética*, enero-junio, año/vol. 9, número 24, Colombia, Universidad La Sabana, págs. 21-42.

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 humanos³⁵, 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 derecho³⁶.

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 en su jurisdicción³⁷. Ello incluye adoptar 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 digna³⁸.

Finalmente, debe advertirse que en el Artículo 1º de la Convención se 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 el 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)³⁹ y *Daniel Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros vs. Costa Rica*⁴⁰, 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

³⁵ Cf. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144, y Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 186 citado en *Artavia*, para. 172.

³⁶ *Artavia*, para. 171.

³⁷ Cf. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120, y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de octubre de 2012. Serie C. No. 252, párr. 145. En *Artavia*, para. 172

³⁸ *Artavia*, para. 172.

³⁹ CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), *Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica*, 11 de marzo (2004), párr. 69.

⁴⁰ CIDH, Informe No. 156/10, Petición 1368-04 (Admisibilidad), *Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros vs. Costa Rica*, 1º de noviembre (2010).

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 procedimiento⁴¹.

En 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 ensayo⁴². La Comisión cambió el nombre de la petición a *Petición 12.361* 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 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 4º (derecho a la vida) y 5(2) (tratos crueles, inhumanos o degradantes) y Artículo 8º (garantías judiciales), entre otros⁴³.

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 mujeres⁴⁴. 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 Americana⁴⁵. 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 incumplido⁴⁶.

⁴¹ 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 & 30.

⁴² Ver *Mujer comprende que vida comienza en concepción y retira demanda contra Costa Rica*, ACIPRENSA (2008), <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=23767>.

⁴³ Ver 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.

⁴⁴ 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>.

⁴⁵ Ver MURILLO, Álvaro, "La Costa Rica Católica se atasca con la fertilización in vitro", *Diario El País* (San José, Costa Rica), 12 de julio de 2011, http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Costa/Rica/catolica/atasca/fertilizacion/in/vitro/elpepuintlat/20110712elpepusoc_12/Tes.

⁴⁶ E.g., Avendaño, Carlos (2011), *Fecundación in vitro: trámite exprés*, <http://www2.diarioextra.com/2011/marzo/15/opinion04.php> y "CIDH Extends Deadline For Approval Of Law For In-Vitro Fertilization In Costa Rica", en <http://insidecostarica.com/dailynews/2011/february/24/costarica11022402.htm>.

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 aborto⁴⁷.

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)⁴⁸, 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 CIDH 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 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 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”⁴⁹.

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

⁴⁷ Artavia, para. 182.

⁴⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigencia el 27 de enero de 1980.

⁴⁹ Ver 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>.

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 2009, por ejemplo, escribió un artículo celebrando la legalización del aborto hasta las doce semanas de gestación en el Distrito Federal de México⁵⁰, 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”⁵¹. 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.

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 Jamaica⁵². En abril de 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 otros⁵³.

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 en base a la definición del *Diccionario de la Real Academia Española* al momento de la aprobación de la Convención Americana, tal como la Corte eventualmente lo hizo⁵⁴.

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 la técnicas de fecundación in vitro terminan con la vida de

⁵⁰ Ver artículo en <http://www.larepublica.pe/columnistas/atando-cabos/muertes-anunciadas-derecho-la-vida-13-03-2009>.

⁵¹ Ídem.

⁵² 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), http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw36/Jamaica_Intro.pdf.

⁵³ “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>.

⁵⁴ 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, <http://vimeo.com/corteidh>.

muchos embriones humanos”⁵⁵, a pesar de que la representación del Estado estuvo a cargo de 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 Cortes⁵⁶. 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 recientemente electo juez Humberto Sierra Porto⁵⁷, 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 posnatal” de un niño de casi ocho meses de gestación.⁵⁸

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 humano⁵⁹, en *Artavia Murillo*, la Corte IDH redefinió la concepción como equiva-

⁵⁵ POLO, Carlos, “Tres jueces de Corte Interamericana asumen posición abortista en caso Fecundación in vitro”, Boletín 163, <http://www.lapop.org/index.php/boletines/427-boletin-163-tres-jueces-de-corte-interamericana-asumen-posicion-abortista-en-caso-fecundacion-in-vitro> y Aciprensa, denuncian parcialidad de jueces de Corte IDH a favor del aborto <http://www.aciprensa.com/noticias/denuncian-parcialidad-de-jueces-de-corte-idh-a-favor-del-aborto-22790/>.

⁵⁶ Ver MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces: Teoría de la legitimidad en la argumentación de sentencias constitucionales*, Madrid, Marcel Pons, 2009; TOZZI, Piero A., MARCILESE, Sebastián y MUGA GONZÁLES, Rossana, “El Activismo Judicial en Latinoamérica: Análisis a raíz de la reciente jurisprudencia argentina proaborto”, *El Derecho*, 5 de marzo 2013.

⁵⁷ <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/sierra.php>.

⁵⁸ Ver 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 en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>.

⁵⁹ Ver *Diccionario Mosby de Medicina*, Barcelona, España, Elsevier, 2010; LÓPEZ MORATALLA,

lente 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 Convención⁶⁰. 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”⁶¹. 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 fertilización⁶². Asimismo, el perito señaló que cuando se firmó la Convención Americana en 1969, el *Diccionario 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”⁶³. 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 1956⁶⁴.

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 que la Corte distorsionó su lectura, pues la referencia a la implantación o inicio del embarazo se encuentra solamente en una acepción de la palabra “concebir”, mas no de la palabra “concepción” como la Corte misma señala⁶⁵. 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

Natalia; IRABURU ELIZALDE, María J., *Los quince primeros días de una vida humana*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2004, pág. 19; Declaración de la Dra. Maureen L. Condic, citada en Artavia, para. 182.

⁶⁰ Para. 186, 264.

⁶¹ Artavia, para. 182.

⁶² Artavia, para. 181.

⁶³ Artavia, para. 181.

⁶⁴ Artavia, para. 181.

⁶⁵ Artavia, para. 181.

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 [...]”⁶⁶.

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”⁶⁷. Expresó que “coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido de que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida”⁶⁸. Sin embargo, inmediatamente a continuación señaló que no se pueden privilegiar 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”⁶⁹, decidiendo apoyar la postura minoritaria, declarando que el embrión humano no es persona y que la concepción equivale a la implantación⁷⁰. 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”⁷¹. 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 madre⁷².

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

⁶⁶ Artavia, para. 179.

⁶⁷ Artavia, para. 184-85.

⁶⁸ Artavia, para. 185.

⁶⁹ Artavia, para. 185.

⁷⁰ Artavia, para. 186.

⁷¹ Artavia, para. 186.

⁷² Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

humana al embrión⁷³. 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 personas⁷⁴. Obviamente, de acuerdo a dicho razonamiento, tampoco serían personas los niños o incapaces, ya 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 palabras⁷⁵, 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 partes 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 interamericano⁷⁶. 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 condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”⁷⁷. 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 ni-

⁷³ Para. 222-223, 264.

⁷⁴ Para. 222.

⁷⁵ Ver NIETO NAVIA, Rafael, “Aspectos Internacionales de la demanda contra la penalización del aborto”, *Revista Persona y Bioética*, Vol. 9, N° 1 (24), Colombia, 2005, págs. 21-42, citado en BACH DE CHAZAL, Ricardo, “Inconstitucionalidad y No Convencionalidad del Aborto Voluntario”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año III, número 6, julio (2011), La Ley, págs. 36-39.

⁷⁶ MONROY CABRA, Marco, Informe presentado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.

⁷⁷ Ver Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 179 y Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 179.

ños 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 humana⁷⁸. 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 en base a una interpretación sistemática, histórica y evolutiva, cuyo razonamiento se describe abajo, concluyendo no solo que el derecho a la vida del no nacido contempla excepciones⁷⁹, 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 jurídico⁸⁰. 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 nacido⁸¹.

Cabe señalar que, previo a *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, la Corte había expresado: “El derecho a la vida no puede seguir siendo concebido restrictivamente, como lo fue en el pasado”⁸² y que “no son admisibles enfoques restrictivos al mismo”⁸³. 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 doméstico⁸⁴. 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

⁷⁸ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 41.

⁷⁹ Para. 188.

⁸⁰ Para. 264.

⁸¹ Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Sentencia del 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁸² Ver Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 3.

⁸³ Ver Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 14; Corte IDH. Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 82.

⁸⁴ *Baby Boy*, párr. 25.

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*⁸⁵, llamado también principio *pro personae*, codificado en el Artículo 29(b) de la Convención, y aplicado repetidamente por la Comisión y la Corte Interamericana⁸⁶. La Comisión ha reconocido que este principio, que 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”⁸⁷. 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”⁸⁸. 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*⁸⁹. 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 anteriores⁹⁰, que le permite utilizar otros tratados internacionales

⁸⁵ Ver Corte IDH. Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 11; Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 12. Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 283; Corte IDH. Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 143.

⁸⁶ Ver 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. Serie A No. 19, párr. 13 (c).

⁸⁷ Ver 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.

⁸⁸ 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. Serie A No. 7, párr. 36.

⁸⁹ Ver CIDH, Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 6 de agosto de 2009.

⁹⁰ Cf. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Repara-

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 disidente⁹¹.

La Corte declaró que en 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 embarazo⁹². 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*⁹³, una petición no judicial, a través de la cual el Centro de Derechos Reproductivos, un grupo lobista proaborto 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 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 Todas las Formas de 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 partes, exigiendo la legalización del aborto o am-

ciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 43. Citado en Artavia, para. 191. Para mayor comentario sobre el asunto de jurisdicción extra Convención, 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 (en imprenta).

⁹¹ Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁹² Para. 227-228.

⁹³ Comité de la ONU sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 18 de junio de 2009, Visto: Anexo, CEDAW/C/50/D/22/2009 ¶ 8.16, 8.18 (17 de octubre de 2011), disponible en http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009_en.pdf.

pliación del aborto legal. El Comité ha apremiado a más de noventa países a legalizar el aborto o liberalizar sus leyes de aborto⁹⁴, 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 humano⁹⁵.

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 partes. También carecen de legítima autoridad para interpretar los tratados a fin de crear obligaciones jurídicamente vinculantes; solo los Estados partes o los tribunales internacionales pueden llevar a cabo tal interpretación⁹⁶. Ningún órgano de vigilancia de la ONU o de la OEA tiene facultad para emitir interpretaciones vinculantes⁹⁷. El Artículo 21 de la CEDAW⁹⁸ y el Artículo 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 CEDAW, en sus Artículos 7º, 8º y 13, que permite un mecanismo de denuncias individuales, establece que el Comité de la CEDAW solo podrá emitir “opiniones”, “observaciones” y “recomendaciones”, no juicios ni decisiones vinculantes relativos a las denuncias presentadas contra los Estados que han ratificado dicho protocolo⁹⁹. 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 2º de la Convención Europea sobre el derecho a la vida no protege la vida del no nacido

⁹⁴ Véase Comité de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, A/54/38/Rev.1, cap. I, ¶ 31 (c) (2 de mayo de 1999), disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/21report.pdf> or <http://www.chr.up.ac.za/undp/global/docs/comment3.pdf>.

⁹⁵ 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 (26 de julio de 2007), disponible en <http://www.un.org/News/Press/docs/2007/wom1641.doc.htm>.

⁹⁶ Artículos de San José Articles, *supra* nota 3, en Art. 6º. Ver también ídem, en notas al Art. 6º.

⁹⁷ CEDAW, *supra* nota 21, en el Art. 21.

⁹⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *supra* nota 14.

⁹⁹ Los Estados Partes 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, *supra* nota *íd.*, Colombia presentó una declaración que en n es posible la reinterpretación de la Convención por el Comité para incluir el derecho al aborto, afirmando: “El Gobierno de Colombia declara que ninguna disposición del Protocolo Facultativo, ni recomendación de la Comisión puede interpretarse como una exigencia a Colombia para despenalizar los delitos contra la vida o la integridad personal”.

frente al aborto ni la reproducción artificial, y que declararon que en la Convención Europea, el no nacido no es persona¹⁰⁰.

La Corte realizó una lectura selectiva de dichas decisiones, mencionando únicamente aquellas secciones que le favorecían 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 4º 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 2º 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”¹⁰¹.

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 en 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, según el Artículo 8º 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 abortar¹⁰², y reconoció 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 irlandés¹⁰³.

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*¹⁰⁴, el Tribunal Europeo de Justicia, dependiente de la Unión Europea y con sede en Luxemburgo, dictó

¹⁰⁰ Artavia, para. 234 - 242.

¹⁰¹ Ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Vo vs. France*, Sentencia del 8 de julio, 2004, párr. 75. Disponible en base de datos de la Corte, HUDOC <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/>.

¹⁰² *A., B. and C. vs. Ireland*, App. No. 25579/05, Eur. Ct. H.R. 2032, para. 214 (2010), <http://www.echr.coe.int>.

¹⁰³ *A., B. and C. vs. Ireland*, App. No. 25579/05, Eur. Ct. H.R. 2032, para. 213, 214, 216, 233 (2010), <http://www.echr.coe.int>.

¹⁰⁴ Caso *34/10 Oliver Brüstle vs. Greenpeace*, Sentencia del 18-10-2011, en <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=es&newform=newform&Submit=Buscar&alljur=alljur&juredj=juredj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&alldocrec=alldocrec&docj=docj&docor=docor&docdecision=docdecision&docop=docop&docppoag=docppoag&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&docnoj=docnoj&docnoor=docnoor&radtypeord=on&typeord=ALL&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&numaff=34%2F10&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatefe=&ydatefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>].

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 estatus jurídico del embrión humano como radicalmente distinto de una cosa, aplicando la prohibición a todas las 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 vida¹⁰⁵.

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 4º de la Convención Americana, extraña premisa. El Protocolo autoriza el aborto solo en ciertas circunstancias, en ausencia de las cuales el procedimiento sería ilegal¹⁰⁶. Vale la pena mencionar que solo la mitad de los miembros de la Unión Africana han adherido a dicho instrumento y que varios países, como Uganda, han formulado reservas que rechazan el aborto como un derecho humano¹⁰⁷. Los artículos de San José señalan: “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”¹⁰⁸.

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 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 Niño¹⁰⁹, por ejemplo, afirman el deber de los Estados partes

¹⁰⁵ Artavia, para. 250.

¹⁰⁶ Véase Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 13 de septiembre de 2000, *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>.

¹⁰⁷ Cf. BYAMUKAMA, Dora, “África del Este: región debe ratificar el Protocolo de Maputo ahora”, AllAfrica.com, 11 de agosto de 2010, <http://allafrica.com/stories/201008120629.html>.

¹⁰⁸ Artículos de San José, notas al Art. 6º, http://www.sanjosearticles.com/?page_id=184&lang=es.

¹⁰⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, *supra* nota 5, en pml., Declaración de la Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1959, AG res. 1386, Doc. ONU. A/4354 (10 de diciembre, 1959).

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)¹¹⁰. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹¹¹, Artículo 31(2), el preámbulo de un tratado es una parte esencial del texto del tratado. Además, los Artículos 6 (2) y 24 (2) (d) de la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹², 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 [...]”¹¹³.

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 protección¹¹⁴.

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 partes”¹¹⁵, con el objetivo de disminuir la protección que el Preámbulo da al no nacido, como indicó luego el doctor Carl August Fleischhauer.

¹¹⁰ Véase la Declaración de los Derechos del Niño, *supra* nota 36. Véase también *Baby Boy*, *supra* nota 12.

¹¹¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *supra* nota 31, en el Art. 31 (2).

¹¹² Convención sobre los Derechos del Niño, *supra* nota 5, en los Arts. 6 (2), 24 (2) (d).

¹¹³ 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 período prenatal. Véase Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *La historia legislativa de la Convención sobre los Derechos del Niño* (7 de octubre, 2007), http://www.sclat.org/web/uploads/publicaciones/archivos/eng/history_crc_1184387042.zip. 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 BRUCE ABRAMSON, “La violencia contra los bebés: protección de los niños pre-natal y post-natal bajo el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”, 57-60 (World Family Policy Center 2006), disponible en cuestiones [http://www.law2.byu.edu/wfpc/policy--HEAD=NNS / Violencia contra BABIES.pdf](http://www.law2.byu.edu/wfpc/policy--HEAD=NNS/Violencia%20contra%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 de Artículo 1° inicialmente declaró: “De acuerdo con la presente Convención entiende por niño todo ser humano desde el momento de su nacimiento [...]”. Íd. 59, n. 63. En la tercera reunión, “se generó un movimiento para su eliminación y la restricción se eliminó”, íd., lo cual sugiere que los Estados Partes de la ONU tenían la intención de que la Convención sobre los Derechos del Niño protegiera a los niños durante la etapa pre-natal de la vida.

¹¹⁴ Para. 231-232.

¹¹⁵ UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 43 (1989) citado en Artavia, para. 232.

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 Convención¹¹⁶.

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 incierta la conclusión a que llevará dicha declaración en futuras interpretaciones que de la Convención realicen los Estados partes. 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 partes 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 nacidos¹¹⁷. 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 edad¹¹⁸. 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

¹¹⁶ UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 45-47 (1989).

¹¹⁷ 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. Cf. FLOOD, Patrick J., “Protege el Derecho Internacional al Niño por Nacer”, en UFL vida y el aprendizaje XVI Conferencia 10 (2006), disponible en <http://www.ufl.org/vol16/flood06.pdf>.

¹¹⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, *supra* nota 5, a las reservas, declaraciones, objeciones, excepciones: Argentina, disponible en http://www.bayefsky.com/html/argentina_t2_crc.php; Íd., Reservas, declaraciones, objeciones, las excepciones: Guatemala, disponible en http://www.bayefsky.com/html/guatemala_t2_crc.php.

tomado en cuenta al interpretar todos los artículos de la Convención¹¹⁹. También, durante los trabajos preparatorios de la Declaración de los Derechos del 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 otros¹²⁰. 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”¹²¹; 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 los 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 1994 y 2002, 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 años¹²². En 2010, Guatemala informó que tanto su protección constitucional 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 Niño¹²³. 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

¹¹⁹ Íd. en *Reservations, Declarations, Objections, Derogations*: Ecuador, disponible en íd.; a las reservas, declaraciones, objeciones, las *excepciones*: Ecuador, disponible en http://www.bayefsky.com/html/ecuador_t2_crc.php.

¹²⁰ Cf. BACH DE CHAZAL, Ricardo, “Inconstitucionalidad y no convencionalidad del aborto voluntario”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, julio de 2011, en el 194-230, disponible en [http://www.notivida.org/Articulos/Aborto/inconstitucionalidad Y NO DEL CONVENCIONALIDAD Aborto VOLUNTARIO.pdf](http://www.notivida.org/Articulos/Aborto/inconstitucionalidad%20Y%20NO%20DEL%20CONVENCIONALIDAD%20Aborto%20VOLUNTARIO.pdf) (en 7-8).

¹²¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *supra* nota 31, en Art. 31 (2) (b).

¹²² Informes de Derechos del Niño, *supra* nota 33, en el CRC/C/8/Add.17 ¶¶ 6, 37, disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/8/Add.17>; íd. en CRC/C/70/Add.10 ¶¶ 235, 244, disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/70/Add.10>.

¹²³ Íd. en CRC/C/GTM/3-4 ¶¶ 41, 78, disponible en también íd. en CRC/C/OPSC/GTM/1 ¶ 126, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4631b5e72.html>; íd., CRC/C/65/Add.10 ¶ 68, disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.10>.

espíritu del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño¹²⁴. 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 concepción¹²⁵. 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 Niño¹²⁶. 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 Niño¹²⁷.

Otros Estados como Bolivia, Costa Rica, Nicaragua y Paraguay, por ejemplo, han hecho referencia específicamente al Artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño al informar que sus definiciones oficiales de “niño” comprenden a todo ser humano desde la concepción hasta los 18 años de edad¹²⁸. Igualmente, Panamá informó en 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 Convención¹²⁹. 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”¹³⁰. Del mismo modo, Paraguay informó en 2003, 2010 y 2012¹³¹ 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

¹²⁴ Íd. 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).

¹²⁵ Íd. en CRC/C/BOL/4 ¶ 192, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.BOL.4.pdf>.

¹²⁶ Íd. en CRC/C/65/Add.2 ¶ 156, disponible en (<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.2>.)

¹²⁷ Íd. en CRC/C/65/Add.8 ¶ 138, disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.8>.

¹²⁸ Íd. en CRC/C/BOL/4 ¶ 192 (Bolivia); íd. en CRC/C/125/Add.3, ¶ 127 (Nicaragua), disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs39.htm>; *Id.* En CRC/C/OPSC/CRI/1 ¶¶ 29, 32 (Costa Rica), disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs44.htm#opsc>; íd. en CRC/C/65/Add.12 ¶¶ 173, 222 (Paraguay), disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.12>.

¹²⁹ Ver íd. en CRC/C/PAN/3-4 99, 259 (Panamá), disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs58.htm>. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/405/03/PDF/G1140503.pdf?OpenElement>. También ver íd. en CRC/C/70/Add.20, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/456/45/PDF/G0345645.pdf?OpenElement>.

¹³⁰ Convención Interamericana sobre las obligaciones alimentarias, de estado de las ratificaciones, 15 de julio de 1989, OEA Serie de Tratados, N° 71 ¶ 3 (6 de marzo 1996), disponible en <http://www.oas.org/juridico/English/signs/b-54.html>.

¹³¹ Informes de Derechos del Niño, *supra* nota 33, en CRC/C/SPAC/PY/1 ¶ 3, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/future.htm>; íd. en CRC/C/PRY/3, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs53.htm>; íd. en CRC/C/65/Add.12 ¶¶ 173, 222 (Paraguay), disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?symbol=CRC/C/65/Add.12>.

de niño como todo ser humano desde la concepción en adelante¹³². 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 adelante¹³³. Honduras también 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 Niño¹³⁴. En 2005 y 2010, 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 concepción¹³⁵. 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 edad¹³⁶.

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”¹³⁷. 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 Convención¹³⁸.

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 “nacén”, 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

¹³² Íd. en CRC/C/PRY/3 ¶¶ 288–89, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs53.htm>.

¹³³ Íd. en CRC/C/3/Add.44 ¶ 66, disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.44>; íd. en CRC/CeECU/4 ¶ 524; disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs53.htm>; íd. en CRC/C/65/Add.28 ¶ 134, disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.28>.

¹³⁴ Íd. en CRC/C/65/Add.2156, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/425/02/PDF/G0442502.pdf?OpenElement>.

¹³⁵ Íd. en CRC/C/OPAC/COL/1 ¶ 89, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs54.htm>; íd. en CRC/C/OPSC/COL/1 ¶ 16, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs54.htm> and CRC/C/129/Add.6; *Id.* en CRC/C/129/Add.6 ¶¶ 158–59, 229, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs42.htm>.

¹³⁶ Informes de Derechos del Niño, *supra* nota 33, en el CRC/C/3/Add.37 ¶ 67, disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.37>.

¹³⁷ Íd. en CRC/C/3/Add.65 ¶ 283, disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.65>.

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

humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido¹³⁹.

Un examen más acucioso del documento citado por la Corte como supuestamente respaldando esta afirmación¹⁴⁰, 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 rechazados¹⁴¹. 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 aborto¹⁴². Asimismo, la Corte justificó su interpretación del Pacto en las Observaciones Generales Nros. 6 y 17 del Comité de Derechos Humanos, en las que el Comité no solo no ha 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 madre¹⁴³. 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 puede 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 Tratados¹⁴⁴. 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

¹³⁹ Artavia, para. 224.

¹⁴⁰ E/CN.4/SR/35 (1947), citado en Artavia, para. 224.

¹⁴¹ E/CN.4/SR/35 (1947) pág. 12-14.

¹⁴² Para. 225.

¹⁴³ Para. 226.

¹⁴⁴ Para. 193.

dispone que se dé 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 aborto¹⁴⁵. 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 partes¹⁴⁶.

No obstante, en la historia de la Convención no ha existido duda en el sentido de que el Artículo 4º le otorga al no nacido un derecho a la vida desde la concepción. Este punto ha sido reconocido por Nieto Navia¹⁴⁷ y Gros Espiell¹⁴⁸ e incluso, *obiter dicta*, por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su decisión del 13 de mayo de 1980¹⁴⁹.

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 concepción¹⁵⁰. 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 Uruguay¹⁵¹. 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 4º en orden de proteger el derecho a la vida desde la concepción¹⁵². Asimismo se impone advertir que en su dictamen de 1968, la Comisión estimó tan amplia tutela como fundamental¹⁵³. 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 Políticos¹⁵⁴. 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, a pesar de la oposición nuevamente de Dunshee

¹⁴⁵ Para. 194-221.

¹⁴⁶ Para. 204, 213-220.

¹⁴⁷ NIETO NAVIA, Rafael, “Aspectos Internacionales de la Demanda contra la Penalización del Aborto”, *Persona y Bioética*, enero-junio, año/vol. 9, número 24, Colombia, Universidad La Sabana, págs. 21-42.

¹⁴⁸ GROS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, págs. 80-84.

¹⁴⁹ XC/Royaume Uni/Requete N° 8416/79.

¹⁵⁰ Ver CIDH, Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968, pág. 236.

¹⁵¹ Ver CIDH, Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968, págs. 275-298.

¹⁵² Ver CIDH, Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968, pág. 320.

¹⁵³ Ver CIDH, Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968, pág. 98.

¹⁵⁴ Ver CIDH, Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968, pág. 168.

de Abranches, quien participó como representante de Brasil y del delegado de los Estados Unidos¹⁵⁵.

Así las cosas¹⁵⁶ 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 de un derecho a la vida a partir de la concepción, implica una protección de la persona no nacida contra el aborto o cualquier forma de destrucción o eliminación. 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 4º en tanto 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”¹⁵⁷, que le llevó a concluir que, de acuerdo al derecho comparado y a 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 vida¹⁵⁸.

Esta es una de las partes más defectuosas de toda la sentencia, al menos técnicamente¹⁵⁹, pues en lugar de citar evidencia de dichas premisas en el derecho latinoamericano, como correspondería según el Artículo 31 de la Convención de Viena, la Corte cita principalmente decisiones 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 del Consejo de Europa para fundamentar su decisión¹⁶⁰. 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

¹⁵⁵ Actas y Documentos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. OEA/Ser.K./XVI/1.2, 7 al 22 noviembre de 1969, pág. 160.

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷ Artavia, para. 245.

¹⁵⁸ Artavia, para. 245-253.

¹⁵⁹ 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 (en imprenta).

¹⁶⁰ Artavia, para. 245-253.

absoluta” al embrión humano¹⁶¹, tema que fue fuertemente criticado por el juez Vio Grossi en su voto disidente¹⁶².

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 criopreservación de los embriones humanos¹⁶³.

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 4º de la Convención (1) y a otras obligaciones de los tratados internacionales, al prohibir la anticoncepción de emergencia en 2008¹⁶⁴. En 2009, el Tribunal Constitucional de Perú invocó la Convención Americana al prohibir la distribución gratuita de mecanismos de anticoncepción de emergencia¹⁶⁵. Igualmente, en 2011, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Honduras aprobó como constitucional un Proyecto de Ley prohibiendo la anticoncepción de emergencia, debido a sus efectos abortivos en el embrión humano¹⁶⁶. Esta importante evidencia de la interpretación del término concepción en el derecho comparado latinoamericano fue selectivamente omitida por la Corte.

6. Conclusión

Costa Rica fue un Estado pionero en proteger de 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 categórica 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 partes de la Convención.

¹⁶¹ Artavia, para. 263.

¹⁶² Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

¹⁶³ Artavia, para. 255.

¹⁶⁴ Corte Suprema de Justicia [CSJ], Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud (2008), Rol de la Causa: 740-2007, 131-32 (Chile).

¹⁶⁵ Ver Tribunal Constitucional, Acción de Lucha Anticorrupción: Sentencia del Tribunal Constitucional (2009), Exp. N° 02005-2009-PA/TC ¶ 12 (Perú).

¹⁶⁶ Dictamen, 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.