

EL CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS VS. COSTA RICA: PROPUESTAS PARA SU
REFUTACIÓN Y COMENTARIO SOBRE SUS POSIBLES EFECTOS EN
LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE

Ligia De Jesús Castaldi¹

Contenido

1. Introducción	3
2. Algunos argumentos contra los errores de fondo en las conclusiones del fallo <i>Artavia</i>	5
a. La redefinición del término “concepción” y la declaración de que el embrión humano no es “persona”	6
<i>Peritaje de Fernando Zegers y uso de una edición particular del Diccionario de la Real Academia</i>	7
<i>Abundancia de contradicciones sobre la definición del término “concepción”</i>	9
<i>Interpretación restrictiva del término “persona”</i>	10
b. La supuesta gradualidad del derecho a la vida del no nacido y la permisibilidad del aborto según la Corte IDH en el caso <i>Artavia</i>	11
<i>Interpretación restrictiva basada en los travaux préparatoires de la Convención</i>	12
<i>Interpretación restrictiva de otros instrumentos de derechos humanos</i>	13
<i>Interpretación restrictiva de la Convención sobre Derechos del Niño</i>	15
<i>Uso selectivo e interpretación inadecuada de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	17
<i>Interpretación evolutiva</i>	19
c. La supuesta obligación de legalizar y facilitar la reproducción artificial en la Convención Americana y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	21
<i>El texto y contexto de la Convención Americana</i>	21
<i>Los trabajos preparatorios de la Convención</i>	24
<i>La práctica ulterior</i>	24
<i>El Derecho Internacional de los Derechos Humanos</i>	24
<i>El cálculo de proporcionalidad y efectividad</i>	25
<i>La prohibición de la FIV y la discriminación contra los discapacitados, las mujeres y los que no tienen recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero</i>	26
<i>El subsidio público de la FIV en Costa Rica como una forma de reparación</i>	28

¹ Profesora de Derecho Internacional, Ave Maria School of Law, Estados Unidos. LL.M. (Harvard Law School). Amicus curiae en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* junto a antiguo Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Rafael Nieto Navia, entre otros. Las traducciones de documentos en otro idioma son de la autora.

3.	Efectos reales y posibles del fallo Artavia en Costa Rica y Latinoamérica.....	29
4.	Conclusión	31

1. Introducción

En el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (“fecundación in vitro”), cuya sentencia fue emitida en el 2012,² 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, concluyendo que el embrión humano no es persona, que la concepción comienza en la implantación del mismo en el útero materno y que el artículo 4(1) de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención Americana) permite amplias excepciones a la vida del no nacido, incluyendo al menos algunas formas de aborto.³

En el año 2000, en un fallo redactado por Rodolfo Piza Escalante, antiguo Juez de la Corte IDH (1979-1989), la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica había prohibido la práctica de la fertilización in vitro (FIV) debido a la previsible destrucción y pérdida embrionaria inherente al procedimiento, que encontró violatorio de la Constitución Nacional.⁴

A partir del 2004, dos peticiones fueron presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión o CIDH) por un grupo de parejas infértiles que alegaban violación de sus derechos humanos por parte del Estado de Costa Rica, *Ana Victoria Sanchez Villalobos vs. Costa Rica* (Petición 12.361)⁵ y *Daniel Gerardo Gomez, Aída Marcela Garita y otros vs. Costa Rica*,⁶ 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).

Inicialmente, el grupo de peticionarios incluía también a dos empresas proveedoras de fertilización in vitro, Costa Rica Ultrasonografía S.A. y el Instituto Costarricense de Fertilidad, que solicitaban ser consideradas como víctimas en el caso, alegando daños materiales y exigiendo reparaciones pecuniarias por parte del Estado.⁷ La Comisión correctamente rechazó tener competencia *ratione personae* sobre estas empresas, “por no ser personas físicas y por lo tanto no estar protegidas por la Convención Americana”.⁸ Sin embargo, la Corte posteriormente recibió declaraciones y peritajes de dos empleados de dichas empresas “a título informativo”,⁹ a pesar de las objeciones presentadas por el Estado de Costa Rica debido a un posible conflicto de interés.¹⁰ Predeciblemente, el testimonio ofrecido por dichos empleados promovía las técnicas de reproducción artificial, y sus supuestos altos porcentajes de efectividad.¹¹

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

³ *Artavia*, párr. 182.

⁴ 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.

⁵ *Id.*, párr. 69.

⁶ CIDH, Informe No. 156/10, Petición 1368-04 (Admisibilidad), Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros, Costa Rica, 1º de noviembre (2010).

⁷ *Id.*, párr. 27-28.

⁸ CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), párr. 49.

⁹ *Artavia*, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de agosto (2012), párr. 33.

¹⁰ *Id.*, párr. 19, 21.

¹¹ *Id.*, párr. 9, 11.

En el 2008, Ana Victoria Sánchez Villalobos y su esposo Fernando Salazar Bonilla, pareja representativa de las víctimas de la prohibición de la FIV, se retiraron de la petición, indicando que se habían informado sobre el procedimiento y habían comprendido que el embrión es un ser humano desde el momento de la concepción y que la FIV violenta su derecho a la vida, recomendando a otras parejas infértiles adoptar en lugar de producir nuevas vidas humanas en tubos de ensayo.¹² La Comisión cambió el nombre de la petición a *Petición 12.361* y luego a *Gretel Artavia Murillo vs. Costa Rica*, sin hacer mención alguna de este hecho en posteriores informes o comunicados de prensa.

En el 2004 y 2010 respectivamente, la Comisión declaró ambas peticiones admisibles,¹³ y en agosto del 2010, emitió un informe de fondo sobre la petición 12.361. Un año después, en agosto del 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 tendría un impacto desproporcionado en las mujeres.¹⁴ Previo a la emisión del informe, la CIDH había recomendado a Costa Rica legalizar y subsidiar la práctica de la FIV.¹⁵ De acuerdo a la prensa nacional, la CIDH estableció varios plazos límite para aprobar que el Congreso costarricense aprobara una ley que legalizara la FIV y otras técnicas de reproducción artificial y proveyera fondos públicos para la práctica de la misma, con los cuales este habría incumplido.¹⁶

El 28 de noviembre del 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró a Costa Rica en violación de los siguientes artículos de la Convención Americana: 5(1) (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 11 (2)(protección de la privacidad), 17(2) (derecho a fundar una familia) en relación con el artículo 1(1) (obligación de respetar los derechos) y condenó al Estado a varias medidas de reparación, entre otras, hacer pagos por daño material e inmaterial a las parejas infértiles y sus representantes legales, a legalizar la práctica de la FIV en Costa Rica y subsidiarla través de la Caja Costarricense del Seguro Social y a realizar una campaña sobre los derechos de las personas infértiles a utilizar dichas tecnologías.¹⁷

Este artículo propone argumentos contra las conclusiones de la corte en el caso Artavia y señala las debilidades del fallo, primero respecto a la interpretación del artículo 4(1) de la Convención Americana sobre el derecho a la vida desde el momento de la concepción y segundo

¹² Ver *Mujer comprende que vida comienza en concepción y retira demanda contra Costa Rica*, ACIPRENSA (2008), <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=23767>

¹³ Ver CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Ana Victoria Sanchez 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.

¹⁴ 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>

¹⁵ Ver Murillo, Alvaro (2011). *La Costa Rica Católica se atasca con la fertilización in vitro*, Diario El País (San José, Costa Rica), 12 de julio, 2011,

http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Costa/Rica/catolica/atasca/fertilizacion/in/vitro/elpepuintlat/20110712elpepusoc_12/Tes

¹⁶ 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>

¹⁷ Artavia, para. 317-380.

respecto a una supuesta obligación internacional de legalizar y facilitar las técnicas de reproducción artificial.

2. Algunos argumentos contra los errores de fondo en las conclusiones del fallo *Artavia*

El artículo 4(1) de la Convención Americana sobre el derecho a la vida establece:

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.

Antiguos jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y miembros de la Comisión han interpretado dicho artículo como un reconocimiento inequívoco del no nacido como persona y de su derecho a la vida antes del nacimiento. Por ejemplo, el Juez Augusto Cançado Trindade, durante su mandato, se refirió a los no nacidos como “niños” en su voto separado en el caso del Penal Castro Castro contra Perú, al lamentar la “extrema violencia prenatal” a que fueron sometidos estos y sus madres.¹⁸ Además, el antiguo juez de la Corte Julio Barberis declaró que “la Convención no deja lugar a dudas de que ‘persona’ es todo ser humano desde la concepción. Esta tesis consiste en aceptar en el plano jurídico la realidad de la naturaleza”.¹⁹ Igualmente el antiguo juez Rafael Nieto Navia afirmó que una interpretación de buena fe, de acuerdo al sentido ordinario de los términos llevaría a la evidente conclusión de que el artículo 4(1) de la Convención reconoce al embrión humano como persona sujeto del derecho a la vida.²⁰ Asimismo, el Comisionado Marco Gerardo Monroy Cabra durante su gestión en la CIDH señaló que también la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “Declaración Americana”) protege al embrión humano desde el momento de la fertilización y le reconoce como “persona” o “ser humano”.²¹ Tampoco puede olvidarse que fue un antiguo juez de la Corte Interamericana, posteriormente a su gestión en la Corte, Rodolfo Piza Escalante, quien redactó el fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica declarando inconstitucional la práctica de la FIV en el país debido a sus inherentes riesgos de mortalidad embrionaria.²²

¹⁸ Prisión Miguel Castro-Castro vs. Perú, Fondos, Reparaciones, y Costas, Corte Interamericana, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 160, párr. 61 (Nov. 25, 2006) (Cançado Trindade lamentó “la extrema violencia pre-natal, puesta en evidencia en las brutalidades en la cual mujeres embarazadas fueron sometidas en la prisión Castro-Castro,” mientras se preguntaba sobre “las consecuencias de esta situación de extrema violencia en la mente o la subconsciencia de los niños nacidos del vientre de la mamá tan irrespetada y violada, aún antes de su nacimiento”). Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

¹⁹ Julio A. Barberis, *El derecho a la vida en el pacto de San José de Costa Rica* en OS RUMOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS; ENSAIOS EM HOMANEGEM AO PROFESSOR ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE: LIBER AMICORUM CANÇADO TRINDADE 20 (Renato Zerbini Ribeiro Leão et al. eds.) (2005). Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/22962.pdf>

²⁰ Véase Rafael Nieto Navia, *Aspectos Internacionales de la demanda contra la penalización del aborto*, 9 REVISTA PERSONA Y BIOÉTICA, no. 1, 2005, 21–42 (Colom.). Disponible en <http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/articulo/download/904/985>.

²¹ Véase CIDH, Resolución 23/81, Caso 2141 (Estados Unidos), 6 de marzo (1981), Voto Negativo del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; OEA/Ser.L/V/II.54 (1980-1981). Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141b.htm>

²² 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.

El hecho de que la fertilización in vitro necesariamente produce la muerte de embriones humanos no fue tema importante de debate en el caso Artavia, pues la Corte misma admitió que “[la prueba en el expediente indica que], hasta el momento, no existe una opción para practicar la FIV sin que exista alguna posibilidad de pérdida embrionaria”.²³ Por ello, el análisis de la Corte no se centró en el tema de si existe mortalidad embrionaria en los procedimientos de FIV, que fue reconocido que sí la hay, sino en la cuestión de si el embrión humano tiene derecho a la vida o no bajo la Convención Americana.

La respuesta de la Corte IDH a dicha interrogante, y talvez su error de interpretación más grave en este caso particular, fue que el embrión humano no es sujeto del derecho a la vida bajo la Convención, al menos antes de la implantación, y posteriormente sólo de manera gradual.²⁴ Para llegar a esta conclusión la Corte realizó una redefinición del término “concepción” como “implantación”, términos que a simple vista pueden resultar claramente distintos, y declaró que el embrión humano no es “persona”, a pesar de los términos explícitos del artículo 4(1).

a. La redefinición del término “concepción” y la declaración de que el embrión humano no es “persona”

Si bien el sentido corriente del término “concepción” es el equivalente a la “fertilización”, es decir, la unión del óvulo y el espermatozoide que produce un embrión humano,²⁵ en el fallo Artavia, la Corte IDH redefinió la concepción como equivalente a la “implantación” o embarazo, previo a la cual no habría lugar a la aplicación del derecho a la vida.²⁶

Ninguno de los países que suscribieron de la Convención Americana definía la “concepción” como “implantación” en ninguna de sus leyes, códigos, o Constitución nacional, ni al momento de suscribir la Convención ni posteriormente hasta el año en que fue decidido el fallo Artavia. Sin embargo, sí existían varias leyes nacionales que definían los términos “fertilización” y “concepción” como sinónimos, como el Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, por ejemplo.²⁷ Además, las cortes de última instancia de 5 países latinoamericanos (Argentina, Chile, Ecuador, Honduras y Perú) habían confirmado la definición de “concepción” como “fertilización”, declarando constitucional la prohibición de la denominada anticoncepción de emergencia, que está diseñada para impedir la implantación del embrión humano en el útero materno,²⁸ como señaló el amicus curiae presentado por el antiguo Juez de la Corte

²³ Artavia, párr. 159.

²⁴ Artavia, párr. 189 et seq., 223, 264.

²⁵ Ver Diccionario Mosby de Medicina. Elsevier. Barcelona, España 2010; LÓPEZ MORATALLA, 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. Condit citada en Artavia, para. 182

²⁶ Artavia, párr. 186, 264.

²⁷ Véase CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, art. 20 (Ecuador), *disponible en* http://www.law.yale.edu/rcw/rcw/jurisdictions/ams/ecuador/Ecuador_Code.htm

²⁸ Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 3/5/2002, “Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo,” Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [Fallos] (2001-D-1) (Arg.), *disponible en* <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=516601>. Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] [Supreme Court], 30 de agosto 2001, “Philippi Izquierdo c. Laboratorio Chile S.A.,” Rol de la causa: 2186-2001 (Chile); Tribunal Constitucional [T.C.], 18 abril 2008, 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,

Interamericana de Derechos Humanos, Rafael Nieto Navia (quien fue identificado en la sentencia simplemente como “profesor”) en el caso Artavia.²⁹

Las cortes constitucionales y de última instancia del Perú, Chile, Argentina y Honduras aplicaron el principio *pro homine*³⁰ en la protección del embrión humano, invocando la Convención Americana, la Corte Interamericana debió haber aplicado aplicado también este principio, como lo hizo anteriormente en cuanto a niños e inmigrantes ilegales.³¹ Una decisión coherente con anteriores decisiones sobre el derecho a la vida habría validado la sentencia de la Sala Constitucional costarricense, pues la Corte IDH ha dicho anteriormente que “los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida”,³² que es justamente lo que la prohibición temporal de la fertilización in vitro hacía, pues limitaba la practica únicamente mientras la técnica presentara un riesgo de pérdida o muerte embrionaria.

Peritaje de Fernando Zegers y uso de una edición particular del Diccionario de la Real Academia

del Ministerio de Salud, Rol de la causa: 740-2007 (Chile), *disponible en* http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=34407 Corte Suprema de Justicia de la República de Honduras, Dictamen Decreto 54-2009, 21 de junio 2012 (Hond.), *disponible en* <http://providahn.org/dictamen-de-la-pildora-del-dia-siguiente-pae/> o http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id_decision=438 Tribunal Constitucional, 14 de Junio 2006, “José Fernando Roser Rohde c. Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Izquieta Pérez” y el Ministro de Salud S/ Acción de Amparo,” Caso No. 0014-2005-RA, (Ecuador), *disponible en* http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1994#anchor330581 Tribunal Constitucional, [T.C.], 16 de Octubre de 2009, ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. No. 02005-2009-PA/TC, párr. 12 (Peru), *disponible en* <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html>

²⁹ Véase Artavia, párr. 13.

³⁰ Véase Corte IDH. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 11; Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 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 de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 283; Corte IDH. Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 143.

³¹ Véase Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, Inter-Am Ct. H.R. (ser. A) No. 18, en 37, 78 (17 de septiembre de 2003), *disponible en*

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, Corte Interamericana H.R. (ser. A) No. 17, en 30 (28 de agosto de 2002) *disponible en* http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

³² Véase Corte IDH, Baldeón-García v. Peru. Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 147, ¶ 83–85 (Apr. 6, 2006). *See also* Pueblo Bello Massacre, párr.120; Mapiripán Massacre v. Colombia. Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 134, párr. 232 (Sept. 15, 2005); Huilce Tecse v. Peru, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 121, párr. 66 (Mar. 3, 2005); Juvenile Reeducation Inst. v. Paraguay, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 112, párr. 158 (Sept. 2, 2004); Gómez-Paquiyaury Brothers v. Peru, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 110, párr. 129 (July 8, 2004); 19 Merchants v. Colombia, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 109, párr.153 (July 5, 2004); Myrna Mack-Chang v. Guatemala, Merits, Reparations, and Cost, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 101, párr. 153 (Nov. 25, 2003); Juan Humberto Sánchez v. Honduras, Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 99, párr. 110 (June 7, 2003); Bámaca-Velásquez v. Guatemala, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 70, párr.172 (Nov. 25, 2000); “Street Children” niños de la calee (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 63, párr. 144–46 (Nov. 19, 1999) *cited by* Sawhoyamaya Indigenous Community v. Uruguay, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 146, párr. 153 (Mar. 29, 2006).

A falta de mejores fuentes, la Corte basó su redefinición del término concepción como embarazo en un solo peritaje y en una sola definición del Diccionario de la Real Academia Española de 1956.

La Corte recibió distintas pruebas periciales de profesionales internacionalmente reconocidos que confirmaron el significado del término “concepción” como fertilización; sin embargo, optó por dar crédito al único perito que definió la concepción como equivalente al término “implantación” o “embarazo”: Fernando Zegers Hoschild, un médico chileno con posible conflicto de interés, pues laboraba como proveedor de la FIV en ese país, y manejaba una clínica privada de reproducción artificial al momento del juicio,³³ la cual, en la práctica, podría obtener un beneficio económico directo del resultado del fallo, al abrir Costa Rica las puertas a las clínicas de reproducción asistida del extranjero.

Zegers había afirmado, con anterioridad al caso Artavia: “estamos convencidos de que una nueva vida comienza con la fecundación”, en un artículo escrito por él y otro autor sobre la anticoncepción de emergencia.³⁴ Sin embargo, afirmó lo contrario en el caso Artavia: “el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces de su vida humana es su implantación en el útero”.³⁵ Dichas afirmaciones contradictorias podrían llevar a cuestionar seriamente su credibilidad como perito.

Uno de los notables peritos fue Marco Gerardo Monroy Cabra, ex miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien 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 perito Maureen L. Condic, profesora de neurobiología y anatomía en la Universidad de Utah, con doctorado en la Universidad de Berkeley, señaló que “la vida humana inicia en la fusión espermatozoide-óvulo, un ‘momento de concepción’ observable”.³⁶

Sin embargo, la Corte descartó estos testimonios sin mayor justificación, sin hacer siquiera un apartado para la ponderación de la prueba y escogió dar crédito únicamente al testimonio del perito Zegers, quien señaló que “la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión”, alegando que la concepción equivale al inicio del embarazo, no a la fertilización.³⁷ Asimismo, a sugerencia del perito Zegers, la Corte utilizó una sola edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (la de 1956) que definiría la “concepción” como el inicio de la preñez o embarazo y daría un significado distinto al término “fecundación”.³⁸

³³ ICMART – Fernando Zegers-Hochschild, MD, INT’L COMM. MONITORING ASSISTED REPROD. TECH. Disponible en <http://www.icmartivf.org/zegers-hochschild.html> (last visited May 6, 2014).

³⁴ Horacio B. Croxatto & Fernando Zegers Hochschild, *Anticoncepción de emergencia, Ciencia y Moral*, in *Anticoncepción de emergencia: Antecedentes del debate*, 95 ESTUDIOS PUBLICOS [CEP] 400-401, 400 (2004) (Chile), disponible en http://www.cepchile.cl/dms/archivo_3400_1687/r95_dossier_pildoradiadespues05.pdf (arguing that levonorgestrel prevented fertilization, not implantation of the human embryo).

³⁵ Artavia, párr. 183 (cita Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2846)).

³⁶ Artavia, párr. 182.

³⁷ Artavia, párr. 181.

³⁸ Artavia, párr. 181.

Dicho uso de una edición particular del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española resulta problemático, por una parte, porque la edición de 1970 era más cercana que la edición de 1956 a la fecha de adopción de la Convención en 1969, y porque esa sí contemplaba los términos concepción y fertilización como sinónimos.³⁹ Por otra parte, los diccionarios no son fuentes de Derecho Internacional ni pueden ser la única fuente de interpretación sobre el sentido ordinario del término “concepción” en la Convención.⁴⁰

Igualmente problemático resulta el hecho señalado por el Juez Vio Grossi, de que la Corte realiza una lectura distorsionada de las definiciones mencionadas, 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 sentencia misma señala.⁴¹ Vio Grossi señala que la Corte asume que la existencia de dos definiciones separadas equivale a la diferenciación de los conceptos de concepción y fecundación entre sí, a pesar de que el Diccionario en ningún momento descarta que “concepción” y “fecundación” sean sinónimos, pues este no contiene sinónimos de ninguno de sus términos, sino exclusivamente definiciones.

Abundancia de contradicciones sobre la definición del término “concepción”

La sentencia misma contiene esa y otras contradicciones. Por ejemplo, la Corte afirma que la concepción se definía como implantación en el mencionado diccionario de 1956, pero admite 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.⁴² Dicha afirmación implicaría que los redactores sí intentaron definir la concepción como fertilización.

Igualmente, la sentencia reconoce que existen diferentes perspectivas respecto a cuándo comienza la vida humana, algunas de las cuales reconocen al embrión como “una vida humana plena”,⁴³ y expresa que “coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida”.⁴⁴ Si no existe una definición consensuada, la Corte debería entonces haber adoptado una postura intermedia o neutral, al menos en teoría. Sin embargo, decidió adoptar una de las dos posturas propuestas, aquella que favorece la definición de concepción como embarazo,⁴⁵ sin mayor justificación que su propia preferencia.

El argumento de que el artículo 4(1) la Convención Americana no está destinado a proteger al no nacido como individuo sino únicamente a través de la protección a la mujer,⁴⁶ como indicó el juez Vio Grossi, deja desprotegido al no nacido y se aleja del espíritu de la Convención Americana, que buscó protegerle específicamente y no en relación a la voluntad de la madre,⁴⁷ como indica el artículo 4(5) de la Convención que prohíbe la aplicación de la pena de

³⁹ *Artavia*, Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, pág.19.

⁴⁰ Véase objeciones del Estado costarricense al uso del Diccionario de la Real Academia Española en *Artavia*, párr. 168.

⁴¹ *Artavia*, párr. 181.

⁴² *Artavia*, párr. 179.

⁴³ *Artavia*, párr. 184-85.

⁴⁴ *Artavia*, párr. 185.

⁴⁵ *Artavia*, párr. 186.

⁴⁶ *Artavia*, párr. 186.

⁴⁷ Véase *Artavia*, Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi.

muerte en una mujer embarazada, con el evidente objetivo de proteger a su hijo no nacido, y únicamente a él, de una ejecución legal.

Interpretación restrictiva del término “persona”

El artículo 1(2) de la Convención Americana, que la sentencia del caso *Artavia* no analizó,⁴⁸ define el término “persona” declarando que “persona es todo ser humano”. El embrión humano ha sido reconocido como ser humano incluso en las cortes internacionales más liberales en cuestiones morales. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el que la Corte IDH frecuentemente encuentra inspiración, ha reconocido que existe un consenso entre los Estados sobre el hecho de que el embrión o feto humano pertenece a la especie humana.⁴⁹ Por ello, resultaría difícil a la Corte IDH negar la humanidad del embrión, ya sea antes o después de la implantación.

La idea de que el significado de la palabra persona es contingente al del término concepción,⁵⁰ y de que debido a ello “no es procedente otorgar el estatus de persona humana al embrión”,⁵¹ violan el objeto y fin de la norma, “que fue establecida para que realmente alcanzara lo por ella perseguida y no para que quedara sin contenido”,⁵² como observó el juez Vio Grossi.

Asimismo, la idea de que el reconocimiento del embrión humano como persona es condicional a su habilidad para ejercer todos los derechos enumerados en la Convención Americana, atribuidos a las personas,⁵³ es igualmente violatoria de la Convención, pues, nunca se ha condicionado el derecho a la vida a la capacidad civil para otros grupos de personas en tal situación, como los niños o incapaces, que tampoco pueden ejercer todos los derechos de la Convención, e.g. los derechos civiles y políticos. Dicha afirmación es contradictoria con previas decisiones de la Corte IDH, donde esta ha señalado que negar la existencia legal de las personas simplemente en base a su incapacidad civil es una violación del artículo 3 de la Convención relativo al derecho a la personalidad jurídica.⁵⁴

Los Estados partes de la Convención Americana han reconocido, posteriormente a la adopción de la Convención, en sus Códigos Civiles que la vida del no nacido está protegida por la ley a pesar de que no dispone de la capacidad legal o personalidad jurídica a efectos del Derecho Civil.⁵⁵ Los códigos civiles de Bolivia⁵⁶, Brasil⁵⁷, Chile⁵⁸, Colombia⁵⁹, Ecuador⁶⁰, El

⁴⁸ *Artavia*, párr. 73 (la sentencia dejó sin analizar la pregunta de si el embrión humano es ser humano, a pesar de que indica que así lo haría en este párrafo).

⁴⁹ *Vo v. France*, 2004-VIII Eur. Ct. H.R. 1, párr. 84. Disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887#{"itemid":\["001-61887"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887#{)

⁵⁰ *Artavia* párr. 176.

⁵¹ *Artavia*, párr. 222-223, 264

⁵² *Artavia*, Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, pág. 5.

⁵³ *Artavia*, párr. 222

⁵⁴ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, Corte Interamericana H.R. (ser. A) No. 17, en 30 (28 de agosto de 2002) disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

⁵⁵ Los códigos civiles de Bolivia (1975), Ecuador (1982), Venezuela (1982), Paraguay (1988), Perú (1991), Brasil (2002) y El Salvador (2004) fueron adoptados después de la aprobación de la Convención Americana. Los Códigos Civiles de Chile (1857) Argentina (1871), Colombia (1873), Panamá (1916), México (1928), Nicaragua (1929) y Honduras (1906) preceden a la firma o la adopción de la Convención Americana, sin embargo, sus disposiciones relativas a los niños no nacidos aún están en vigor, es decir, no han sido derogadas o modificadas sustancialmente.

⁵⁶ Código Civil (Bolivia) de 1975, arts. 1, 663 y 1008.

⁵⁷ Código Civil (Brasil) de 2002, art. 2.

Salvador⁶¹, Honduras⁶², México⁶³, Nicaragua⁶⁴, Panamá⁶⁵, Paraguay⁶⁶ y Perú⁶⁷, indican específicamente que la ley protege la vida del no nacido a pesar de su falta de personalidad jurídica o capacidad civil, que comienza en el nacimiento. El Código Civil Federal de México establece que la capacidad jurídica se adquiere en el nacimiento, pero desde el momento en que es concebido un individuo, está protegido por la ley.⁶⁸ El Código Civil Peruano declara que la vida humana comienza desde la concepción, que el no nacido está sujeto a todos los derechos que puedan beneficiarle y que sólo los derechos de propiedad pueden ser contingentes al nacimiento.⁶⁹

b. La supuesta gradualidad del derecho a la vida del no nacido y la permisibilidad del aborto según la Corte IDH en el caso Artavia

En el caso Artavia, los términos “y, en general, a partir del momento de la concepción” del artículo 4(1) de la Convención fueron reinterpretados; su significado ahora sería que el derecho a la vida del no nacido contempla excepciones “debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional”,⁷⁰ las cuales podrían incluir la legalización del aborto, y que la protección del derecho a la vida del no nacido “es gradual e incremental, según su desarrollo”,⁷¹ interpretación que según el Juez Vio Grossi despojaría de su *effet utile* a la disposición expresa de la Convención Americana, que buscó dar amplia protección al no nacido.⁷²

Si bien el término “en general” podría, en efecto, indicar legítimas excepciones al derecho a la vida, estas deberían ser, sin embargo, extremadamente limitadas de acuerdo a un enfoque no restrictivo del derecho a la vida. Existen en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos e internacionales excepciones no restrictivas al derecho a la vida en general como la legítima defensa, el homicidio culposo y excepciones creadas por el derecho internacional humanitario para situaciones de conflicto armado. Existen también en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos excepciones relativas a la vida prenatal, por ejemplo, para el aborto espontáneo o el aborto involuntario. Ninguna ley penal latinoamericana o caribeña penaliza a una mujer por el aborto involuntario o espontáneo de su hijo por nacer, es decir, la muerte natural del feto, incluso cuando la conducta de la madre pudo haber causado o contribuido a él⁷³. Los Códigos Penales de El Salvador⁷⁴, Guatemala⁷⁵, México⁷⁶ y Nicaragua,⁷⁷

⁵⁸ Código Civil (Chile) de 1857 actualizado al 2009, arts. 74 y 75.

⁵⁹ Código Civil (Colombia) de 1873 actualizado al 2006, art.

⁶⁰ Código Civil (Ecuador) de 1982, arts. 60 y 61.

⁶¹ Código Civil (El Salvador) de 2004, arts. 72 y 73.

⁶² Código Civil (Honduras) de 1906 actualizado a 1989, arts. 51 y 52.

⁶³ Código Civil Federal (México) de 1928 actualizado al 2010, art. 22.

⁶⁴ Código Civil (Nicaragua) de 1929, arts. 7 y 13.

⁶⁵ Código Civil (Panamá) de 1916, arts. 41 y 43.

⁶⁶ Código Civil (Paraguay) de 1988, arts. 28 y 37.

⁶⁷ Código Civil (Perú) de 1991, art. 1.

⁶⁸ Código Civil Federal (México) de 1928 actualizado al 2010, art. 22.

⁶⁹ Código Civil (Perú) de 1991, art. 1.

⁷⁰ Artavia, párr. 188

⁷¹ Artavia, párr. 264

⁷² Véase *Artavia*, Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, pág. 8.

⁷³ Ver, por ejemplo, el aborto imprudente en Nicaragua: CÓDIGO PENAL art. 145 (Nicar.),

http://www.oas.org/juridico/mla/sp/nic/sp_nic_Nuevo_Codigo_Penal_%20Nicaragua_2007.pdf

⁷⁴ CÓDIGO PENAL art. 137 (El Sal.), http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_El_Salvador.pdf

por ejemplo, establecen específicamente que un aborto involuntario causado por la propia mujer embarazada no es punible. Asimismo, un aborto involuntario causado de manera indirecta e involuntaria por un tratamiento médico adecuado no es punible bajo ningún código penal de la región, entendiéndose que no se trate de mala práctica médica. Los Códigos Penales de Guatemala, Paraguay, Dominica y Grenada, por ejemplo, eximen explícitamente a un médico de responsabilidad penal por aborto espontáneo ocurrido a causa de un tratamiento médico terapéutico en una mujer embarazada.⁷⁸ La interpretación dada por la Corte en el caso *Artavia*, dirigida a suprimir ampliamente el goce y ejercicio del derecho a la vida del no nacido, reconocido en la Convención, y limitarlo en mayor medida que la prevista en ella podría estar en violación del artículo 29(c) de la Convención Americana sobre reglas de interpretación.

Interpretación restrictiva basada en los travaux préparatoires de la Convención

La Corte señaló que los *travaux préparatoires* de la Convención Americana reflejan, entre otros, que no prosperaron propuestas para eliminar la protección de la vida “a partir del momento de la concepción” en favor de la legalización del aborto,⁷⁹ lo cual indica que no hubo apoyo por parte de los Estados partes de la Convención para crear dicha obligación, mucho menos un derecho al aborto. Resulta contradictoria la afirmación del caso *Artavia* de que, por una parte los trabajos preparatorios de la Declaración Americana y la Convención Americana no ofrecen una respuesta definitiva sobre el asunto de la fertilización in vitro, por otra estos sugieren que los Estados podrían haber tenido la intención de permitir excepciones al derecho a la vida para al menos algunas formas de aborto.⁸⁰ Una respuesta no definitiva no puede lógicamente producir una conclusión definitiva sobre los mismos.

Este razonamiento, copiado del informe no vinculante de la CIDH en petición *Baby Boy vs. Estados Unidos* (1986), que sirvió de inspiración para la Corte en cuanto a la interpretación de la expresión “en general” contenida en el artículo 4(1),⁸¹ ha sido criticado por ex miembros de la Corte y la Comisión, como Julio Barberis, antiguo Juez de la Corte, que criticó la interpretación dada por la Comisión a estos términos,⁸² y Dinah Shelton, antigua Presidenta de la Comisión, quien indicó que las conclusiones de *Baby Boy* parecían estar basadas en “un razonamiento

⁷⁵ CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA art. 139 (Guat.), http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Guatemala.pdf

⁷⁶ CÓDIGO PENAL FEDERAL art. 333 (Mex.), <http://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Penal%20Federal%20Mexico.pdf>

⁷⁷ CÓDIGO PENAL art. 145 (Nicar.), http://www.oas.org/juridico/mla/sp/nic/sp_nic_Nuevo_Codigo_Penal_%20Nicaragua_2007.pdf

⁷⁸ CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA art. 137 (Guat.), http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Guatemala.pdf
CÓDIGO PENAL DE PARAGUAY art. 352 (Para.), http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Paraguay.pdf and COÓDIGO PENAL DE PARAGUAY, LEY 3.440/08 art. 109 (Para.),

http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/paraguay_penalcode.08.doc

DELITOS CONTRA LA LEY DE PERSONA § 8 (1) (Dominica),

<http://cyber.law.harvard.edu/population/abortion/Dominica.abo.html>

CÓDIGO PENAL § 250 (2) (Gren.), <http://cyber.law.harvard.edu/population/abortion/Grenada.abo.htm>

CÓDIGO PENAL § 250 (1) (Gren.), <http://cyber.law.harvard.edu/population/abortion/Grenada.abo.htm>

⁷⁹ *Artavia*, párr. 200-221.

⁸⁰ *Artavia*, párr. 194-221.

⁸¹ Véase CIDH, Resolución 23/81, Caso 2141 (Estados Unidos), 6 de marzo (1981), OEA/Ser.L/V/II.54 (1980-1981), párr.25.

Disponibile en <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>

⁸² Ver Julio, Barberis, *El derecho a la vida en el pacto de San José de Costa Rica en OS RUMOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS ; ENSAIOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE: LIBER AMICORUM CANÇADO TRINDADE* 11-26 (Renato Zerbini Ribeiro Leão et al. eds.) (2005).

cuestionable, análisis defectuoso y poco o ningún respeto a las reglas ordinarias de interpretación de documentos internacionales”.⁸³

Interpretación restrictiva de otros instrumentos de derechos humanos

El deliberado esfuerzo de la Corte por restringir y limitar el alcance del derecho a la vida del no nacido en el corpus juris del Derecho Internacional de los derechos humanos levanta serias dudas sobre la imparcialidad ideológica de la Corte en este caso, y podría violentar el artículo 29 (b) y (d) que prohíbe interpretaciones restrictivas de la Convención que limiten el alcance de los derechos reconocidos en otros tratados e instrumentos internacionales.

La Corte aplicó el controversial “argumento sistemático” de interpretación, esbozado en casos anteriores,⁸⁴ que le permite utilizar otros tratados internacionales y sistemas regionales de derechos humanos, para interpretar la Convención Americana.

El Juez Vio Grossi, en su voto disidente, cuestionó el uso de tratados que no contienen protección específica del no nacido, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) para interpretar la Convención Americana, que sí contiene dicha protección explícita, como violatorio del principio *lex specialis derogat legi generali* de acuerdo al cual la específica deroga a la ley general.⁸⁵

Asimismo, las normas de interpretación de los tratados internacionales de la Convención de Viena establecen que la Corte puede ciertamente utilizar “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, lo cual no incluiría tratados en los cuales ni Costa Rica ni ningún otro Estado latinoamericano son partes, como la Convención Europea de Derechos Humanos o el Protocolo de Maputo, por ejemplo. En todo caso, las referencias a todo el *corpus juris* de los derechos humanos podrían ser relevantes si se tratara de probar la existencia de una norma de derecho consuetudinario, pero no fue este el caso en la sentencia del caso *Artavia*.

Aún si fuera válido el uso de todo el *corpus juris* de los derechos humanos para interpretar la Convención Americana, que no lo es a menos que se esté tratando de probar la existencia de una norma de derecho consuetudinario, la interpretación de la Corte IDH en el caso *Artavia* distorsionó el significado de algunos tratados internacionales a favor de la legalización del aborto y excluyó, ignoró y limitó el alcance de aquellos tratados que protegen al no nacido, lo cual podría violentar las reglas de interpretación de la Convención Americana. Por ejemplo, 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.

⁸³ Dinah Shelton, *Abortion and Right to Life in the Inter-American System: The Case of Baby Boy*, 2 HUM. RTS. L.J. 309, 312–313 (1981).

⁸⁴ Véase Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 43. Citado en *Artavia*, para. 191.

⁸⁵ *Artavia*, Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, pág.18.

Por ejemplo, la Corte intentó despojar al no nacido de sus derechos bajo la Declaración Universal de Derechos Humanos, afirmando que 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 humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido.⁸⁶

Un examen más acucioso de los trabajos preparatorios de la Declaración Universal,⁸⁷ demuestra que en ningún momento manifestaron los Estados tal interpretación, pues rechazaron el segundo párrafo del respectivo artículo del borrador de la Declaración que reconocía posibles excepciones al derecho a la vida para abortos de niños de padres discapacitados. Chile y Uruguay, en particular, se opusieron a la inclusión de dichos términos, los cuales fueron finalmente rechazados.⁸⁸ 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 afirmó 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 5 Estados (Bélgica, Brasil, El Salvador, México y Marruecos) que proponían la protección del derecho a la vida desde la concepción, aunque admitió que igualmente fue rechazada la propuesta de Reino Unido de reconocer un derecho al aborto.⁸⁹ Asimismo, la Corte justificó su interpretación del Pacto en las Observaciones Generales No. 6 y 17 del Comité de Derechos Humanos, en las que al Comité no sólo no se ha reconocido el derecho a la vida del no nacido sino que se ha señalado que la prohibición o restricción del acceso al aborto viola el derecho a la vida de la madre.⁹⁰ 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.

Curiosamente, la Corte IDH hizo referencia al el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África (Protocolo de Maputo), del Sistema Africano de Derechos Humanos, para interpretar el artículo 4 de la Convención Americana. El Protocolo autoriza el aborto sólo bajo ciertas circunstancias, en ausencia de los

⁸⁶ Artavia, párr. 224.

⁸⁷ E/CN.4/SR/35 (1947) citado en Artavia, párr. 224.

⁸⁸ E/CN.4/SR/35 (1947) pág. 12-14.

⁸⁹ Artavia, párr. 225.

⁹⁰ Artavia, párr. 226.

cuales el procedimiento sería ilegal, y no enuncia ningún derecho a abortar.⁹¹ Vale la pena mencionar que sólo la mitad de los miembros de la Unión Africana se han adherido a dicho instrumento y que varios países, como Uganda, han formulado reservas que rechazan el aborto como un derecho humano.⁹² Los Artículos de San José señalan que "Este tratado es altamente polémico y de ninguna manera tiene aceptación universal. Solo alrededor de la mitad de las naciones africanas han adherido al Protocolo de Maputo y la razón más a menudo citada para la no adhesión es la provisión sobre el aborto".⁹³

Sin embargo, en su análisis del sistema universal de los derechos humanos, la Corte omitió mención a instrumentos no favorables a su causa, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana,⁹⁴ promovida por Costa Rica y apoyada por la mayoría de Estados latinoamericanos en la Asamblea General de Naciones Unidas,⁹⁵ que llama a los Estados a prohibir técnicas de clonación e ingeniería genética sobre embriones humanos, ya sea con fines reproductivos o terapéuticos, las cuales la Declaración denuncia como incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana.⁹⁶

Interpretación restrictiva de la Convención sobre Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) y la Declaración sobre los Derechos del Niño,⁹⁷ por ejemplo, afirman el deber de los Estados partes 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).⁹⁸ De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁹⁹ artículo 31(2), el preámbulo de un tratado es una parte esencial del texto del tratado. Además, los artículos 6 (2) y

⁹¹ 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>.

⁹² Ver Dora Byamukama, *África del Este: región debe ratificar el Protocolo de Maputo Ahora*, ALLAFRICA.COM, 11 de agosto de 2010, <http://allafrica.com/stories/201008120629.html>.

⁹³ Artículos de San José, notas al art. 6 http://www.sanjosearticles.com/?page_id=184&lang=es

⁹⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre Clonación Humana, G.A. Res. 59/280, U.N. Doc. A/RES/59/280 (Mar. 8 2005), Disponible en http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/59/280&Lang=E Véase su precursor la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos adoptado en la UNESCO 29 Conferencia General el 11 de noviembre de 1997, lo cual prohíbe reproducción solo de clonación. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos, 11 de noviembre de 1997, http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

⁹⁵ La Declaración fue apoyada por votos afirmativos por parte de Bolivia, Chile, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Surinam, y Trinidad y Tobago, entre otros. Las delegaciones de la República Dominicana, Perú, y Venezuela estuvieron ausentes del voto. Argentina, Barbados, Colombia y Uruguay se abstuvieron. Brasil y Jamaica votaron en contra. Véase Press Release, General Assembly, *General Assembly adopts United Nations Declaration on Human Cloning by Vote of 84-34-37*, U.N. Press Release GA/10333 (Aug. 3, 2005). Disponible en <http://www.un.org/News/Press/docs/2005/ga10333.doc.htm>

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Convención de los Derechos del Niño, Nov. 20, 1989, GA res. 44/25, annex, 44 UN GAOR Supp. (No. 49), U.N. Doc. A/44/49, 1577 U.N.T.S. 3 (Sept. 2, 1990); Declaración de los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1959, AG res. 1386, Doc. ONU. A/4354 (10 de diciembre, 1959).

⁹⁸ Véase Declaración de los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1959, AG res. 1386, Doc. ONU. A/4354 (10 de diciembre, 1959).

⁹⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 UNTS 331, 8 ILM 679, art.31 (2).

24 (2) (d) de la Convención sobre los Derechos del Niño,¹⁰⁰ 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 [...]”¹⁰¹

No obstante la claridad del Preámbulo de la CDN, que hace referencia a la necesidad de brindar al niño “protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento”, la Corte afirmó que los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida ya que en ellos se acordó que el Preámbulo no determinaría la interpretación del artículo 1 de la Convención, que define al niño como toda persona menor de 18 años, sin establecer una edad mínima o el nacimiento como requisito para la protección.¹⁰²

Esta conclusión fue fundamentada únicamente 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”,¹⁰³ El objetivo de este grupo de países, de los cuales ninguno ha ratificado la Convención Americana, dicho sea de paso, era claramente el de disminuir la protección que el Preámbulo da al no nacido, como indicó luego el doctor Carl August Fleschnauer, Consejero Jurídico de las Naciones Unidas.¹⁰⁴ La solicitud encontró oposición por parte de la delegación de Senegal, por lo que el representante de Reino Unido solicitó al Consejero Jurídico, Carl August Fleischnauer, que confirmara si dicha frase podría ser tomada en cuenta en una futura interpretación del artículo 1 de la Convención.¹⁰⁵

La falta de valor de dicha declaración en una eventual interpretación del preámbulo de la CDN fue claramente establecido por la respuesta del Consejero Jurídico al representante británico, que consta también en los trabajos preparatorios y que la sentencia del caso *Artavia*, faltando a la honestidad intelectual, omite mencionar. En ella, el Consejero manifiesta que, si bien no existe ninguna prohibición contra la inclusión del mencionado párrafo en los trabajos

¹⁰⁰ Convención de los Derechos del Niño, Nov. 20, 1989, GA res. 44/25, annex, 44 UN GAOR Supp. (No. 49) arts. 6 (2), 24 (2) (d), U.N. Doc. A/44/49, 1577 U.N.T.S. 3 (Sept. 2, 1990).

¹⁰¹ La aplicación a nivel mundial de la Convención sobre los Derechos del Niño al niño por nacer, ha sido explorada por varios estudiosos. A pesar de que los registros preparatorios del tratado de trabajo son limitados, algunos han demostrado que la Convención fue escrita para abarcar a los niños durante todo el periodo prenatal. Véase Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *la historia legislativa de la Convención sobre los Derechos del Niño* (07 de octubre, 2007), http://www.scslat.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. Véase 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. . . ". *Id.* 59 n.63. En la tercera reunión, " se generó un movimiento para su eliminación y la restricción se eliminó", *id.*, 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.

¹⁰² *Artavia*, párr. 231-232

¹⁰³ UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 43 (1989) citado en *Artavia*, párr. 232.

¹⁰⁴ *Id.* Annex, párr. 1.

¹⁰⁵ *Id.*

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.¹⁰⁶ También señala que es incierta la conclusión a que llevará dicha declaración en futuras interpretaciones que de la Convención realicen los Estados partes.¹⁰⁷

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.¹⁰⁸ 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 otras secciones de los trabajos preparatorios que reafirmaban la protección del no nacido por la CDN.

Uso selectivo e interpretación inadecuada de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El uso selectivo y la distorsión de las decisiones del TEDH que la Corte presenta como favorables a sus argumentos y la omisión o distorsión de aquellos que pudiera resultar desfavorables parece demostrar la parcialidad ideológica de la Corte en este caso.

La Corte realizó una lectura selectiva de varias decisiones, mencionando únicamente aquellas secciones que le favorecían en su interpretación restrictiva de la Convención Americana, llegando a conclusiones incorrectas sobre las mismas. Por ejemplo, la Corte citó incorrectamente el caso *Evans vs. Reino Unido*, pero este no creó a una regla general estableciendo que los embriones carecen de derechos humanos, como sugirió la sentencia de Artavia, sino limitándose a casos donde los embriones no son sujetos de derechos en el derecho nacional.¹⁰⁹

Asimismo, la Corte ignoró que en *Vo vs. Francia*, el Tribunal Europeo claramente reconoció que la Convención Americana otorga mayor protección a la vida del no nacido que el Convenio Europeo: “Contrariamente al artículo 4 del Convenio Americano de Derechos Humanos que enuncia que el derecho a la vida debe ser protegido «en general a partir de la concepción», el artículo 2 del Convenio no hace referencia a los límites temporales del derecho a la vida y, en particular, no define quién es la «persona» cuya «vida» está protegida por el Convenio”.¹¹⁰

La Corte afirmó que en el caso *Caso de S.H. y otros vs. Austria* el TEDH ni siquiera se refirió a un derecho propio del embrión humano,¹¹¹ pero omitió mencionar que en el Caso de

¹⁰⁶ *Id.* Annex.

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Evans v. United Kingdom*, App. No. 6339/05, 43 Eur. H.R. Rep. 21, ¶ 54 (2007). Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80046>.

¹¹⁰ Ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Vo v. 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/>

¹¹¹ *Artavia*, párr. 242.

S.H. y otros vs. Austria, la Segunda Cámara del Tribunal Europeo enfatizó que ningún estado europeo está bajo la obligación de permitir la fertilización in vitro ya sea parcialmente o totalmente (párrafo 74 de la decisión), indicando que los Estados gozan de un “margen de apreciación” para establecer límites a ciertas prácticas, especialmente la fertilización in vitro, que implica “serias consideraciones éticas y morales”, reconociendo que “los riesgos asociados con las técnicas de reproducción asistida deben ser tomados en serio y que es la obligación de los legisladores europeos, a nivel nacional, el evaluar estos riesgos, sopesando los intereses públicos y privados que puedan estar en juego.”¹¹²

Sin embargo, al solicitar Costa Rica a la Corte IDH que aplicara dicha doctrina del margen de apreciación en este caso,¹¹³ similar al otorgado por el Tribunal Europeo, la Corte se rehusó a hacerlo sin dar explicación alguna, a pesar de que el artículo 29(b) de la Convención Americana manda diferir a la ley nacional cuando esta otorga mayor protección a los derechos humanos, lo cual sería el caso en cuanto al derecho a la vida del embrión humano, de acuerdo a la interpretación de la Corte. No hubiera sido tampoco una práctica sin precedentes en el Sistema Interamericano, pues la Corte ya ha concedido cierto margen de discreción al Estado en al menos un caso anterior relacionado con comunidades indígenas.¹¹⁴

Asimismo, en *A, B y C vs. Irlanda*, a pesar de que el Tribunal resolvió que, bajo el art. 8 de la Convención Europea sobre privacidad, Irlanda debía proveer el aborto en la medida en que fuera legal, también concluyó que no existe un derecho a abortar,¹¹⁵ 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 irlandés.¹¹⁶

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 que trató de identificar en el Sistema Europeo. El 10 de octubre de 2011, en el caso 34/10 *Oliver Brüstle vs. Greenpeace*,¹¹⁷ el Tribunal Europeo de Justicia, dependiente de la Unión Europea y con sede en Luxemburgo, dictó una decisión unánime de trece jueces, donde declaró que una tecnología de creación de células madre embrionarias no puede ser objeto de patente comercial si el proceso requiere la destrucción previa de embriones humanos o su uso como material de base. La demanda fue presentada por Greenpeace, la conocida ONG ambientalista, que, preocupada por la comercialización del cuerpo humano y el abuso de éste para objetivos comerciales, buscó protección para el embrión humano.

El Tribunal Europeo de Justicia defendió el *status* 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

¹¹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Case of S.H. and Others v. Austria, Application No. 57813/00, HUDOC Database (Eur. Ct. H.R., Nov. 3, 2011).

¹¹³ Artavia, párr. 169-170.

¹¹⁴ Diego García-Sayán, *The Inter-American Court and Constitutionalism In Latin America*, 89 TEX. L. REV. 1835, 1857 (2011).

¹¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, A., B. and C. v. Ireland, App. No. 25579/05, Eur. Ct. H.R. 2032, párr. 214 (2010).

Disponibile en <http://www.echr.coe.int>.

¹¹⁶ Id., párr. 213, 214, 216, 233.

¹¹⁷ Id. párr. 53.

garantizar su protección.¹¹⁸ Así, el Tribunal dio una amplia acogida a la protección del embrión humano, en todas las etapas de su vida.¹¹⁹ La decisión categóricamente afirmó que el Parlamento Europeo quiso excluir la posibilidad de patentes que afecten la dignidad humana y se refirió a la fertilización como el comienzo del proceso de desarrollo del ser humano. Sin embargo, la Corte IDH deliberadamente escogió ignorar estas conclusiones y simplemente indicó que la sentencia no establece que los embriones humanos sean “personas” o que tengan un derecho subjetivo a la vida.¹²⁰

Interpretación evolutiva

La interpretación evolutiva de la Convención Americana realizada en el caso Artavia, 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”,¹²¹ es una de las partes más defectuosas de toda la sentencia, al menos técnicamente, pues en lugar de citar evidencia de dichas premisas en el derecho latinoamericano, como correspondería según el artículo 31 la Convención de Viena, la Corte cita principalmente decisiones judiciales de países europeos (Alemania, España), de Estados Unidos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa para fundamentar su decisión.¹²²

No pudiendo encontrar más práctica regional que 3 decisiones judiciales de Argentina, México y Colombia legalizando el aborto, la Corte se apoya así en decisiones de otro sistema regional de derechos humanos, el europeo, y en el de Estados Unidos, para concluir que no puede darse en Latinoamérica una “protección absoluta” al embrión humano,¹²³ tema que fue fuertemente criticado por el juez Vio Grossi en su voto disidente.¹²⁴

Las referencias a cortes nacionales de países fuera del Sistema Interamericano de derechos humanos al interpretar los términos “en general” del artículo 4 de la Convención Americana ilustran de manera singular las imprecisiones y omisiones de la Corte IDH. Por ejemplo, la sentencia cita el caso *Roe v. Wade* de la Corte Suprema de Estados Unidos de América,¹²⁵ que encuentra un “interés” y no un derecho a la vida prenatal. La referencia resulta irrelevante e inapropiada no solo debido a que Estados Unidos no es parte de la Convención Americana, sino a que la Corte Suprema de Estados Unidos ha decidido más de veinte casos sobre aborto después de *Roe*, donde, como *Casey v. Planned Parenthood*, donde disminuyó el nivel de escrutinio constitucional al que se someten las restricciones legales al aborto, o *Gonzales v. Carhart*, donde declaró constitucional la prohibición del procedimiento abortivo denominado partial-birth abortion, aun frente a un supuesto riesgo a la salud de la madre, y donde también se refirió al no nacido como “niño” y “bebé”.¹²⁶

¹¹⁸ European Court of Justice, Case C-34/10, *Brüstle v. Greenpeace*, párr. 26. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-34/10>

¹¹⁹ *Id.*, párr. 6.

¹²⁰ Artavia, párr. 250.

¹²¹ Artavia, párr. 245.

¹²² Artavia, párr. 245-253.

¹²³ Artavia, párr. 263.

¹²⁴ Artavia, Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, p.18-19.

¹²⁵ Artavia, párr. 262.

¹²⁶ U.S. Supreme Court, *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

También cita a la Corte Constitucional Alemana,¹²⁷ sin citar que en la misma sentencia en cuestión, la Corte reconoció un derecho constitucional a la vida prenatal al menos después del momento de la implantación en el útero materno.¹²⁸ La Corte añadió que el nivel de protección constitucional otorgado al feto es independiente del momento de la gestación.¹²⁹ Asimismo declaró que esta protección es válida independientemente de creencias religiosas sobre las cuales el Estado debe conservar neutralidad.¹³⁰ Tampoco mencionó la sentencia del caso *Artavia* la Ley alemana de Protección del Embrión que define al embrión humano como el “el ovulo fertilizado, capaz de desarrollo”.¹³¹

Irónicamente, ambas cortes han sido más benevolentes frente al embrión humano que la Corte IDH en el caso *Artavia*, a pesar de que ninguna de ellas aplica la Convención Americana, que contiene un explícito reconocimiento del derecho a la vida desde el momento de la concepción.

En cuanto a los Estados latinoamericanos y del Caribe, el Juez Vio Grossi señaló también que, de 25 Estados partes al momento de la sentencia, únicamente 3 permitían la fertilización *in vitro* de jure y 11 de facto, es decir, en la práctica.¹³² El hecho de ser Costa Rica el único país donde estaría prohibida la FIV en forma expresa tiene solamente un peso relativo en cuanto a la práctica posterior de los Estados, ya que, como la sentencia misma señala, varios Estados latinoamericanos prohíben la clonación humana, la utilización de las técnicas de reproducción asistida para fines diferentes de la procreación humana y limitan la crioconservación de los embriones humanos.¹³³

La sentencia de *Artavia* reconoció que varios Estados latinoamericanos prohibían la clonación humana, el uso de la reproducción artificial para propósitos no reproductivos, la reducción embrionaria o abortos selectivos en embarazos múltiples, y limitan el congelamiento de embriones humanos,¹³⁴ pero no dio ningún peso a dichas leyes latinoamericanas en sus conclusiones.

Otro 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, prohibiendo la “anticoncepción de emergencia”. Por ejemplo, la Corte Suprema de Chile se acogió al artículo 4 de la Convención (1) y a otras obligaciones de los tratados internacionales, al prohibir la anticoncepción de emergencia en el 2008.¹³⁵ En el 2009, el Tribunal Constitucional de Perú invocó la Convención Americana al prohibir la distribución gratuita de mecanismos de

¹²⁷ *Artavia*, párr. 261.

¹²⁸ Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Tribunal Constitucional Federal], May 28, 1993, 88 BVerfGE 203, pág. 251-252.

¹²⁹ *Id.*, pág. 254.

¹³⁰ *Id.*, pág. 252.

¹³¹ Embryonenschutzgesetz [ESchG] [Ley sobre Protección de Embriones], Dec. 13, 1990, 13 de diciembre de 1990 BGBl. pág. 2746, § 8(1).

¹³² *Artavia*, Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, pág. 21.

¹³³ *Artavia*, párr. 255.

¹³⁴ *Artavia*, párr. 255.

¹³⁵ Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad,” aprobadas por el Decreto Supremo No. 48, de 2007, del Ministerio de Salud, (2008) Rol de la Causa: 740-2007, 131-32 (Chile).

anticoncepción de emergencia.¹³⁶ Igualmente, en el 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 humano.¹³⁷ Esta importante evidencia de la interpretación del término concepción en el derecho comparado latinoamericano fue selectivamente omitida por la Corte.

c. La supuesta obligación de legalizar y facilitar la reproducción artificial en la Convención Americana y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En la sentencia del caso Artavia, la Corte IDH no llegó a crear un “derecho a tener hijos” ni un “derecho a acceder a la fertilización in vitro”, y específicamente negó esta conclusión.¹³⁸ Sin embargo, concluyó que la prohibición de la FIV en Costa Rica violaba la Convención Americana debido a que constituía una “interferencia arbitraria” y “desproporcionada” en “decisiones sobre la vida privada, familiar”,¹³⁹ es decir, en la “decisión autónoma” de las parejas de producir hijos biológicos a través de técnicas de reproducción artificial.¹⁴⁰

Contra esta interpretación de la Convención Americana, se puede argumentar que, de acuerdo a las normas internacionales de interpretación de los tratados reconocidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Corte debió haber examinado primero el texto del tratado, luego su contexto, la “práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado” y otra evidencia sobre la “intención de las partes” y por último los trabajos preparatorios de la Convención¹⁴¹ y en busca de algún criterio interpretativo respecto a las técnicas de reproducción asistida.

El texto y contexto de la Convención Americana

El texto de la Convención Americana no contiene ningún artículo ni término que establezca directa ni indirectamente una obligación de autorizar las técnicas de reproducción asistida, por lo tanto la Corte no debió haber creado tal obligación. La primacía del texto como fuente interpretativa de los tratados ha sido ampliamente reconocida en el Derecho Internacional y también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el pasado. Otras cortes internacionales se han rehusado a crear obligaciones que no se encuentran explícita o implícitamente incluidas en los tratados, por ejemplo la Corte Europea de Justicia, que

¹³⁶ Ver. Tribunal Constitucional, Acción de Lucha Anticorrupción: Sentencia del Tribunal Constitucional, (2009) EXP. No. 02005-2009-PA/TC ¶ 12 (Perú).

¹³⁷ 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 2011.

¹³⁸ Artavia, párr. 326 (“El Tribunal ha señalado que el presente caso no se relaciona con un presunto derecho a tener hijos o un derecho a acceder a la FIV.”).

¹³⁹ Artavia, párr. 326

¹⁴⁰ Artavia, párr. 161.

¹⁴¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31&32, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigencia 27 de enero de 1980.

recientemente se negó a crear una categoría de discriminación por razón de obesidad, debido a que ningún tratado o Directiva europea contenía tan categoría.¹⁴²

La Corte encontró una obligación internacional de permitir la fertilización in vitro que derivaría implícitamente de una combinación de distintos derechos reconocidos en la Convención y el Protocolo de San Salvador (derecho a privacidad, a la libertad personal, a la integridad personal, a la salud y derechos de la familia),¹⁴³ así como de nuevos principios no definidos, como el de “autonomía reproductiva” y “libertad reproductiva”.¹⁴⁴

Por una parte, la Convención reconoce el derecho de las parejas casadas a “fundar una familia”,¹⁴⁵ lo que en este caso fue un punto obsoleto de discusión, pues varios demandantes habían formado familias y tenido hijos ya sea naturalmente¹⁴⁶ o a través de la adopción,¹⁴⁷ y otros tenían hijos biológicos de matrimonios anteriores.¹⁴⁸ La Corte reconoció igualmente que aunque no existiera una prohibición de a FIV, el Estado no podría garantizar un derecho a fundar una familia biológica: “pues aún si hubieran podido acceder a la técnica de la FIV, no es posible determinar si [el] objetivo [de tener hijos] se hubiera podido alcanzar”.¹⁴⁹ Por ello, la Corte concluyó que “la injerencia en el presente caso no se encuentra relacionada con el hecho de que las familias hayan o no podido tener hijos [sino] se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos”, siendo así la la privacidad el objeto principal del análisis de la Corte.¹⁵⁰

Asimismo, la Convención Americana reconoce un derecho a la protección de la honra y la dignidad que incluye un deber estatal de respetar la vida privada; sin embargo, el texto claramente indica que tal derecho no es absoluto, pues se prohíben únicamente las injerencias “arbitrarias” o “abusivas” en la vida privada,¹⁵¹ siendo permisibles otras injerencias no arbitrarias ni abusivas. La protección del derecho a la vida de unos podría ser el mejor ejemplo de limitaciones no arbitrarias al derecho a la privacidad de otros, pues la Corte ha señalado que de la salvaguarda del derecho a la vida, depende la realización de los demás derechos.¹⁵² Por ello, aquellas injerencias destinadas a proteger la vida humana frente a una práctica que en este caso la Sala Constitucional encontró falta de ética e inconstitucional,¹⁵³ podrían ser admisibles bajo las excepciones del artículo 11(2) de la Convención.

¹⁴² Krista Nadakavukaren Schefer, *The European Court of Justice Rules on Obesity Discrimination* [La Corte Europea de Justicia emite sentencia sobre discriminación en base a obesidad], AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW INSIGHTS (April 24, 2015).

¹⁴³ Artavia, párr. 143.

¹⁴⁴ Artavia, párr. 146, 150.

¹⁴⁵ Convención Americana, art. 17(2) (“Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas [...]”).

¹⁴⁶ Artavia, párr. 111, 115.

¹⁴⁷ Id. párr. 100, 105, 111.

¹⁴⁸ Id., párr. 89, 101, 116.

¹⁴⁹ Artavia, párr. 161.

¹⁵⁰ Artavia, párr. 145-161.

¹⁵¹ Convención Americana, art. 11(2) (“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”).

¹⁵² Corte I.D.H., Caso “Instituto de Reeducación del Menor”. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

¹⁵³ Artavia, párr. 76-77.

Ninguna corte internacional ha reconocido un derecho absoluto a la privacidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, en *A, B y C vs. Irlanda*, reconoció que la prohibición casi completa del aborto en Irlanda constituía una legítima restricción del derecho al respeto de la vida privada.¹⁵⁴ El Tribunal declaró que aun cuando se reconociera un derecho al aborto a nivel nacional, este debe ser sopesado con el derecho a la vida del no nacido,¹⁵⁵ y no encontró violación alguna del derecho a la privacidad, a pesar de que así lo solicitaban las aplicantes.¹⁵⁶ Asimismo, en el caso *Brueggemann y Scheuten vs. Alemania*, de 1975, la Comisión Europea de Derechos Humanos estableció que “no puede decirse que el embarazo pertenezca únicamente a la esfera de la vida privada. Cuando una mujer está embarazada, su vida privada se vuelve estrechamente relacionada con la del feto en desarrollo”.¹⁵⁷

Al determinar que el Estado de Costa Rica había violado la Convención Americana al prohibir la FIV, debido a que dicha prohibición era una “interferencia severa” en la “decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida”,¹⁵⁸ la Corte magnificó el alcance de la prohibición en cuanto al derecho a la privacidad, pues la Sala Constitucional de Costa Rica no prohibía a las parejas costarricenses decidir sobre practicarse o no practicarse la FIV, sino únicamente prohibía la práctica de la FIV en territorio costarricense.

Si se hubiese sancionado o penalizado el viajar fuera del país para hacer uso de la FIV, si la práctica de la FIV en cualquier jurisdicción hubiera sido convertida en causal de extradición, como es el narcotráfico, por ejemplo, entonces sí se podría decir que la prohibición interfiere con la decisión personal de utilizar la reproducción asistida. Sin embargo, la decisión de la Corte Suprema de Costa Rica únicamente establecía una prohibición de practicar la FIV en jurisdicción costarricense, que afectaba directamente a clínicas y hospitales públicos y privados que quisieran ofrecer servicios de reproducción artificial.¹⁵⁹ El efecto en los individuos era mediato, no inmediato. De hecho, varios demandantes en el caso utilizaron la fecundación asistida en países vecinos, sin ninguna consecuencia legal o penal en su contra.¹⁶⁰

Finalmente, el derecho a la salud establecido en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador enumera específicamente las medidas que deberán tomar los Estados partes para garantizar este derecho, que incluyen el acceso a la atención primaria de la salud, la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más pobres y de más alto riesgo, pero no enumera entre ellas el acceso a las tecnologías reproductivas.¹⁶¹

¹⁵⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *A, B & C v. Ireland*, 2010-VI Eur. Ct. H.R. párr. 185, 259.

¹⁵⁵ *Id.*, párr. 255-56.

¹⁵⁶ *Id.*, párr. 263.

¹⁵⁷ *Brüggemann v. Germany*, App. No. 6959/75, 3 Eur. H.R. Rep. 244, párr. 59 (1981).

¹⁵⁸ *Artavia* párr. 272, 277, 284.

¹⁵⁹ La magnitud de los intereses económicos de la industria de la reproducción artificial en el caso se ilustra por el hecho de que, inicialmente, el grupo de peticionarios incluía también a dos empresas proveedoras de fertilización in vitro, Costa Rica Ultrasonografía S.A. y el Instituto Costarricense de Fertilidad, que solicitaban ser consideradas como víctimas en el caso, alegando daños materiales y exigiendo reparaciones pecuniarias por parte del Estado (CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), párr. 27-28.).

¹⁶⁰ Véase Audiencia Pública. Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, <http://vimeo.com/corteidh>, (Testimonio de Andrea Bianchi).

¹⁶¹ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 at 67 (1992).

La idea de que la fertilización in vitro debe ser autorizada o subsidiada por el Estado como parte del derecho a la salud¹⁶² es muy debatible, especialmente debido a los efectos negativos que esta puede provocar en la salud de la mujer y los niños concebidos artificialmente, los cuales fueron ampliamente documentados por los peritos del Estado durante el juicio (e.g. riesgos de embarazos múltiples y síndrome de hiper-estimulación ovárica en mujeres, riesgos de nacimiento prematuro y de defectos genéticos en niños).¹⁶³ Los riesgos de salud que conlleva la FIV son tales, que durante las audiencias públicas, el Comisionado Paolo Carozza sugirió la posibilidad de que la Corte aplicara el principio precautorio, en vista de la duda respecto a los posibles efectos de la práctica en mujeres y niños, antes y después del nacimiento. Sin embargo, la Corte se rehusó a examinar la evidencia en este sentido bajo una excusa procedimental,¹⁶⁴ tal vez porque un verdadero análisis de los mismos la hubiera llevado a una conclusión diferente.

Los trabajos preparatorios de la Convención

En cuanto a los trabajos preparatorios de la Convención, no es posible que los Estados partes reconocieran derechos en torno a las tecnologías reproductivas al momento de la adopción de la Convención por parte de los Estados partes, ya que estas todavía no existían en 1969, como indicó el perito Fernando Zegers.¹⁶⁵ Tampoco existe evidencia alguna de que los Estados reconocieran, ya sea de manera implícita o explícita una obligación más general de garantizar hijos biológicos a quienes los deseen como parte de otras obligaciones de derechos humanos reconocidas en la Convención.¹⁶⁶ La sentencia del caso Artavia no cita ninguna evidencia en este sentido ya que no existe.

La práctica ulterior

La práctica estatal posterior a la adopción o ratificación del tratado fue evaluada superficialmente por la Corte, un punto débil de la sentencia que el mismo Juez disidente Hugo Vio Grossi señaló, observando que solamente 11 de los 24 Estados partes de la Convención permitían la fertilización in vitro de hecho y únicamente 3 de éstos la permitían legalmente al momento de la sentencia, lo cual demuestra que no existía una práctica a favor de la reproducción asistida, sino lo contrario.¹⁶⁷ Además, los 3 Estados que autorizaban legalmente la FIV le imponían toda clase de restricciones y no existía evidencia alguna de que su regulación hubiera sido adoptada en virtud de la Convención Americana.¹⁶⁸

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En lugar de seguir los cánones tradicionales de interpretación en este aspecto, la Corte examinó el Derecho Internacional de Los Derechos Humanos en general, encontrando evidencia

¹⁶² Artavia, párr. 146-150.

¹⁶³ Artavia párr. 128.

¹⁶⁴ Artavia párr. 134-135

¹⁶⁵ Artavia párr. 179, nota 265.

¹⁶⁶ Brief for *Asociación para la Defensa de la Vida y El Centro Iberoamericano de Estudios para la Familia* (en inglés) as Amici Curiae Supporting Respondents, at 3, *Sanchez Villalobos v. Costa Rica*, Case 12.361, Inter-Am. Comm'n H.R., Decision on Admissibility, Report No. 25/04, OEA/Ser.L./V/II.122, doc. 5 rev. (2004).

¹⁶⁷ Artavia, Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, pág. 21.

¹⁶⁸ *Id.*, pág. 20

muy cuestionable de una supuesta obligación estatal de autorizar la FIV. Se refirió, por ejemplo, a varios documentos como la Observación General No. 19 del Comité de los Derechos Humanos y la Observación General No. 14 del Comité del ECOSOC, que se refieren únicamente a la planificación familiar y no a la fecundación in vitro ni la reproducción asistida, las cuales no se mencionan ni directa ni indirectamente en ninguno de estos documentos,¹⁶⁹ como indicó el Comisionado Paolo Carozza durante las audiencias ante la CIDH.¹⁷⁰

El lenguaje de los instrumentos de derechos humanos citados fue presentado por la Corte como favorable a la reproducción asistida de manera incondicional, lo cual dista de la realidad. Por ejemplo, si bien la Conferencia del Cairo recomienda el acceso a la fecundación in vitro, especifica que el mismo debe ser proporcionado “de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas”,¹⁷¹ lo cual no excluiría la prohibición temporal de la FIV hasta que ésta presente un mínimo riesgo a la vida de los embriones humanos, como había ordenado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.¹⁷²

Asimismo, la Corte se refirió al Caso de *S.H. y otros vs. Austria* indicando que en esta “el TEDH ni siquiera se refirió a una presunta violación de un derecho propio de los embriones”,¹⁷³ lo cual es cierto de la Sentencia del 3 de noviembre de 2011, pero no de la sentencia de la Segunda Cámara del 2010, donde el Tribunal Europeo enfatizó que ningún Estado europeo está bajo la obligación de permitir la fertilización in vitro ya sea parcialmente o totalmente,¹⁷⁴ contemplando así la permisibilidad de una prohibición total de la FIV bajo la Convención Europea de Derechos Humanos. Dicha sentencia indicó 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.”¹⁷⁵

El cálculo de proporcionalidad y efectividad

¹⁶⁹ Véase Artavia, para. 145; ver *Observación General No. 19*, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990) <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom19.html>. Véase Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm>

¹⁷⁰ Véase MP3 Audio: Audiencia Pública del Gobierno de Costa Rica, Período de sesiones 133, Caso 12.361 y peticiones 1368/04, 16/05, 678/06, 1191/06 – Fertilización in vitro, Costa Rica, (Oct. 28, 2008), min. 1:34:25-1:35:03. Disponible en <http://www.cidh.org/Audiencias/133/A27FecundacioninvitroCostaRica.mp3>.

¹⁷¹ Véase Fondo de Población de las Naciones Unidas, *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, [en adelante, la CIPD] UN Doc. A/CONF.171/13/Rev.1 (1994) cap.V, para. 7.27. Disponible en http://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd_spa_2.pdf

¹⁷² Artavia, párr. 159.

¹⁷³ Artavia, párr. 242.

¹⁷⁴ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *S.H. v. Austria*, App. No. 57813/00, Eur. Ct. H.R. párr. 74 (2010).

¹⁷⁵ *Id.* párr. 69, 76.

Al declarar que “el ‘derecho absoluto a la vida del embrión’ como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana”,¹⁷⁶ la Corte imposibilitó efectivamente un verdadero cálculo de proporcionalidad entre la prohibición de la FIV y el derecho a la vida del embrión humano bajo la Convención, como expresó el Voto Disidente del juez Vio Grossi: “obviamente, en tal comparación el resultado no puede ser otro que el que indica la Sentencia”.¹⁷⁷

Sin embargo, la Corte caracterizó equivocadamente dicha protección del embrión humano en Costa Rica, la cual no era absoluta, pues preveía circunstancias bajo las cuales la fertilización in vitro podría ser constitucional, siendo estas que la técnica evolucionara en el futuro de manera que la fertilización in vitro no implicara muerte embrionaria, ya sea de manera previsible o deliberada.¹⁷⁸ No obstante, la Corte encontró que el efecto práctico de esta condición fue el de imposibilitar la práctica de la FIV por el momento, reconociendo que, hoy en día, “no existe una opción para practicar la FIV sin que exista alguna posibilidad de pérdida embrionaria”.¹⁷⁹

En cuanto a la efectividad de la medida en la protección del embrión humano, la Corte llegó a la extraña conclusión de que la prohibición de la FIV era inefectiva, pues no protegía al embrión humano de la muerte durante la concepción natural, únicamente durante la reproducción artificial.¹⁸⁰ La comparación es obviamente inapropiada debido a las importantes diferencias entre la concepción natural y la fertilización in vitro, señaladas por la sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, como ser las altas tasas de muerte embrionaria en la FIV (90-92% según peritajes presentados por el Estado), que es muchísimo menor en la concepción natural,¹⁸¹ y los elementos de intencionalidad y previsibilidad de las muertes de embriones y fetos humanos durante la reproducción artificial, que no existe en la procreación natural.¹⁸² Otros autores han señalado también lo inapropiado de dicha analogía, indicando que si la Convención mandara tolerar cualquier violación del derecho a la vida simplemente porque la muerte natural existe, cualquier homicidio o asesinato debería ser permitido.¹⁸³

La prohibición de la FIV y la discriminación contra los discapacitados, las mujeres y los que no tienen recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero

Tres miembros de la CIDH habían rechazado el argumento de que prohibir la FIV constituía discriminación contra las mujeres y los discapacitados debido a que afectaba individuos y parejas

¹⁷⁶ Artavia párr. 264, 273.

¹⁷⁷ Artavia, Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, pág. 23.

¹⁷⁸ Artavia, párr. 76. Además, Costa Rica no da una protección absoluta al embrión, pues permite el “aborto terapéutico”, ni prohíbe todas las técnicas de reproducción artificial, pues permite la inseminación artificial, entre otros (*Véase* Artavia, párr. 270, 312.).

¹⁷⁹ Artavia, párr. 190.

¹⁸⁰ Artavia, párr. 315.

¹⁸¹ *Id.*, párr. 308.

¹⁸² Véase Artavia, párr. 305, 308.

¹⁸³ Véase Gustavo Carranza Latrubesse, *Las perplejidades de los Derechos Humanos (A propósito del fallo de la Corte IDH en el caso Artavia Murillo y Otros c. Costa Rica)* [*The Perplexities of Human Rights (with regard to the IACHR ruling in the case Artavia Murillo and Others v. Costa Rica)*], (Jan. 14, 2012) (unpublished manuscript), <http://bicentenario.unc.edu.ar/acaderc/las-perplejidades-de-los-derechos-humanos-a-proposito-del-fallo-de-la-corte-idh-en-el-caso-artavia-murillo-y-otros-vs.-costa-rica>.

infértiles, hombres y mujeres, no individuos de las categorías anteriormente citadas.¹⁸⁴ En su voto en disidencia, estos Comisionados señalaron que “el objetivo del Estado, que en opinión de la Comisión es legítimo, es más bien proteger a los embriones humanos y no regular el derecho a tener hijos”.¹⁸⁵

El lenguaje feminista utilizado por la CIDH en el Informe de Fondo convierte en irrelevante el rol del padre biológico en el proceso de reproducción artificial, concluyendo que el uso de la reproducción asistida recae especialmente en el cuerpo de las mujeres y por lo tanto, su prohibición “incide directamente en la autonomía de las mujeres respecto de su cuerpo”, de “lo que una mujer desea y decide hacer con su propio cuerpo” y por lo tanto “son cuestiones que en principio corresponden a la mujer, a ella en consulta con su médico”.¹⁸⁶

De manera similar, se dieron varias contradicciones en la sentencia de la Corte respecto a sus conclusiones sobre discriminación. Por ejemplo, al declarar que la prohibición de la FIV constituía discriminación contra la mujer porque “la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres”,¹⁸⁷ la Corte reforzó los estereotipos culturales de género que pretendía rechazar. Asimismo, la proposición incoherente de la Corte de que los principios de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre los del no nacido,¹⁸⁸ contradice los principios enunciados, que exigirían dar igual trato, no discriminatorio, a ambos grupos, especialmente en vista de que ambos presentan condiciones de vulnerabilidad.

Además, al clasificar a los individuos infértiles que desean la FIV como discapacitados la Corte transformó el concepto de discapacidad en una definición subjetiva, basada en criterios no objetivos ni científicos, pues la Corte misma admitió que no existe un consenso científico sobre la definición de la infertilidad como una discapacidad.¹⁸⁹ Dicha noción promueve también la percepción de la FIV como tratamiento médico, a pesar de que no cura ni trata la condición de esterilidad de la persona infértil, como señaló uno de los *amicus curiae* en el caso, sino simplemente produce artificialmente un niño o niña.¹⁹⁰

En cuanto a la discriminación en relación a “las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero”, existe una incompatibilidad frente a la Convención, pues esta únicamente prohíbe la discriminación en base a la “posición económica” (artículo 1(1)), como ser la pobreza o extrema pobreza. Sin embargo, la evidencia evaluada por la Corte en este caso únicamente reflejaba que las parejas en cuestión no tenían los recursos económicos para realizarse exitosamente la FIV en el extranjero,¹⁹¹ no que pertenecían a

¹⁸⁴ Véase CIDH, Informe No. 85/10 30 (Explicación del Voto en Disidencia) (2011), <https://www.cidh.oas.org/demandas/12.361Esp.pdf>

¹⁸⁵ Véase *id.* párr. 3 (Explicación del Voto en Disidencia).

¹⁸⁶ Véase *id.* párr. 131.

¹⁸⁷ *Artavia* párr. 143.

¹⁸⁸ Véase *id.* párr. 227.

¹⁸⁹ *Artavia* párr. 271, 288-291.

¹⁹⁰ Brief for *Asociación para la Defensa de la Vida* and *El Centro Iberoamericano de Estudios para la Familia* [The Ibero-American Center for Family Studies] as *Amici Curiae* Supporting Respondents, at 6-7, *Sanchez Villalobos v. Costa Rica*, Case 12.361, Inter-Am. Comm’n H.R., Decision on Admissibility, Report No. 25/04, OEA/Ser.L./V/II.122, doc. 5 rev. (2004).

¹⁹¹ *Artavia* párr. 303-305

un grupo de individuos pertenecientes al grupo de “los hogares más pobres” a los que se refirió el Juez García Sayán en su Voto Concurrente.¹⁹²

Obviamente, el no contar con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero no es una posición económica en sí misma, pues si lo fuera, sería una categoría tan amplia que probablemente incluiría a los pobres, los de clase media o media alta en el país, ya que el costo de las tecnologías reproductivas es tan alto que resulta inaccesible para la mayor parte de habitantes de la región. Aun asumiendo que este grupo de personas tuviera una misma posición económica, no todos los peticionarios del caso Artavia pertenecían a dicha categoría, pues algunos sí viajaron a practicarse la FIV en el extranjero, en más de una ocasión.¹⁹³

La Corte cambió el término “posición económica” utilizado en la Convención por el de “situación económica”,¹⁹⁴ que es mucho más amplio y subjetivo, y que luego le permitió declarar que el Estado de Costa Rica debía pagar reparaciones de \$5,000 dólares a cada uno de los individuos que viajaron al extranjero para practicarse la FIV, a pesar de que dichos individuos no pertenecían al supuesto grupo discriminado.¹⁹⁵

Se vislumbra en la lectura de la sentencia la idea incipiente de que la FIV debería ser una práctica subsidiada por el Estado, al menos en opinión de los peticionarios y del Juez García Sayán.¹⁹⁶ Los peticionarios inicialmente sugirieron reparaciones de alrededor de 20 millones de euros para la creación de una clínica nacional de fertilización in vitro, que debería luego ser subsidiada por el Estado.¹⁹⁷ Se vislumbran asimismo una serie de expectativas pecuniarias por parte de los peticionarios, que en cierta medida fueron satisfechas por la Corte. En la última etapa del trámite ante la CIDH, los representantes legales de los peticionarios solicitaron 2.3 millones de dólares en reparaciones para las víctimas.¹⁹⁸ La peticionaria Bianchi solicitó compensación por sus gastos en tecnologías reproductivas fuera de Costa Rica.¹⁹⁹ La Corte IDH simpatizó con estas ideas y solicitudes y finalmente ordenó a Costa Rica no solamente pagar reparaciones a las supuestas víctimas, sino subsidiar la fertilización in vitro por medio de la Caja Costarricense de Seguro Social, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.²⁰⁰

El subsidio público de la FIV en Costa Rica como una forma de reparación

La orden de subsidiar la FIV en Costa Rica a través de la Caja Costarricense del Seguro Social fue quizás la más caprichosa de las reparaciones dispuestas por la Corte IDH en el caso Artavia,

¹⁹² Artavia, Voto Concurrente del Juez Diego García-Sayán, párr. 11(c).

¹⁹³ Véase Audiencia Pública. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, <http://vimeo.com/corteidh>, min. 13:10-13:25 (Testimonio de Andrea Bianchi).

¹⁹⁴ Artavia párr. 303-305, 314.

¹⁹⁵ Véase Artavia párr. 355, 363.

¹⁹⁶ Id., párr. 338.

¹⁹⁷ Véase Audiencia Pública. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, <http://vimeo.com/corteidh>, min. 55:25-56:55.

¹⁹⁸ Véase Artavia, párr. 346-47, 358.

¹⁹⁹ Véase Audiencia Pública. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, <http://vimeo.com/corteidh>, min. 13:10-13:25, 34:27-34:57.

²⁰⁰ Artavia, párr. 338.

especialmente en vista de que ni los demandantes ni la Comisión habían solicitado esta medida en la demanda, pero sobretudo porque Costa Rica es, después de todo, un país en desarrollo con necesidades de salud más apremiantes. La medida sugiere un incipiente intento de convertir una supuesta obligación negativa de permitir o autorizar la reproducción artificial en una obligación positiva de proveerla y subsidiarla a través del uso de fondos públicos.

Otras cortes internacionales ya han advertido que crear un derecho a servicios públicos de reproducción asistida, o un derecho al acceso económico a las mismas sería difícilmente justiciable, por no decir poco práctico en la realidad. El TEDH, por ejemplo, nunca ha declarado que los Estados europeos tengan la obligación de subsidiar las tecnologías reproductivas, a pesar de que estos cuentan con recursos mucho mayores que Costa Rica. De hecho, el Tribunal Europeo ha señalado que la Convención Europea de Derechos Humanos no garantiza el derecho a un nivel específico de salud en ninguna área.²⁰¹

La creación de un derecho a la FIV subsidiada podría no tener mayor apoyo ni siquiera entre académicos pro-choice, algunos de los cuales han admitido que no existe un deber estatal de subsidiar o pagar procedimientos de FIV, los cuales han comparado con la cirugía estética en el sentido de que podrían ser clasificados como “medicina de lujo”.²⁰² Estos autores han indicado, razonablemente, que “no existen fondos públicos para apoyar la concepción natural [...] por lo que los Estados pueden coherentemente rechazar el dar fondos para la reproducción artificial.”²⁰³ La Corte aplicó la analogía entre la concepción natural y la reproducción artificial en otro sentido, pero podría también aplicarse en este.

3. Efectos del fallo *Artavia*

La Convención Americana de Derechos Humanos establece que únicamente “la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria” tiene ejecución directa en el ordenamiento jurídico de un Estado parte en un caso ante la Corte IDH (art. 68), lo cual indica que las cortes costarricenses no tienen obligación de dar implementación inmediata a todas las disposiciones del fallo de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Así lo han reconocido otros Estados, por ejemplo, una corte federal argentina de la provincia de Salta concluyó que el fallo de la Corte IDH en *Artavia* no era de ejecución inmediata en las cortes nacionales ni tenía efecto vinculante para Argentina.²⁰⁴

El Estado costarricense ya ha dado cumplimiento a las reparaciones ordenadas por la Corte IDH en el caso *Artavia* en beneficio de las presuntas víctimas. Sin embargo, las disposiciones que ordenan la legalización de la fertilización in vitro en el país y su subsidio público no son de ejecución inmediata y directa a través del Poder Judicial o el Poder

²⁰¹ Véase *Glass v. United Kingdom*, 2004-II Eur. Ct. H.R. 25, 46-49; *Affaire Yardimci c. Turquie*, Req. No. 25266/05, Eur. Ct. H.R., párr. 55-56 (2010) available at <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96540>; *P. v. Poland*, App. No. 57375/08, Eur. Ct. H.R., párr. 96 (2013), available at <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-114098>.

²⁰² REBECCA J. COOK ET AL., *REPRODUCTIVE HEALTH AND HUMAN RIGHTS: INTEGRATING MEDICINE, ETHICS, AND LAW* 312 (2003).

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ Juzgado Federal de Salta no. 1 [Juzg. Fed. de Salta no. 1], 7/8/2013, “Lodi Ortiz Andrea Melisa – Larran Cristian c/ Swiss Medical s/ amparo / recurso” (Arg.).

Ejecutivo,²⁰⁵ únicamente el Poder Legislativo tiene dicha atribución. La Corte Suprema de Costa Rica ha establecido a través de precedente judicial, que solamente el Congreso y no las cortes nacionales tiene la facultad de ordenar el cumplimiento de los fallos de la Corte IDH.²⁰⁶

Asimismo, Santiago Cantón, antiguo Secretario Ejecutivo de la CIDH, ha reconocido que únicamente las asambleas legislativas nacionales pueden prever el cumplimiento automático y completo de las sentencias de la Corte IDH, y ha llamado a los Estados partes de la Convención a “aprobar legislación interna para garantizar el cumplimiento de las decisiones de la Comisión y la Corte”, reconociendo que el Estado de Costa Rica (junto con Perú y Colombia), así lo han hecho en el pasado.²⁰⁷

En cualquier caso, de acuerdo a la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, el gobierno costarricense no tiene una obligación de legalizar la FIV de manera absoluta, y son permisibles restricciones a dicha práctica. La Comisión sugirió anteriormente que Costa Rica podría autorizar la FIV con varias restricciones, mientras no se tratase de una prohibición absoluta. Dichas restricciones, de acuerdo a la CIDH, podrían, por ejemplo, establecer “formas de regulación que podrían asimilarse más al proceso natural de concepción, tal como una regulación que disminuya el número de óvulos fecundados”,²⁰⁸ prohibir la fecundación heteróloga (con el uso de donantes de gametos), limitar el uso de la FIV a parejas casadas infértiles, prohibir el congelamiento y almacenamiento de embriones humanos, o adoptar otras medidas para prevenir la destrucción arbitraria de embriones, su comercialización o tráfico, como se ha hecho en otros países latinoamericanos, incluyendo Chile, México y Brasil.²⁰⁹

Los Comisionados Dinah Shelton, Felipe Gonzales y Rodrigo Escobar Gil, en su voto disidente ante el Informe de la CIDH en el caso, sugirieron también que el Estado costarricense podría establecer una edad mínima y máxima para mujeres que se someten a la FIV, ya que “los riesgos del embarazo aumentan con la edad y el Estado bien puede fijar una edad máxima (así como una mínima para proteger a las niñas contra cualquier abuso)”.²¹⁰

El Estado probablemente carece de los recursos económicos necesarios para proveer la FIV de manera gratuita y universal en el futuro cercano, como ya lo han reconocido las autoridades.²¹¹

²⁰⁵ Ver Valentín Thury Cornejo, *Revisión del Control de Convencionalidad Difuso y la Identidad Institucional de la Corte Interamericana*, UCA/CONICET, <http://cedecu.edu.uy/uploads/media/mdCategory/bebf264aa42b3aa85e5afdcd20370855.pdf>

²⁰⁶ Ver Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 05274, May 4, 2005, SISTEMA COSTARRICENSE DE INFORMACIÓN JURÍDICA (Costa Rica), http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=335617&strTipM=T&strDirSel=directo; Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 14953, November 2, 2011, SISTEMA COSTARRICENSE DE INFORMACIÓN JURÍDICA (Costa Rica), http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=525680&strTipM=T&strDirSel=directo

²⁰⁷ Santiago Cantón, *To Strengthen Human Rights, Change the Organization of American States (Not the Commission)*, <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?Article=1836&context=hrbrief> pag. 3

²⁰⁸ Ver *Artavia*, párr. 110.

²⁰⁹ Ver *Artavia Murillo v. Costa Rica*, Caso 12.361, Inter-Am. Comm'n H.R., Informe de Fondo No. 85/10 párr. 100-110 (2011). Ver también Id. párr. 31 (Explicación de Voto Disidente), https://www.cidh.oas.org/demandas/12_361Esp.pdf

²¹⁰ Ver Id. párr. 6 (Explicación de Voto Disidente).

²¹¹ Ver L. Arias, *Human Rights Court Orders Costa Rica to Legalize In Vitro Fertilization*, TICO TIMES, (Dec. 20, 2012), <http://www.ticotimes.net/2012/12/21/human-rights-court-orders-costa-rica-to-legalize-in-vitro-fertilization>.

Sin embargo, el cumplimiento de esta reparación probablemente no será exigido de manera inmediata, pues el juez García Sayán, en su voto concurrente en la sentencia *Artavia*, indicó que el Estado tiene únicamente una obligación “gradual” de incluir dicha técnica “dentro de los programas contra la infertilidad que ya se brindan”, lo cual “no sugiere que una porción desproporcionada de los recursos institucionales y presupuestales de la seguridad social sea destinada a este propósito en perjuicio de otros programas o prioridades”, es decir, teniendo el Estado la libertad de dar prioridad a otros servicios de salud sobre la FIV.²¹²

4. Conclusión

En el fallo *Artavia*, la Corte IDH violentó las normas de interpretación establecidas por el artículo 29 de la Convención Americana al redefinir el término “concepción” como “implantación” o embarazo, declarando que el embrión humano no es “persona” y que el derecho a la vida del no nacido tiene únicamente un carácter gradual, realizando una interpretación restrictiva del derecho a la vida del no nacido. Asimismo, al crear una supuesta obligación de legalizar y facilitar la reproducción artificial, la Corte IDH parece haber estado basada más en un afán de “innovación jurisprudencial”, como indicó el Juez García Sayán, autor de la sentencia posteriormente en un artículo académico,²¹³ que en una interpretación de los términos mismos de la Convención o de la voluntad o interpretación de la misma por los Estados partes.

Sin embargo, la sentencia del caso *Artavia* ha tenido efectos limitados en Costa Rica, que a pesar de haber cumplido con las reparaciones ordenadas por el fallo, cuatro años después de la sentencia aún no ha cumplido con la orden de legalizar la fertilización in vitro en el país y menos con la orden de proveer de servicios gratuitos de FIV a través de su sistema de Seguridad Social, pues a pesar de ser el país sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y muy respetuoso del Sistema Interamericano de derechos humanos en general, es también un país muy respetuoso de la vida humana y de los valores cristianos que le llevaron a reconocer al embrión humano como persona, titular de un derecho a la vida desde la concepción.

²¹² Ver *Artavia*, párr. 11(c).

²¹³ Véase Diego García-Sayán, “Mirando al horizonte: Interamericano logros y retos”, *APORTESDPLF*, abril 2014, pág. 52, 54, disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/aportes_19_web_0.pdf