

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO N°. 12.361

GRETEL ARTAVIA MURILLO Y OTROS

(FERTILIZACIÓN *IN VITRO*)

ESCRITO DE *AMICI CURIAE*

ALLIANCE DEFENSE FUND,
CENTRE FOR LEGAL STUDIES AT C-FAM, &
AMERICANS UNITED FOR LIFE

ALLIANCE DEFENSE FUND

15100 N. 90TH STREET
SCOTTSDALE, AZ 85260

**CENTER FOR LEGAL STUDIES
AT C-FAM**

1100 G ST. NW
WASHINGTON, DC 20005

AMERICANS UNITED FOR LIFE

655 15TH ST NW, SUITE 410
WASHINGTON, DC 20005, USA

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
1. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.1 EN RELACIÓN CON EL NO NACIDO.....	4
1.1. PRINCIPAL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN SEGÚN LA CVDT.....	5
1.1.1. INTERPRETACIÓN TEXTUAL DEL ARTÍCULO 4(1).....	6
1.1.2. OTRAS CONSIDERACIONES PARA UNA INTERPRETACIÓN TEXTUAL.....	9
1.2. MÉTODO DE INTERPRETACIÓN COMPLEMENTARIO: TRABAJOS PREPARATORIOS.....	13
1.3. INTERPRETACIONES EVOLUTIVA Y <i>PRO HOMINE</i>	16
1.4. DECLARACIONES INTERPRETATIVAS.....	21
2. INTERPRETACIÓN DADA POR LA COMISIÓN.....	24
2.1. CASO “ <i>BABY BOY</i> ”.....	25
2.2. OTROS CASOS.....	28
2.3. POSICIÓN GENERAL DE LA COMISIÓN.....	31
3. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “EN GENERAL”.....	32
3.1. CUESTIÓN PRELIMINAR.....	32
3.2. INTERPRETACIÓN CORRECTA DE LA EXPRESIÓN “EN GENERAL” DEL ARTÍCULO 4.1.....	35
4. ARTÍCULO 4.1 Y FECUNDACIÓN <i>IN VITRO</i>	40
CONCLUSIÓN.....	42

Introducción

Este escrito de *amici curiae* presentado por *Alliance Defense Fund* (ADF) y el *Center for Legal Studies at C-FAM* sostiene que la prohibición de la técnica de fecundación *in vitro* en Costa Rica, cual es el tema que motiva el Caso N°. 12.361 (Gretel Artavia Murillo y otros), no viola la Convención Americana de Derechos Humanos. Ello es así porque la acción de Costa Rica busca proteger la vida desde el momento de la concepción, objetivo que es consistente con una disposición explícita de la Convención. En efecto, según se demostrará, el artículo 4.1 declara la personalidad jurídica del no nacido y le ordena al Estado proteger la vida, en general, a partir del momento de la concepción. Esta disposición permite —no exige— ciertas excepciones a la protección de la vida del no nacido. Tales excepciones serán analizadas en este escrito, pero la fecundación *in vitro* no se encuentra cubierta por ellas. Por tanto, debe determinarse si esta técnica es en sí misma un atentado contra la vida del no nacido, materia en la cual existen posiciones contrapuestas, ambas basadas en pruebas de diversa naturaleza. Una de estas posiciones es la de la Corte Suprema de Costa Rica, que considera que la fecundación *in vitro* constituye un atentado contra la vida del no nacido. Es interesante notar que esta decisión de la Corte Suprema fue redactada por un ex Presidente de la Corte Interamericana.

La complejidad de este asunto; la mera subsidiariedad de la jurisdicción de la Corte Interamericana; la impecabilidad del sistema democrático de Costa Rica; la importancia del derecho humano inderogable que este Estado alega proteger, y el hecho de que la aplicación del principio de precaución sugiere proteger la vida en casos de duda, son motivos por los cuales la Corte Interamericana debiera conceder a Costa Rica un margen de apreciación, de modo que este Estado decida el mejor modo de proteger la vida del ser humano en desarrollo. Por tanto, la Corte debe rechazar el informe de la Comisión. Tal informe olvida referirse al artículo más relevante de la Convención Americana, y se inmiscuye en un área que se encuentra dentro de la sola competencia del Estado de Costa Rica. Asimismo, la Corte debiera también rechazar las peticiones hechas por los representantes de quienes alegan ser víctimas del caso.

En el informe no vinculante que dio inicio a este caso,¹ la Comisión Interamericana sostuvo que dicha sentencia violaba los derechos establecidos en los siguientes artículos de la Convención: 11.2 (a la vida privada y familiar), 17.2 (a fundar una familia) y 24 (igualdad ante la

¹ Gretel Artavia Murillo y Otros (Fertilización *in vitro*), Costa Rica, Informe de Fondo N° 85/10, Caso 12.361, 2010 CmIDH. En: http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/biblioteca/Documentos%20compartidos/TA-FIV/Costa%20Rica/I85-10.pdf [visitado el 08/09/11].

ley e igual protección de la ley), en relación con las obligaciones de carácter general establecidas en los artículos 1.1 y 2.² El recién referido informe de la Comisión no analizó el contenido del artículo 4.1 de la precitada Convención —que trata del derecho a la vida “a partir del momento de la concepción”—, a pesar de que la defensa de Costa Rica se basó principalmente en dicha norma. En efecto, con relación a este derecho la Comisión sólo hizo presente que “el Estado tenía un fin legítimo en términos generales consistente en proteger un bien jurídico tutelado como es la vida”.³

Por ello, el presente escrito de *amici curiae* argumenta que el Artículo 4.1 de la Convención Americana declara la personalidad jurídica del no nacido.⁴ En efecto, el Pacto de San José tiene una redacción muy particular en relación al derecho a la vida. Éste dispone:

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.⁵

Por lo anterior, este *amici curiae* interpretará el ambiguo artículo 4.1 de la Convención, teniendo en consideración distintas formas de interpretación, y haciendo presente qué es lo que ha sostenido la Comisión Interamericana en esta materia, señalando cuál es el valor de dicha interpretación. Este *amici curiae* concluirá que la Convención reconoce la personalidad del *nasciturus*, a pesar de que no proteja su vida en toda circunstancia.⁶ Después de este análisis, se refiere al caso particular de Costa Rica.

ADF es una alianza legal internacional sin fines de lucro que emplea una combinación única de estrategia, capacitación, financiamiento y litigio para proteger y preservar la libertad religiosa, la vida, el matrimonio y la familia. ADF y sus organizaciones aliadas, que incluyen más de 2.000 abogados y numerosas organizaciones de políticas públicas, han estado directa o indirectamente involucradas en más de 500 casos y cuestiones legales, incluyendo aproximadamente 15 casos ante la Corte Europea de Derechos Humanos y numerosos casos ante la Suprema Corte de los Estados Unidos. La sede principal de ADF se encuentra en

² *Ibid.*, ¶ 5.

³ *Ibid.*, ¶ 96.

⁴ Este escrito de *amici curiae* utiliza principalmente el término “no nacido,” ya que esta palabra incluye tanto a embriones como a fetos, además de ser de uso más corriente que el término *nasciturus*. Sin perjuicio de ello, este escrito también usará la palabra latina *nasciturus* como sinónimo de “no nacido”.

⁵ Art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [en adelante Convención Americana, Convención o CADH].

⁶ Las excepciones permisibles se discuten más abajo en este estudio.

Scottsdale, Arizona. ADF también tiene una oficina para América Latina, ubicada en la Ciudad de México, y ha presentado escritos de *amicus curiae* ante varias cortes latinoamericanas, incluyendo las Supremas Cortes de México y Argentina, e incluso esta misma Corte Inter-Americana de Derechos Humanos.

El *Center for Legal Studies* es un programa de C-FAM, un instituto de investigación no partidista y sin fines de lucro creado en el verano de 1997. C-FAM es una ONG dedicada a monitorear y tener efecto en los debates de políticas sociales ante las Naciones Unidas y otras instituciones internacionales, para así proteger y promover bienes tales como la dignidad de la persona humana. El personal de C-FAM ha participado en cada uno de los mayores debates de políticas sociales ante las Naciones Unidas desde 1997, incluyendo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Cairo+5 y docenas más.

AUL es una organización de interés público sin fines de lucro, dedicada a cuestiones legales y de políticas públicas, que promueve una visión en la que todos son bienvenidos a la vida y protegidos según la ley. Fundada en 1971, fue la primera organización estadounidense de este tipo a nivel nacional. El objeto de AUL es perseguido a través de vigorosos esfuerzos en el ámbito legislativo, judicial y educacional, tanto a nivel estatal, nacional e internacional. Los expertos de AUL figuran frecuentemente en diarios, revistas y estaciones de televisión a través de los Estados Unidos.

1. Interpretación del artículo 4.1 en relación con el no nacido

En muchas ocasiones la Corte Interamericana se ha referido a las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) como una guía en su interpretación del Pacto de San José.⁷ La CVDT no sólo fija los criterios según los cuales las normas deben ser interpretadas, sino que también establece un orden de preferencia entre los mismos. Algunas interpretaciones del artículo 4.1 han tenido problemas importantes que han

⁷ Este sistema ha sido utilizado desde los primeros años de la Corte (v.gr.: Opinión Consultiva de la CtIDH, *Restricciones a la Pena de Muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 24 de septiembre de 1982 (Ser. A) 3/83, párr. 48), y continúa siéndolo hasta este momento (v.gr. Opinión Consultiva de la CtIDH, *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 29 de septiembre de 2009 (Ser. A) 20/09, párr. 23). Las normas relevantes de la CVDT son los Art. 31-33.

sido el resultado de ignorar los cánones interpretativos codificados en la CVDT.⁸ Por ello, este *amici curiae* seguirá los principios establecidos en esta fuente de Derecho internacional seguida explícitamente por la Corte Interamericana. Tal fuente exige que los tratados sean interpretados “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.⁹ Además de ello, este trabajo se referirá a la posibilidad de interpretar el Pacto en un sentido evolutivo y *pro homine*.

1.1. Principal método de interpretación según la CVDT

Este *amici curiae* interpretará el texto de las normas relevantes del Pacto de San José, teniendo en consideración su contexto, objeto y fin.¹⁰ El primer paso para ello es analizar detalladamente la norma respectiva, que está compuesta por tres oraciones:

1^{ra}: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”;

2^{da}: “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”, y

3^{ra}: “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

La primera de estas oraciones declara la existencia del derecho a la vida. La segunda se refiere al derecho declarado en la oración anterior, y le impone una obligación al Estado. La tercera explicita una consecuencia del derecho establecido en la primera oración.

La segunda oración alude a la concepción, lo que obliga al intérprete a dilucidar si dicha norma busca declarar que un organismo humano tiene derechos desde tal momento.¹¹ Por ello,

⁸ SHELTON, Dinah. “Abortion and the Right to Life in the Inter-American System: The Case of ‘Baby Boy’”, *Human Rights Law Journal* 2, 1981, p. 313

⁹ Art. 31.1 CVDT.

¹⁰ La Corte afirmó originalmente que ella se acogía al “principio de la primacía del texto” (Opinión Consultiva CtIDH 3/83, cit. nota n. 7, párr. 50), pero ahora tiende a hacer hincapié en la importancia de analizar la Convención como un todo (Opinión Consultiva CtIDH 20/09, cit. nota n. 7, párrs. 23 ss.).

¹¹ Este escrito de *amici curiae* entiende las palabras “concepción” y “fecundación” como sinónimos. La generalidad de la doctrina jurídica no parece embarcarse en la tarea de definir concepción, aunque la mayoría parece identificar estos conceptos con la fertilización, v.gr.: MONROY CABRA, Marco Gerardo, “Derechos y Deberes Consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ‘Pacto de San José de Costa Rica’” en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Ed. Secretaría General Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 1980, p. 36; VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. “La Píldora del Día Después”, *Revista Chilena de Derecho*, 35, 2008, p. 544, GERBER, Rudy J. 1970. “Abortion: Two Opposing Legal Philosophies”, *The American Journal of Jurisprudence*, 15, p. 7, y MILLS, Eithne y MCCONVILL, James. “The 2002 Irish Abortion Referendum: A Question of Constitutionalism and Conscience”, *European Journal of Law Reform* 4, 2002, p. 488. En forma más reciente muchos académicos afirmaron en la primera nota al pie de los *Artículos de San José*, que la concepción o fertilización es la unión de un oocito y un espermatozoide. ARTÍCULOS DE SAN JOSÉ, http://www.sanjosearticles.com/?page_id=184&lang=es (fecha de la última visita: 22 de abril de 2012).

será la oración más importante para el análisis efectuado en este escrito. Dicha oración está interrumpida por la expresión “en general”. Sin este elemento intercalado la oración dispondría: *Este derecho estará protegido por la ley y a partir del momento de la concepción.*¹² Tal redacción, sin la expresión “en general”, fue propuesta por los tres proyectos en los que se basó la Convención Americana.¹³

Atendida la complejidad que presenta la expresión “en general”, el estudio de la segunda oración será dividido en dos etapas. En primer lugar se analizará tal oración sin la expresión “en general”, para así entender a qué se le está haciendo la referida salvedad. Después se analizará el sentido de la oración con dicha expresión.

1.1.1. Interpretación textual del artículo 4.1

El sujeto de la oración *este derecho estará protegido por la ley y a partir del momento de la concepción* es “este derecho”. La palabra “este” remite al lector al derecho referido en la primera oración, es decir, al derecho al respeto de la vida. Atendido que esta oración está construida en una voz pasiva,¹⁴ hay una acción que es ejercida sobre el sujeto “este derecho”: la “protección”. Esta segunda oración no expande ni restringe el derecho a la vida, sino que sólo establece una obligación de protección. En efecto, puede afirmarse que el derecho al respeto de la vida existiría aunque no estuviera protegido por el Estado. Las expresiones “por la ley” y “a partir del momento de la concepción” están calificando la acción de protección, buscando que el amparo otorgado al derecho a la vida tenga, al menos, tales características. Así, el Estado no puede proteger la vida de cualquier modo,¹⁵ pues está obligado a protegerla por ley. Del mismo modo, el legislador no puede elegir un momento específico de desarrollo humano para empezar a

¹² Esta disposición puede compararse con la segunda oración del artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que establece: “Este derecho estará protegido por la ley”.

¹³ Ver el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobada por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Santiago, Chile, septiembre, 1959; el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos presentado por el Gobierno de Chile a la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, Río de Janeiro, 1965, doc. 35, y el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos presentado por el Gobierno del Uruguay a la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, Río de Janeiro, 1965, doc. 49, todos ellos disponibles en GENERAL SECRETARIAT OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968 / Inter-American Yearbook on Human Rights 1968. Secretariat of the Inter-American Commission on Human Rights*, Washington D.C., 1973, pp. 236, 280 & 298, respectivamente.

¹⁴ Una redacción en voz activa sería: “La ley protegerá este derecho a partir del momento de la concepción”.

¹⁵ Por ejemplo, no puede decidir protegerla sólo a través de la vía administrativa, como sería, por ejemplo, apoyar económicamente a las madres que se encuentran en un estado de necesidad.

otorgar esta protección,¹⁶ pues está obligado a hacerlo desde el momento de la concepción (al menos, como regla general, según se verá más abajo).

El mandato de proteger la vida desde la concepción se basa en el entendido de que el derecho a la vida ya existe al momento de la concepción, pues de otro modo no habría nada que *proteger* en dicho instante.¹⁷ Además, debe recordarse que la segunda oración del artículo 4.1 obtiene de la primera oración la idea del derecho a la vida del no nacido, y esta primera oración declara que toda *persona* tiene derecho a que se respete su vida. Esto revela que la Convención no sólo declara que el niño no nacido tiene el derecho a la vida, sino que también reconoce su calidad de persona. En otras palabras, la primera oración del artículo 4.1 se refiere al derecho de toda *persona* a que se respete su vida, y la segunda a la obligación de proteger *este derecho* de la persona, en general, a partir del momento de la concepción. La restricción del concepto “persona” a un momento posterior a la concepción —ya sea antes o después de su nacimiento— sería contrario al lenguaje usado en forma clara por el artículo 4.1.

Las afirmaciones anteriores encuentran también apoyo en otras normas del Pacto de San José, el que exhibe una tendencia general en el sentido ya analizado. Por ejemplo, el artículo 1.2 establece que “[p]ara los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. Esta norma, que no tiene un equivalente en la Convención Europea de Derechos Humanos [CEDH] ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP], refuerza la personalidad del no nacido, ya que no es fácil sostener que el *nasciturus* no pertenezca a la especie humana.¹⁸

¹⁶ V.gr., veintiocho días después del parto, como en la opinión de Kuhse y Singer. KUHSE, Helga y SINGER, Peter, *Should the Baby Live? The Problem of Handicapped Infants*. Gregg Revivals, Aldershot, 1985. Estos autores sostienen que no creen que los niños recién nacidos tengan un derecho inherente a la vida (*Ibid.* p. 192), y postulan que los Estados debieran autorizar el homicidio de niños discapacitados no deseados hasta el vigesimotavo día después del parto (*Ibid.* pp. 189-197). Kuhse y Singer citan otros autores que también postularían el establecimiento de un período previo a la plena aceptación del niño (*Ibid.* p. 195).

¹⁷ Esta norma del Pacto de San José busca proteger más efectivamente al *nasciturus*. Al hacerlo, la Convención sigue la costumbre de otros tratados internacionales de derechos humanos, que se refieren explícitamente a ciertos grupos de personas cuyos derechos han sido repetidamente violados en el pasado, o cuando existe una amenaza de que sus derechos sean violados en el futuro, como sucede en el caso de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹⁸ Esta regla no busca reafirmar la inclusión de la mujer entre los individuos protegidos por el tratado, ya que la Convención no usa la palabra *hombre* para referirse a las personas, por lo que no existe posibilidad malos entendidos en tal sentido. Uno de los autores que discuten que un *nasciturus* tenga la calidad de ser humano es Philip Alston, quien también afirma que en Derecho Internacional no hay precedentes para interpretar que el feto esté incluido en términos como “niño” [child], “ser humano” o “persona humana”. Sin embargo, Alston considera que el artículo 4 de la Convención Americana buscó explícitamente considerar al no nacido como ser humano. ALSTON, Philip. “The Unborn Child and Abortion Under the Draft Convention on the Rights of the Child”, *Human Rights Quarterly* 12, 1990, p. 170. Pero ver JOSEPH, Rita, *Human Rights and the Unborn Child*. Martinus Nijhoff

Otra norma es la establecida en el artículo 4.5, que prohíbe la aplicación de la pena capital a mujeres embarazadas, pues esa regla no fue establecida en beneficio de la madre (cuyos derechos más básicos son llevados a término al aplicársele tal pena), sino que en favor del niño en desarrollo.¹⁹ Por lo demás, la Convención Americana no es el único tratado de derechos humanos que hace una declaración expresa referida al no nacido, ya que el noveno párrafo del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño también lo hace. En efecto, éste declara —citando la Declaración de los Derechos del Niño— que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.²⁰

Se ha sugerido que la incapacidad del no nacido de gozar de todos los derechos establecidos en la Convención es una muestra de su falta de personalidad.²¹ Sin embargo, existen derechos en el Pacto de San José que no pueden siquiera ser ejercitados por adultos, especialmente cuando ellos se encuentran en situaciones fuera de lo común, como sucede con personas en estado vegetal. Asimismo, hay muchos derechos que no pueden ser ejercidos plenamente por niños ya nacidos, especialmente durante sus primeros años. Además, varios derechos fueron establecidos sólo para algunas categorías de personas, como sucede con los derechos de los ciudadanos y de los menores. Por tanto, la imposibilidad de que una persona ejercite ciertos derechos declarados en un tratado de derechos humanos no le impide ejercitar los derechos restantes, ni menos le hace perder su calidad de persona.

El razonamiento previo aún no ha incluido un análisis de la frase “en general”, la que requiere ser interpretada. Su sentido literal es simplemente que la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción admite ciertas excepciones. En otras palabras, el Pacto

Publishers, Leiden, 2009 (quien cita varias fuentes de Derecho Internacional que afirmarían que el no nacido es un ser humano).

¹⁹ Ésta es similar a la establecida en el artículo 6.5 del PIDCP. En los *travaux préparatoires* de tal tratado se afirmó que: “[L]a razón principal para establecer [...] que la sentencia de muerte no debiera aplicarse a una mujer embarazada fue para salvar la vida de un niño nonato inocente”, A/3764 párr. 118, reimpresso en RAMCHARAN, B. G. (Ed.), *The Right to Life in International Law*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985, p. 53. Traducido libremente por el autor.

²⁰ Es importante notar que en algunas ediciones del Oxford English Dictionary, la primera acepción de la palabra “child” incluye al no nacido. Ver SHORTER OXFORD ENGLISH DICTIONARY, 6ª ed., Vol. I, 2007, p. 397, o también THE COMPACT EDITION OF THE OXFORD ENGLISH DICTIONARY, Vol. I, 1971, p. 396. Hay dos interpretaciones sobre si la Convención sobre los Derechos del Niño es aplicable o no al no nacido. Bruce Abramson considera que sí le es aplicable. ABRAMSON, Bruce, *Violence Against Babies: Protection of Pre- and Post-Natal Children Under the Framework of the Convention on the Rights of the Child*. Versión Revisada. World Family Policy Center, Utah, 2006, pp. 56-103 & 195-211.

²¹ MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2003, p. 75.

de San José entiende que habrá situaciones que pueden oponer obstáculos a la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción. Sin embargo, aunque estos óbices pueden impedir la protección del *nasciturus*, no lo hacen perder su calidad de persona. Esto sucede porque la expresión “en general” fue intercalada en la oración relacionada con la protección del derecho a la vida, no en la que reconoce el derecho mismo.²² La extensión de la frase “en general” no fue definida en la Convención, por lo que será analizada más adelante, después de referirnos a otras herramientas interpretativas y a la lectura que ha hecho la Comisión del artículo 4.1.

1.1.2. Otras consideraciones para una interpretación textual del artículo 4.1

La CVDT requiere que las interpretaciones textuales estén de acuerdo con el contexto, objeto y fin de un tratado (artículos 31.2 y 31.3 CVDT). Para la interpretación de la personalidad del no nacido no existen acuerdos o instrumentos, prácticas o reglas, de aquellos que según la CVDT formaría parte del contexto de un tratado.²³ Por ello, esta sección tratará especialmente con el objeto y fin del Pacto de San José, el que podría decirse que es “la creación de estándares regionales vinculantes para la protección de los derechos humanos, y el establecimiento de un sistema para supervisar su cumplimiento”.²⁴ Este objeto y fin es

²² Hay unos pocos autores que consideran que es la *vida*, no la *protección*, la que puede estar sujeta a excepciones en su comienzo a partir del momento de la concepción, *v.gr.*, PASQUALUCCI, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 341 y TANNER, Lauri R. “Interview with Judge Antônio A. Cançado Trindade, Inter-American Court of Human Rights”, *Annual Survey of International and Comparative Law* XVI, 2010, p. 177. Esta posición, junto con olvidar que la expresión “en general” se intercaló en la segunda oración (referida a la protección), no considera que los procesos biológicos —un ejemplo de los cuales es el comienzo de la vida— son comunes a todos los seres humanos. Por tanto, aunque diversos sistemas legales puedan considerar que sendos momentos constituyen el comienzo de la vida para efectos jurídicos, tales instantes debieran ser los mismos para todos aquellos que se encuentran sujetos a una misma jurisdicción. El juez Cançado Trindade ha señalado que una de las razones por las que algunos Estados no han ratificado la Convención son sus legislaciones favorables al aborto. *Ibid.*

²³ En efecto, no existen otros acuerdos o instrumentos concertados o aceptados por todas las partes con motivo de la celebración del tratado, ni acuerdos entre las partes acerca de la interpretación o aplicación de esta disposición en particular, ni otras reglas relevantes de Derecho internacional aplicables en esta materia (Cfr., Arts. 31.2 y 31.3). El Protocolo Adicional a la CADH en Materia de Derecho Económicos, Sociales y Culturales (1988) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994) contienen algunas reglas sobre la protección de la familia y de la mujer, pero no se refieren al tema del no nacido, no apuntan estrictamente a interpretar el Pacto de San José, y no establecen reglas internacionales en materia del derecho a la vida. Por ello, no pueden ser utilizadas propiamente como contexto para analizar si el no nacido debe ser considerado una persona según la Convención Americana.

²⁴ Se ha sostenido que un tratado de derechos humanos puede tener varios objetos y propósitos, y que diferentes normas pueden también tener distintos objetos y propósitos. Sin embargo, se ha afirmado que este último enfoque despojaría al objeto y propósito de mucho de su valor interpretativo. Ver Julian Arato, *Subsequent*

compatible con la interpretación previamente descrita del artículo 4.1, pues es entendible que una Convención sobre garantías básicas busque proteger la vida humana como tal, con independencia de su nivel de desarrollo.

Alguno podría argumentar que la interpretación referida —que podría restringir los abortos en forma importante, dependiendo de la lectura que se haga de la expresión “en general”— estaría en oposición con la protección de otros derechos que suelen considerarse como relacionados con el aborto, como el derecho a la privacidad y a la integridad física de la madre.²⁵ Parte de este asunto será abordado al momento de analizar la posibilidad de leer la Convención en una forma evolutiva. Sin embargo, debe tenerse presente que la extensión de estos otros derechos varía según lo que disponga el instrumento en el cual se hallan declarados. Así, a pesar de que los derechos a la privacidad y a la integridad física han sido considerados en otras jurisdicciones como relacionados con la realización de abortos, esto puede no ser así en la Convención Americana. En este sentido, el texto del Pacto de San José —sin perjuicio de la expresión “en general”— no tiene ninguna norma relacionada con el tema del aborto, lo que contrasta con la declaración explícita que hace este tratado en materia de la personalidad del no nacido. Aún más, la expresión “en general” podría ser interpretada como un reflejo de la posición de la Convención en un posible conflicto entre los derechos a la vida y otros, como el derecho a la privacidad y a la integridad física. Ello, porque dicha expresión implica que la Convención admitiría ciertas interferencias con el derecho a la vida, pero sólo en forma excepcional. En ningún caso podría una excepción borrar el sentido de la regla.

El enfoque de la Convención frente al derecho a la vida podría ser considerado como un valor guía de este sistema regional, pues refleja la especial importancia que las legislaciones nacionales conceden al no nacido en América. En efecto, varias Constituciones políticas —algunas promulgadas recién en los años 2008 y 2010— protegen la vida desde el momento de la concepción.²⁶ Asimismo, esta preocupación también puede observarse en la legislación de varios

Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences, 9 LAW & PRAC. INT'L CTS. & TRIBUNALS 443, 474 (2010) (Holanda).

²⁵ E.g., la Corte Suprema de Estados Unidos determine que la libertad para realizar abortos estaba incluida en el implícito “derecho a la privacidad” (bajo ciertos requerimientos en el tercer trimestre). *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

²⁶ Constitución de la República del Ecuador (2008), Art. 45; Constitución Política de la República Dominicana (2010), Art. 37 (esta disposición no existía en Constituciones previas de este Estado); Constitución de El Salvador (1992), Art. 1(2); Constitución Política de la República de Guatemala (1985), Art. 3 (todas las referidas constituciones protegen la vida desde el momento de la concepción, sin excepciones análogas a la frase “en general”); Constitución Nacional de la República del Paraguay (1992), Art. 4 (tiene la misma redacción que la CADH, incluyendo la frase “en general”), y la Constitución Política del Perú (1993), Art. 2 N° 1 (establece: “El

países cuyas Constituciones no hacen referencia explícita al momento de la concepción, pero que prohíben toda forma de aborto directo, como sucede en el caso de Chile, Nicaragua y Honduras.²⁷ El Salvador y la República Dominicana, cuyas constituciones protegen la vida desde el momento de la concepción, también cuentan con legislaciones que prohíben toda forma de aborto directo.²⁸ Otro caso interesante es el de la prohibición costarricense de la fecundación *in vitro* en su estado actual de desarrollo, caso que motiva este *amici curiae*.²⁹ Incluso más, no parece ser una coincidencia que, mientras todos los Estados recién nombrados son partes de la Convención, la mayoría de los Estados con leyes liberales de aborto no lo son (v. gr. Canadá, Estados Unidos, Guyana y Cuba).³⁰

Más aún, la doctrina está consciente de que el artículo 4.1 de la Convención protege al no nacido, aunque este entendimiento ha tenido unas pocas excepciones.³¹ En los primeros años de

concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”). Además de estas constituciones de Estados miembros, muchas constituciones de estados federados también reconocen la existencia de la vida desde el momento de la concepción, haciendo o no mención explícita a ciertas excepciones. Por ejemplo, la mayoría de los estados federados de México han aprobado modificaciones constitucionales que reconocerían la vida desde el momento de la concepción, v.gr.: Chihuahua, Sonora, Baja California, Morelos, Colima, Puebla, Jalisco, Durango, Nayarit, Guanajuato (la mayoría de estas modificaciones fueron aprobadas durante los años 2008 y 2009, como reacción a la liberalización del aborto en Ciudad de México). La Suprema Corte de México no rechazó estas modificaciones (*ver* Acción de Inconstitucionalidad 11/2009). Éste es también el caso de varias constituciones de provincias argentinas, como las de Córdoba, Tucumán, Tierra del Fuego y Salta. También en el caso de Argentina, al momento de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, dicho Estado hizo una declaración que señala: “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”. Además, las Constituciones de Chile y Honduras protegen explícitamente al no nacido, según ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional de Chile y por la Corte Suprema de Justicia de Honduras, las que han reconocido protección al no nacido desde el momento de la concepción.

²⁷ Ver: Código Penal (Chile) Arts. 342-345, Código Penal (Nicaragua) Arts. 143-145, y Código Penal (Honduras) Arts. 126-129. Todos estos países solían contar con excepciones a la prohibición del aborto directo. Frecuentemente Honduras no es contada entre los países que prohíben el aborto en toda situación, pero su legislación penaliza toda forma de aborto, y no se encuentran excepciones a esta prohibición ni en su Código Penal ni en el Código de Ética del Colegio Médico (Código de Ética del Colegio Médico de Honduras, COLEGIO MÉDICO DE HONDURAS, http://www.colegiomedico.hn/doc/leyes/27_reglamento_codigo_etica.pdf, (last visited Apr. 10, 2011)).

²⁸ Código Penal (El Salvador) Arts. 133-137, y Código Penal (República Dominicana) Art. 317. La legislación salvadoreña solía contemplar excepciones a la prohibición del aborto directo. Sin perjuicio de lo dispuesto en su legislación penal, la República Dominicana puede dejar impunes ciertos abortos, ver nota 149.

²⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, 15 de marzo de 2000, Sentencia: 02306, Expediente: 95-001734-0007-CO, “Considerando” IX. En: http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=XYZ¶m2=1&nValor1=1&nValor2=128218&strTipM=T&lResultado=10 [visitado el 17/07/11]. Sin embargo, esta decisión permitiría en el futuro la aplicación de esta técnica, con tal de que se reduzca la mortalidad embrionaria. Este escrito se referirá más adelante a un caso presentado a la Corte sobre este tema.

³⁰ Este último no es un miembro activo de la OEA.

³¹ V.gr. Cecilia Medina afirma que la Convención es compatible con, o incluso requiere, legislaciones liberales en materia de aborto (MEDINA, *La Convención*, cit. nota n. 21, 66 ss.). Scott Davidson tiene un enfoque menos radical, y afirma que ni la Declaración ni la Convención responden las cuestiones de si un feto es un ser humano, o de cuándo éste cesa de existir (DAVIDSON, Scott, “The Civil and Political Rights Protected in the Inter-

la Convención, Marco Monroy Cabra, quien llegaría después a ser Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, escribió: “Salta a la vista que el Pacto de San José es más avanzado [que el PIDCP] ya que protege la vida ‘desde el momento de la concepción’, lo cual puede crear dificultades para los Estados que permiten el aborto en ciertas circunstancias”.³² Monroy llega a sostener que “[e]l derecho a nacer es una manifestación particular del derecho a la vida, por lo cual la gran mayoría de Estados tipifican como delito el aborto”.³³

En nuestros días, la opinión de que la Convención protege la vida del no nacido se nota en la opinión de muchos expertos dedicados a los derechos humanos, tales como Cançado Trindade,³⁴ Rodríguez Rescia,³⁵ Joseph,³⁶ Pasqualucci,³⁷ y muchos otros.³⁸ Además de estos autores, algunas autoridades gubernamentales también han adoptado esta interpretación. Por ejemplo, el año 2008 el —entonces— presidente uruguayo Tabaré Vázquez Rosas invocó el artículo 4.1 de la Convención al vetar un proyecto de ley que buscaba introducir el aborto hasta la duodécima semana de embarazo.³⁹ Asimismo, el *Standing Senate Committee on Human Rights* de

American Human Rights System”, en *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 216).

³² MONROY, “Derechos”, cit. nota n. 11, p. 36.

³³ *Ibid.*

³⁴ En TANNER, “Interview”, cit. nota n. 22, p. 177.

³⁵ RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, *Las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Guía Modelo para su Lectura y Análisis*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2009, p. 11.

³⁶ JOSEPH, *Human Rights*, cit. nota n. 18, pp. 213 ss.

³⁷ PASQUALUCCI, “*The Practice*”, cit. nota n. 22, p. 341.

³⁸ Otros ejemplos de estos autores son: Patricia Palacios (PALACIOS ZULOAGA, Patricia, “La Aplicabilidad del Derecho a la Vida al Embrión o Feto en la Jurisprudencia Internacional”. *Anuario de Derechos Humanos* 1, 2005, p. 79); José Alfredo de Oliveira Baracho (DE OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo, “A Prática Jurídica no Domínio da Proteção Internacional dos Direitos do Homem (A Convenção Européia dos Direitos do Homem)” en *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*. Vol I, Ed. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 398); Héctor Gros (GROS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y La Convención Europea de Derechos: Análisis Comparativo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 82 & 83); Nihal Jayawickrama (JAYAWICKRAMA, Nihal, *The Judicial Application of Human Rights Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 248), Ricardo Bach de Chazal, *El Aborto en El Derecho Positivo Argentino* (2009); Ligia M. De Jesús, *Post Baby Boy v. United States developments in the Inter-American system of human rights: inconsistent application of the American Convention’s protection of the right to life from conception*. 17 L. & Bus. Rev. Am. 435 (2011), y Rodolfo Barra (BARRA, Rodolfo Carlos, *La Protección Constitucional del Derecho a la Vida*. Albeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 60, citado en CORRAL TALCIANI, Hernán, *Derecho Civil y Persona Humana: Cuestiones Debatidas*, Lexis Nexis, Santiago, 2007, p. 86). Entre aquellos que adoptan esta posición también hay autores que consideran que la Convención es compatible con una aproximación liberal al tema del aborto. Éste es el caso del canadiense William Schabas, quien considera que el artículo 4.1 no impone, en general, la obligación de prohibir el aborto, aunque podría requerir que los Estados regulen su práctica y lo prohíban en ciertos casos, como podría ser después de un cierto número de semanas de embarazo. SCHABAS, William A., “Canadian Ratification of the American Convention on Human Rights”. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 16, 1998, p. 328.

³⁹ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, Comunicación Dirigida al Señor Presidente de la Asamblea General, 14 de noviembre de 2008. En: http://www.presidencia.gub.uy/_Web/proyectos/2008/11/s511__00001.PDF (visitado el 29/01/11). La afiliación política de izquierdas del Presidente Vázquez es una expresión de que en América Latina las posiciones respecto al aborto no pueden ser presentadas en forma simplista como un debate entre derecha e izquierda. Otro ejemplo de ello es que la nueva ley

Canadá mostró su preocupación por la amenaza que el artículo 4.1 generaba para la preservación del *status quo* canadiense en materia de aborto.⁴⁰

Si el intérprete considerara que la Convención no buscó declarar y proteger el derecho a la vida desde el momento de la fecundación, la referencia que el Pacto hace a la concepción acabaría siendo inútil. Ello iría en contra del principio interpretativo básico de que las disposiciones de una norma deben ser entendidas de un modo en que tengan efecto —*ut res magis valeat quam pereat*—. Por ello, debe deducirse que el texto de la Convención, analizado a la luz de su contexto, objeto y fin, considera que el no nacido es titular del derecho a la vida, a pesar de que pueda haber ciertas excepciones a su protección, cuya extensión será analizada más adelante en este trabajo. La siguiente sección se dedicará, a pesar del principio de *in claris not fit interpretatio*, a considerar otros procedimientos interpretativos, como el recurso a los trabajos preparatorios del Pacto de San José.

1.2. Método de interpretación complementario: trabajos preparatorios

Los trabajos preparatorios son sólo un método complementario de interpretación según la CVDT.⁴¹ Ellos deben ser usados, ya sea para confirmar el sentido de un tratado, o como auxilio para interpretar aquellos cuyo texto es ambiguo u obscuro, o pueda llevar a un resultado que es manifiestamente absurdo o irracional.⁴² A pesar de ello, varias de las elucidaciones del

nicaragüense en contra del aborto fue apoyada por el Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN); que la nueva Constitución ecuatoriana que protege al no nacido fue discutida y promulgada durante el gobierno de Rafael Correa, y que las reformas constitucionales protegiendo la vida desde la concepción en los estados mexicanos fueron, en muchos casos, apoyados por miembros del Partido Revolucionario Institucional (PRI), e incluso del Partido Revolucionario Democrático (PRD). Asimismo, el hecho de que el recién referido presidente Tabaré Vázquez sea un agnóstico (LISCANO, Carlos, *Conversaciones con Tabaré Vázquez*. Colihue, Buenos Aires, 2004, pp. 33 & 34), y que Nicaragua esté entre los países hispanos de América con la menor proporción de católicos (58%, con un 16% que declara no tener religión) (GOBIERNO DE NICARAGUA. Instituto Nacional de Estadísticas y Censo, *VIII Censo de Población y IV de Vivienda, 2005: Población: Características Generales*. Gobierno de Nicaragua, S.D., 2006, p. 195), muestran que en Latinoamérica las posiciones en materia de aborto tampoco pueden ser explicadas únicamente diciendo que se deben a la posición de la Iglesia católica. Esto también es entendido en el estudio de Mala Htun, quien sostiene que la intensidad de las creencias religiosas no corresponde con el curso de las reformas en materia género y reproducción en América Latina. HTUN, Mala, *Sex and the State: Abortion, Divorce, and the Family Under Latin American Dictatorships and Democracies*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 27 (quien incluye en la noción “gender rights reform” un acceso liberal al aborto).

⁴⁰ THE SENATE, STANDING SENATE COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS, Enhancing Canada’s Role in the OAS: Canadian Adherence to the American Convention on Human Rights. S.D., 2003, p. 61. En: <http://www.parl.gc.ca/37/2/parlbus/commbus/senate/com-e/huma-e/rep-e/rep04may03-e.pdf> [visitado el 29/01/11].

⁴¹ Art. 32.

⁴² FITZMAURICE, Malgosia, “The Practical Working of the Law of Treaties”, en *International Law*. 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 201.

artículo 4.1 se han basado principalmente en los trabajos preparatorios.⁴³ Sin embargo, incluso este método complementario de interpretación apoya la idea de que el recién concebido es considerado una persona en el sistema interamericano.

Según se afirmó previamente, los tres proyectos originales de la Convención proponían la aprobación de una oración que dispusiera: “Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción”.⁴⁴ Sin embargo, al recibir estos proyectos y hacer su propuesta, la Comisión “trató de suavizar el rigor del principio consagrado en el Proyecto y por esto propuso intercalar las palabras ‘en general’”,⁴⁵ pero consideró que “por *razones de principio* era *fundamental*” mantener en esta disposición la referencia a la concepción.⁴⁶ Esta redacción rechazó la recomendación del relator, quien sugirió “dejar abierta la cuestión” de la protección del derecho a la vida —eliminando la referencia a la concepción—, para así evitar cualquier posibilidad de conflicto con el PIDCP.⁴⁷

Durante la tramitación de la Convención, la norma relevante del Pacto de San José fue entendida como reconociéndole personalidad al no nacido —con todas sus consecuencias—, y fue por ello que Brasil propuso suprimir la frase “y, en general, a partir del momento de la concepción”. Este Estado argumentó que, a pesar de que su Código Civil protegía los derechos del no nacido desde el momento de la concepción, su Código Penal permitía la práctica de abortos cuando un embarazo amenazara la vida de la madre, o cuando hubiera sido el resultado de una violación.⁴⁸ Brasil también argumentó que la expresión “en general, a partir del momento de la concepción” era vaga, por lo que no sería efectiva para evitar que los Estados legalizaran el aborto. Por ello, afirmó que esta frase debiera ser eliminada, permitiendo que los Estados

⁴³ Cfr. SHELTON, “Abortion”, cit. nota n. 8, p. 314.

⁴⁴ Ver nota 13.

⁴⁵ Estudio Comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales y los Proyectos de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en GENERAL SECRETARIAT, Anuario Interamericano, cit. nota n. 13, p. 192.

⁴⁶ *Ibid.* p. 98. El destacado es nuestro.

⁴⁷ *Ibid.* p. 192. El relator fue el brasileño Carlos Dunshee de Abranches, uno de los comisionados que votaría posteriormente en el caso “*Baby Boy*” que la Declaración no protegería el derecho a la vida desde el momento de la concepción —y que la Convención tampoco lo haría, necesariamente—. Ver Informe de la CmIDH, Fondo, Estados Unidos de América, N° 23/81, Caso 2141, 1981. En: <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm> [visitado el 23/04/12]. En adelante: *caso “Baby Boy”*.

⁴⁸ SECRETARÍA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, San José, Costa Rica, 7-22 de Noviembre de 1969. Secretariat of the Inter-American Commission on Human Rights, Washington D.C., 1973, p. 121. En <http://www.corteidh.or.cr/tablas/15388.pdf> [visitado el 30/01/11]. En el texto de los *travaux préparatoires* Brasil utilizó la palabra *estupro*. Sin embargo, el Código Penal de Brasil utiliza la palabra portuguesa *estupro* como referida a *violación*. Cfr. Código Penal (Brasil) art. 128 y el título que antecede al art. 213.

dictaran las normas sobre el aborto que estimaran adecuadas.⁴⁹ La propuesta de Brasil fue apoyada por los Estados Unidos.⁵⁰ Es importante notar que las leyes de Brasil no han cambiado mucho desde entonces, de modo que actualmente protegen la vida fuertemente.

La propuesta de Brasil fue fuertemente opuesta por Venezuela, que argumentó que las leyes internas no podían ser usadas para decidir sobre derechos civiles y políticos a nivel universal; que la Convención no podía hacer concesiones en relación con la existencia de la vida desde el momento de la concepción, y que sería inaceptable que la Convención no estableciera un principio como éste.⁵¹ Por su parte, la República Dominicana propuso copiar la disposición del derecho a la vida del PIDCP, la que no hace referencia al momento de la concepción.⁵² Ello habría tenido los mismos efectos prácticos que suprimir la disputada frase, pero según la República Dominicana, el motivo por el cual propuso suprimir esta frase fue el fortalecimiento de “conceptos universales de los derechos humanos”.⁵³ Ecuador propuso eliminar la expresión “en general”, protegiendo así la vida desde la concepción en toda circunstancia.⁵⁴

Por último, la redacción actual de la Convención fue aprobada por la mayoría de los Estados americanos.⁵⁵ El resultado del actual artículo 4.1 no es el propuesto por los proyectos originales o por Ecuador, de modo que admite excepciones a la protección del derecho a la vida —las que serán analizadas en la sección final de este trabajo—. Sin embargo, el texto vigente es el mismo que fue defendido por Venezuela como uno en el que “no puede haber concesiones” a la existencia del derecho a la vida desde el momento de la concepción.⁵⁶ Por ello, a pesar de que el artículo 4.1 utilice la expresión “en general”, los trabajos preparatorios permiten afirmar que la actual redacción de dicha norma es una solución de principios, no de concesiones entre los países americanos.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 121 & 159.

⁵⁰ El delegado de EE.UU. fue mucho más influyente en materia de incitación al odio y libertad de expresión, ya que su propuesta de modificación fue aceptada por los miembros de la OEA. Probablemente ello respondió a su advertencia de que lo contrario haría dicha norma incompatible con la garantía constitucional estadounidense de la libertad de expresión (*Ibid.* p. 444). En materia de aborto tal delegado no podría haber esgrimido argumentos basados en la Constitución de EE.UU., ya que el caso *Roe Vs. Wade* —donde se afirmó que el aborto formaba parte del derecho a la privacidad— fue decidido sólo en 1973 (Sentencia de la Corte Suprema de EE.UU., *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)).

⁵¹ SECRETARÍA GENERAL, cit. nota n. 48, pp. 159-160.

⁵² *Ibid.* p. 57.

⁵³ *Ibid.* La idea de que República Dominicana no tenía las mismas intenciones que Brasil y los Estados Unidos es apoyada por el hecho de que tal Estado no firmó la declaración interpretativa que estos últimos hicieron al momento de ver rechazada su propuesta. Debe notarse que la actual Constitución de ese país dispone que el “derecho a la vida es inviolable desde la concepción hasta la muerte” (República Dominicana Const. Art. 37 (2010)).

⁵⁴ SECRETARÍA GENERAL, cit. nota n. 48, p. 160

⁵⁵ Los trabajos preparatorios no detallan cómo votaron los delegados. *Ibid.* p. 160.

⁵⁶ *Ibid.* p. 160

1.3. Interpretaciones evolutiva y *pro homine*⁵⁷

De lo que se ha dicho hasta el momento queda claro que el texto de la Convención considera que el no nacido es persona y titular del derecho a la vida. Sin embargo, no está de más preguntarse si una interpretación evolutiva o *pro homine* podría haber cambiado esta lectura textual, tornando el derecho a la vida más restrictivo. Este análisis es especialmente relevante, ya que la Corte ha utilizado estos métodos de interpretación en considerables ocasiones.⁵⁸ Este *amici curiae* no tomará una posición en el debatido asunto de si las interpretaciones evolutivas son o no adecuadas. No obstante ello, se referirá a las principales características de este sistema de interpretación, para determinar que, incluso si se aplicara una interpretación evolutiva, la protección que el artículo 4.1 garantiza al no nacido desde el momento de la concepción permanece inalterada.⁵⁹

El concepto mismo de interpretación evolutiva se encuentra actualmente en desarrollo, por lo que sus contornos aún no son claros.⁶⁰ Sin embargo, parece haber consenso en la práctica internacional en el hecho de que, si un tratado pudiera evolucionar, podría hacerlo sólo si utiliza “conceptos evolutivos”—es decir, términos abiertos—⁶¹ al determinar el contenido de un

⁵⁷ El principio *pro homine* es una herramienta hermenéutica utilizada en varias jurisdicciones. Según éste, las normas deben ser interpretadas del modo más favorable al ser humano, con tal de que estas lecturas sean coherentes con las disposiciones que están siendo interpretadas.

⁵⁸ La Corte sostiene que las interpretaciones evolutivas son compatibles con las reglas de la CVDT. Cfr. Opinión Consultiva de la CtIDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1 de octubre de 1999 (Ser. A) 16/99, párrs. 114 & 115, y Opinión Consultiva de la CtIDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 14 de julio de 1989 (Ser. A) 10/89, párr. 37. Antes de interpretar un tratado en forma evolutiva es necesario determinar si fue redactado como un instrumento susceptible de ser interpretado de tal modo. Al hacerlo, debe examinarse la intención de las partes y el texto del tratado. ARATO, Julian, “Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences”. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 9, 2010, p. 444. Sin embargo, atendido que la Corte ya ha afirmado que el Pacto de San José permite interpretaciones evolutivas, este *amici curiae* no ahondará en dicho punto.

⁵⁹ No existe consenso en la doctrina acerca de la adecuación de las interpretaciones evolutivas. Para una opinión que justifica enfoques originalistas sobre la base de que el Derecho internacional es creado mediante acuerdos en puntos específicos, ver ORAKHELASHVILI, Alexander, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*. Oxford University Press, Oxford, 2008. Para un análisis en el contexto latinoamericano, ver : Gabriel Mora Restrepo, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces: Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales* (Marcial Pons ed., 2009).

⁶⁰ ARATO, “Subsequent”, cit. nota n. 58, p. 444, nota 5, refiriéndose a un argumento de Malgosia Fitzmaurice.

⁶¹ *Ibid.* p. 468. Arato también se refiere a un fundamento para la evolución de los tratados aún más discutido, el que se basa en el objeto y el propósito de un tratado. Él considera que una evolución basada en esta fundamentación podría ser usada sólo cuando ello es *necesario* para darle efecto al objeto y propósito. Arato afirma

derecho en particular. Tal método de interpretación puede ser usado para extender el contenido de un derecho de un modo en que no fue previsto por quienes redactaron el tratado, o para apartarse de precedentes previos. Sin embargo, una interpretación evolutiva no puede derivar de un tratado internacional un derecho que no se encontraba incluido en éste desde su creación, especialmente cuando el silencio sobre tal derecho fue deliberado.⁶² *A fortiori*, las interpretaciones evolutivas no deben contrariar las disposiciones textuales de una convención. En efecto, lo único que puede ser interpretado en forma evolutiva —y, por tanto, ser expandido a ámbitos de aplicación imprevistos— es una materia que ya ha sido implícita o explícitamente incluida en el texto de un tratado.⁶³ Es por ello que la declaración expresa que hace la Convención sobre el derecho a la vida del no nacido no puede ser interpretada en un modo que prive al embrión o feto de su personalidad.

A pesar de que el argumento previamente descrito es concluyente, debe notarse que las interpretaciones evolutivas o progresivas de los tratados de derechos humanos son usadas para extender el alcance de los derechos establecidos en instrumentos internacionales, no para reducirlos. Por ejemplo, una interpretación evolutiva de la Convención podría permitir que la Corte amplíe el listado de garantías procesales que beneficien a una persona que se encuentre bajo arresto, v.gr. incluyendo “los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado”, pero no para disminuirlos.⁶⁴ Las *regresiones* no son aceptadas por quienes favorecen las interpretaciones progresivas.⁶⁵ Esto es especialmente así cuando uno se enfrenta con el derecho a la vida, ya que, “[e]n razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo”.⁶⁶ Por ello, podría afirmarse que interpretaciones progresivas sólo podrían incrementar la protección del derecho a la vida.⁶⁷

que la “mera conveniencia” para aplicar una interpretación evolutiva sería una fundamentación insuficiente, ya que ello podría llevar no sólo a una “aplicación superflua de la interpretación evolutiva”, sino que también a “socavar seriamente la certeza en el Derecho de los tratados, ya que cualquier cosa podría considerarse como evolutiva”. *Ibid.* en 476 (las frases citadas han sido libremente traducidas por el autor). Sin embargo, incluso la evolución basada en el objeto y propósito del tratado no puede contrariar las disposiciones textuales de un tratado.

⁶² Sentencia del Tr. Eur. D.H., *Johnston and Others v. Ireland*, 1986, 112 (Ser. A) párr. 53. Las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden encontrarse en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=HUDOC-EN> [visitado el 30/01/11].

⁶³ MAHONEY, Paul, “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”. *Human Rights Law Journal* 11, 1990, p. 66.

⁶⁴ Opinión Consultiva OC-16/99, cit. nota n. 58, párr. 117.

⁶⁵ MAHONEY, “Judicial”, cit. nota n. 63, pp. 66 & 67.

⁶⁶ Sentencia de Fondo de la CíDH, *Villagrán-Morales y Otros Vs. Guatemala (Niños de la Calle)*, 19 de noviembre de 1999 (Ser. C) N° 63, párr. 144.

⁶⁷ No sólo en lo que se refiere a las condiciones de vida, como ha señalado la Corte, sino que también al núcleo de su contenido: el derecho a mantenerse en vida.

Sin perjuicio de lo anterior, teniendo en consideración lo que ha sido hecho en otros sistemas internos e internacionales, podría argumentarse que interpretar la Convención como compatible con legislaciones que permitan el aborto no es restringir el derecho a la vida, sino que potenciar otros derechos, como el de la privacidad o el de la integridad personal.⁶⁸ En efecto, algunos organismos nacionales e internacionales han afirmado que el aborto está incluido dentro del área exenta de intervención estatal creada por el derecho a la privacidad.⁶⁹ Sin embargo, esto ha sucedido en Estados en los que el estatus constitucional del no nacido no se encuentra establecido en forma tan clara como en la Convención, la que explícitamente reconoce la personalidad desde el momento de la concepción.⁷⁰ Incluso la Corte Europea de Derechos Humanos —cuyo instrumento fundamente no cuenta con una disposición similar a la de la Corte Interamericana— ha establecido que la regulación del aborto cae dentro del margen de apreciación que le corresponde a cada país y, por tanto, no se encuentra sujeta a revisión por la Corte.⁷¹ Por lo demás, según el Pacto de San José, el derecho a la vida no es un asunto privado, sino que uno por el que la legislación debe velar. Esto excluye cualquier duda que pudiera surgir en materia de la extensión del derecho a la privacidad en materia de aborto. En efecto, podría decirse que la Convención, previendo las teorías sobre los conflictos de derechos, decidió hacer por sí misma un equilibrio a favor del derecho a la vida.

⁶⁸ Establecido en Arts. 11 y 5.1 CADH.

⁶⁹ *E.g.*, la Sentencia de la Corte Suprema de EE.UU., *Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). El razonamiento de *Roe*, especialmente en lo que dice relación con el argumento basado en la privacidad ha sido criticado, incluso, por quienes apoyan el aborto. *Ver*: John Hart Ely, “The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*”, 82 *Yale L. J.* 920 (1973); Cass Sunstein, “The Fate of *Roe v. Wade* and Choice”, *Boston Globe* (Sept. 14, 2008). Incluso Ruth Bader Ginsburg, una jueza de la Corte Suprema de Estados Unidos que favorece el aborto, ha criticado los argumentos de *Roe v. Wade* basados en la privacidad. *Ver*: Ruth Bader Ginsburg, “Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*”, 63 *N.C. L. Rev.* 375, 376 (1985): (“*Roe v. Wade* generó oposición pública y críticas académicas, en parte, yo creo, porque la Corte se aventuró mucho en el cambio que ordenó, y presentó una justificación incompleta de su acción.” La traducción es del autor de este escrito).

⁷⁰ En efecto, si en estas jurisdicciones se hubiera contemplado expresamente el derecho a la vida del no nacido, la solución habría sido distinta. Por ejemplo, en el caso *Roe v. Wade* la Corte Suprema de EE.UU. afirmó que: si la decimocuarta enmienda hubiera sugerido que el feto tenía personalidad jurídica, el caso de los apelantes colapsaría, ya que el derecho a la vida del no nacido habría estado garantizado específicamente por la Constitución. *Ibid.*, p. 157. Sin embargo, la Corte también afirmó que la palabra persona, según el modo en que estaba usada en la enmienda respectiva, no habría incluido al no nacido. *Ibid.*, p. 158.

⁷¹ Sentencia del Tr. Eur. D.H., A, B & C v. Ireland, 2010, App. N° 25579/05. En Europa las naciones de Irlanda y Malta no cuentan con un sistema para procurarse un aborto, y Polonia cuenta con una legislación muy restrictiva en materia de aborto. Vale la pena notar que el artículo 40.3.3 de la constitución irlandesa establece: “El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, teniendo debidamente en consideración el igual derecho a la vida de la madre, garantiza en sus leyes respetar y, en cuanto sea practicable, defender y asegurar a través de sus leyes ese derecho” (la traducción es del autor de este escrito). También debe tenerse presente que en Irlanda, un proyecto de ley muy reciente fue rechazado por una amplia mayoría. El año pasado Hungría promulgó una nueva constitución que protege al no nacido “desde la concepción”. Rusia también ha restringido sus leyes en materia de aborto.

Además, para interpretar un tratado en forma evolutiva no basta con que algunos de sus términos sean ambiguos. Es también necesario que exista un fundamento adicional, como podría ser un cambio en las circunstancias debido a existencia de nuevos medios tecnológicos, o un consenso internacional en las obligaciones que emanan de un cierto derecho. En materia del no nacido, la primera fundamentación, podría dar pie para afirmar que los nuevos conocimientos en temas como el ADN del embrión, y la cada vez mayor reducción en los peligros asociados al embarazo, justificarían una interpretación evolutiva que potencie el derecho a la vida, haciendo más estrechas las excepciones aceptadas por la frase “en general”. De igual modo, la fundamentación sobre el consenso internacional tampoco puede ser utilizada para restringir el derecho a la vida, pues las tendencias internacionales en esta materia no son necesariamente las de América del Norte o Europa Occidental.⁷² La normativa en materia de aborto no tiene una dirección absolutamente clara entre los Estados miembros de la OEA: en algunos se ha vuelto más liberal, como en el caso del Distrito Federal de México o Colombia, o levemente más liberal, como en el caso de Brasil y Argentina,⁷³ pero otras se ha vuelto más estricta, como ha sucedido en el caso de Nicaragua, El Salvador, Chile, y de algún modo en la mayoría de los estados de México.⁷⁴ Sin embargo, estos argumentos sólo complementan los principales motivos por los

⁷² Sin embargo, incluso en los EE.UU. ha habido una tendencia a apartarse del régimen de aborto extremadamente liberal creado por las sentencias de *Roe* y *Doe*, ya que la Corte Suprema ha autorizado el establecimiento de períodos de espera y restricciones en algunos métodos de aborto tardíos. Ver Sentencia de la Corte Suprema de EE.UU., *Planned Parenthood of Southeastern Pa. Vs. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) y Sentencia de la Corte Suprema de EE.UU., *Gonzales Vs. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007). Ver la discusión en Piero Tozzi, Neydy Casillas Padrón y Sebastian Marcilese, “El Aborto en El Derecho Internacional y en la Jurisprudencia Panamericana, El Derecho No 12837 (19/9/2011).

⁷³ Ver FORD, Allison, “Mexico City Legalizes Abortion”. 2010. *Law and Business Review of the Americas* 16, pp. 119-127; Sentencia de la Corte Constitucional (Colombia), C-355/06, 10 de mayo de 2006. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm> [visitado el 07/05/2011] [en adelante *Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana*]; Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), Mar. 13, 2012, Medida Autosatisfactiva F. 259, disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/om/img/f259.pdf> (fecha de última visita: 23 de abril de 2012); y respecto a Brasil, ver: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/entenda-o-julgamento-do-supremo-sobre-aborto-de-fetos-sem-cerebro.html> (fecha de última visita: 23 de abril de 2012). Con relación al fallo argentino, ver también Bach de Chazal, Ricardo, “F., A. L?. Cuando la Injusticia es Suprema, El Derecho Diario Política Criminal (24/04/2012).

⁷⁴ En el caso de Nicaragua, la prohibición completa del aborto fue establecida recién el año 2006 mediante una ley que derogó el artículo 165 de su antiguo Código Penal. Ley N° 603, del 26 de octubre de 2006, Ley de Derogación al Artículo 165 del Código Penal Vigente, La Gaceta, Diario Oficial [L.G.], 17 de noviembre de 2006. Esta prohibición fue mantenida en el nuevo Código Penal de Nicaragua de 2007. El Código Penal de El Salvador de 1997 terminó con la excepción a la penalización del aborto contemplada en el Código Penal de 1974 (MORENO CARRASCO, Francisco y RUEDA GARCÍA, Luis, *Código Penal de El Salvador Comentado*. Vol. I, Consejo Nacional de la Judicatura, S.D., p. 531). Chile modificó el Código Terapéutico el año 1989, terminando con la autorización para abortar cuando la vida de la madre se encontrara amenazada por el embarazo (Art. 119 del Código Sanitario). Tanto la autorización de esta forma de aborto en 1931, como la reintroducción de su prohibición en 1989, fueron decididos sin un parlamento elegido popularmente. En efecto, en 1931 el Código Sanitario fue aprobado por el *Congreso Termal*, hecho a la medida durante la llamada dictadura de Carlos Ibáñez del Campo, y en el año 1989 las

cuales no sería procedente una interpretación evolutiva en contra del no nacido, que ya fueron señalados en párrafos anteriores.

Por otra parte, algo similar sucede con las argumentaciones *pro homine* o pro persona, las que nunca pueden ser usadas en contra del texto de una convención. En efecto, la misma Corte Interamericana ha señalado que “el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, *siempre que ello no implique una alteración del sistema.*”⁷⁵ Además, estos principios pueden ser usados para extender un derecho, no para restringirlo. Por ejemplo, pueden utilizarse para argumentar que el derecho a estar libre de legislación retroactiva en materia penal se aplica también a legislación administrativa sancionatoria, pero no para restringir su uso sólo a cierta normativa penal.⁷⁶

Sin perjuicio de lo anterior, alguno podría querer alegar el principio *pro homine* para afirmar que la mujer embarazada debería tener preferencia frente al no nacido. Sin embargo, el uso del principio *pro homine* es un arma de doble filo para quienes abogan por el aborto en el sistema interamericano, ya que puede afirmarse que tal principio no permite ningún tipo de abuso en contra de la *persona*, concepto que incluye al no nacido según la Convención Americana. Con ello, podría terminar prohibiéndose todo aborto. Esto puede ejemplificarse con la decisión del Tribunal Constitucional de Chile, que citando el uso del principio *pro homine* hecho por la Corte Interamericana, determinó que la píldora del día después no podría ser distribuida en consultorios públicos. El razonamiento del Tribunal se basó en que, atendida la falta de claridad existente en la comunidad científica, existiría una duda razonable sobre si la vida comienza en la fecundación o en la implantación y, por tanto, sobre si uno de los efectos de la

leyes eran aprobadas por la Junta. Asimismo, en Chile se promulgó hace pocos años una ley que protege la vida desde el momento de la concepción (Art. 1, Ley N° 20.120, “Sobre la Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma, y Prohíbe la Clonación Humana”, 22 de septiembre de 2006), y la autorización de la distribución de la llamada *píldora del día después* se hizo sólo en el entendido —según dice la ley— de que tal método no causaría un aborto (Art. 4, Ley N° 20.418, “Fija Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad”, 28 de enero de 2010). En el caso de Honduras, el Código Penal fue modificado en 1983 para permitir ciertas excepciones a la criminalización del aborto. Sin embargo, esa modificación fue derogada luego en 1985, antes de que la *vacatio legis* de tales excepciones hubiera concluido. UNITED NATIONS, *Abortion Policies: A Global Review*. Vol. II, United Nations Publications, Nueva York, 2001, p. 49. Respecto a los estados federados de México, ver la nota 45. Según se dijo más arriba, la mayoría de los estados de México han aprobado reformas constitucionales estatales que protegen al no nacido. La Suprema corte de Justicia de la Nación consideró que tales enmiendas era compatibles con la constitución federal de México. Acción de Inconstitucionalidad 11/2011.

⁷⁵ Sentencia que Declara Inadmisibilidad de la CtIDH, Asunto de Gallardo, Viviana y Otras, 13 de noviembre de 1981, (Ser. A) N° G101/81, párr. 16. Sin énfasis en el original.

⁷⁶ Algo así se hizo en Sentencia de Fondo Reparaciones y Costas de la CtIDH, Baena et. al. Vs. Panamá, 2 de febrero de 2001, (Ser. C) N° 72, párrs. 106 y 107, a pesar de que la Corte no hizo ninguna referencia explícita a una interpretación *pro homine*.

píldora del día después podría ser poner término a la vida de un ser humano. Según el Tribunal Constitucional, la aplicación del principio *pro homine* exigiría que, frente a esta duda razonable, el juzgador se inclinara en contra de una interpretación que pudiera poner término a la vida de una persona.⁷⁷ Un razonamiento similar, pero basado principalmente en el *principio precautorio*, puede verse en un fallo del año 2009 del Tribunal Constitucional de Perú.⁷⁸

1.4. Declaraciones interpretativas

Al momento de votar el artículo 4.1, Brasil y los Estados Unidos decidieron introducir una declaración, escrita originalmente en inglés, que dice lo siguiente: “Los Estados Unidos y Brasil interpretan el lenguaje del párrafo 1 del artículo 4, como manteniendo la discreción de los Estados partes en relación con el contenido de la legislación a la luz de su propio desarrollo social, experiencia y factores similares”.⁷⁹ Esta declaración busca conceder a ambos países la libertad para interpretar el derecho a la vida del modo que ellos consideren más apropiado. Atendido que ella se refiere en términos amplios al artículo 4.1, tal declaración se extendería no sólo al tema del comienzo de la personalidad, sino que también a cualquier otro asunto que se refiera al derecho a la vida, el más básico de todos los derechos.⁸⁰ La amplia redacción de esta declaración de Brasil y los Estados Unidos les permitiría considerar que, a la luz de su propio “desarrollo social”, no toda persona tiene derecho a que se respete su vida, cuestión que alcanzaría no sólo al no nacido. Los trabajos preparatorios no registran las reacciones de los demás Estados frente a esta declaración. Sin embargo, la importancia de esta manifestación es bastante limitada, ya que Estados Unidos no se ha hecho parte del Pacto, y Brasil no ratificó su

⁷⁷ Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional que Acoge Parcialmente el Requerimiento de Inconstitucionalidad, 18 de abril de 2008, Sentencia 740-07-CDS, en páginas 118, 119 y especialmente 140-142. En <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/914> [visitado el 12/08/11] (los números de página referidos son aquellos del documento en PDF disponible en el sitio web del Tribunal). Después de esta decisión, el Poder Legislativo modificó la ley para así permitir la distribución de la píldora del día después, entendiendo expresamente que este método no sería abortivo (ver nota n. 93).

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú), 16 de octubre de 2009, Exp. N°. 02005-2009-PA/TC, párrs. 48-52. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html> [visitado el 24/10/11].

⁷⁹ SECRETARÍA GENERAL, cit. nota n. 48, p. 441. Traducido libremente por el autor. La versión original dice: “The United States and Brazil interpret the language of paragraph 1 of Article 4 as preserving to State Parties discretion with respect to the content of legislation in the light of their own social development, experience and similar factors”.

⁸⁰ Se extendería a la protección de la vida por ley, al momento en el que la vida comienza y a la privación arbitraria de la vida.

declaración al momento de hacerse miembro de la Convención.⁸¹ Además, esta declaración carece de importancia para efectos interpretativos frente a los demás Estados miembros.

Casi treinta años después, México ratificó la Convención haciendo una declaración interpretativa que reza: “Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4, [México] considera que la expresión ‘en general’ [. . .] no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida ‘a partir del momento de la concepción’ ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados”. El texto de esta declaración no fija el nacimiento como límite a la libertad que este Estado reclama para “adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida”. Sin embargo, la intención de México al emitir esta declaración fue sólo afirmar que tendría libertad para legislar sobre el tema del aborto, no la de excluirse de la obligación de proteger la vida de personas ya nacidas.⁸² Podría argumentarse que esta “declaración” fue motivada por el respeto que tuvo México por la integridad de su Constitución federal, la que reserva las cuestiones penales a los estados mexicanos.⁸³

Según ya se ha afirmado, la intención del artículo 4.1 es reconocer la personalidad del no nacido desde el momento de la concepción, y de requerir a los Estados que protejan, como regla general, al *nasciturus* por ley. Por su parte, México estaría usando su declaración para mantener su autonomía para legislar en materia del no nacido, lo que podría servir como prueba de que México interpretó que la Convención prohibía de plano el aborto. Así, la declaración de México buscaría cambiar el alcance de una obligación contenida en un tratado internacional, y cuando las declaraciones interpretativas están dirigidas a hacerlo, ellas cesan de ser declaraciones, pasando a ser reservas.⁸⁴ Por lo tanto, aquella afirmación que México llama “declaración”, es en realidad

⁸¹ Brasil hizo una interpretación declarativa al momento de hacerse parte del Pacto de San José, pero ella no se refiere al artículo 4.1 de la Convención. El estatus jurídico de la antigua declaración de Brasil es un tema que va más allá del objeto de este trabajo. Sin embargo, debe tenerse presente que “[l]a reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, aceptación o aprobación, habrá de ser confirmada formalmente por el Estado autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso se considerará que la reserva ha sido hecha en la fecha de su confirmación.” Art. 23.2 CVDT.

⁸² Ningún autor parece haber afirmado que la Convención podría permitir que los Estados adopten teorías como aquellas de Kuhse y Singer, a las que este trabajo se ha referido previamente. Ver nota n. 37.

⁸³ La reserva de las materias penales a los Estados se encuentra establecida en el artículo 124 de la Const. [México]. Entonces, podría argumentarse que México no podía acceder a un tratado que restringiera la potestad de los estados de legislar en la materia, ya sea en una dirección más protectora de la vida (como lo han hecho la mayoría de los estados de México), o una menos protectora (como la hecho una jurisdicción, la del Distrito Federal).

⁸⁴ FITZMAURICE, “The Practical”, cit. nota n. 42, p. 208. Cfr. BAZÁN, Víctor, “Las Reservas a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, con Particular Énfasis en el Efecto de Aquellas Respecto de la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. 2000. *Ius et Praxis* 6, p. 191. Con relación a las reservas hechas a la Convención, ver MONTALVO, Andrés E., “Reservations to the American

una reserva, de modo que su contenido deberá ser evaluado una vez que un caso que la implique sea llevado ante la Corte.⁸⁵ Algo como esto sucedió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —otro cuerpo regional con un procedimiento institucionalizado para decidir sobre la admisibilidad de ciertas reservas—, el que tuvo que decidir acerca de la validez de una parte de las declaraciones de los dos países involucrados.⁸⁶

“[E]l propósito perseguido por la Convención constituye un verdadero límite al efecto de las reservas que se le formulen”,⁸⁷ ya que “dichas reservas deben interpretarse en el sentido que mejor se adecúe a dicho objeto y fin”.⁸⁸ Más aún, al menos según la CVDT, las reservas no pueden ser incompatibles con el objeto y fin de un tratado.⁸⁹ Por tanto, si la Corte Interamericana se ve enfrentada a la aplicación de esta “declaración”, debiera analizar su amplitud y compatibilidad con el objeto y fin de la Convención, de acuerdo con la discreción que ha o no otorgado a los Estados en casos anteriores.⁹⁰ La Corte también deberá tener en consideración que la declaración de México se refiere a lo que este mismo Estado ha llamado el “derecho más fundamental”.⁹¹ En cualquier caso, esta declaración podría tener efectos sólo

Convention on Human Rights: A New Approach”. 2001. *American University International Law Review* 16, y la obra recién citada de Víctor Bazán.

⁸⁵ El Art. 75 de la CADH establece que ella “sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969”. En relación con el artículo 20 de la CVDT (titulado “Aceptación de las reservas y objeción a las reservas”), la Corte Interamericana ha afirmado que sólo su primer párrafo es aplicable. Opinión Consultiva de la CtIDH, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75)*, 24 de septiembre de 1982 (ser. A) 2/82, párrs. 27-35.

⁸⁶ Esto sucedió en los casos *Belilos Vs. Suiza y Loizidou Vs. Turquía*. La Corte consideró que estas declaraciones eran inválidas. Sentencia del Tr. Eur. D.H., *Belilos v. Switzerland*, 132 Eur. Ct. H.R. (Ser. A) párrs. 51-60 (1988), y Sentencia del Tr. Eur. D.H., *Loizidou v. Turkey* 310 Eur. Ct. H.R. (ser. A) párrs. 15, 27, 89, 90 & 95-98 (1995).

⁸⁷ Opinión Consultiva CtIDH 3/83, cit. nota n. 7, párr. 65.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Art. 19(c) CVDT.

⁹⁰ En un caso relativo a una reserva amplia en materia de pena de muerte la Corte “ha examinado y rechazado —por una parte— la eficacia de la reserva o declaración limitativa formulada por [un Estado], considerando que por su carácter excesivamente general resulta[ba] contraria al objeto y fin de la Convención, y supedita[ba] ampliamente el desempeño jurisdiccional de la Corte a las normas nacionales y a las decisiones de órganos internos, y en este sentido contra[venía] principios del Derecho internacional”. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de la CtIDH, *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*, 21 de junio de 2002 (ser. C) N° 94, párr. 2 (se omiten las notas al pie). Algunos jueces son contrarios a las reservas en materia de derechos no derogables de la Convención (v.gr. *Cañado Trindade* se ha opuesto fuertemente a cualquier reserva en materia del derecho a la vida. Cfr., Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de la CtIDH, *Caesar Vs. Trinidad y Tobago*, 11 de marzo de 2005 (ser. C) N° 123, párr. 23). El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas [CDHNU] tiene una opinión similar en materia de reservas. CDHNU, General Comment No. 24: Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant, 11 de abril de 1994, párrs. 6-12. En: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/69c55b086f72957ec12563ed004ecf7a?Opendocument> [visitado el 10/08/11].

⁹¹ Opinión Consultiva CtIDH 16/99, cit. nota n. 7, párrs. 26.

respecto de México, no pudiendo ser usada como una herramienta de interpretación de la Convención misma.

2. Interpretación dada por la Comisión

Hasta el momento la Corte no ha expresado su posición en el tema del no nacido, pero la Comisión lo ha hecho en algunas ocasiones al decidir sobre peticiones particulares y al emitir algunas recomendaciones a los Estados. En estas últimas, la Comisión ha adoptado una posición contraria a leyes que prohíben todo tipo de aborto directo,⁹² lo que probablemente ha influido en cierta legislación interna de Estados miembros de la Convención.⁹³ Estas declaraciones no vinculantes se fijan en disposiciones tangenciales de la Convención Americana, mientras que parecen ignorar el artículo 4. En efecto, estas recomendaciones generales no entregan mayores detalles sobre cómo la Comisión ha arribado a sus conclusiones, o cuál es el rol jugado por el artículo 4.1 en las decisiones de dicho organismo. Por lo tanto, este escrito de *amici curiae* se referirá principalmente a las afirmaciones que ha hecho la Comisión en casos particulares, ya que es ahí donde ésta ha dado mayor razón de sus dichos.

⁹² V.gr., ver CmIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1 (26/02/99), Cap. XII, párrs. 49-51, en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colom99sp/indice.htm> [visitado el 30/01/11]. En CmIDH, Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 21 rev. (06/04/01), párr. 39 del Cap. XIII, en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala01sp/indice.htm> [visitado el 24/10/11], la Comisión parece evaluar negativamente la prohibición del aborto en dicho país, donde sólo se permite la terminación del embarazo en casos en que sea indispensable para salvar la vida de la madre. La posición de la CmIDH en relación al aborto también se desprende de aquellos documentos en que no hay ninguna consideración negativa sobre las restricciones a las terminaciones del embarazo, pero en los cuales esta entidad se refiere al aborto entre los derechos de la mujer, v.gr.: CmIDH, Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 69, (07/06/10), párr. 42, al afirmar que en sus visitas *in situ* se refirió al aborto como un problema muy serio para las mujeres, “no sólo desde un punto de vista de salud, sino también de sus derechos humanos a la integridad y a la privacidad”, en: <http://cidh.org/women/SaludMaterna10Sp/SaludMaterna2010.pdf> [visitado el 17/06/11].

⁹³ V.gr. CmIDH, Tercer Informe (cit. nota n. 93), fue esgrimido como argumento durante el caso seguido ante la Corte Constitucional Colombiana que puso término a la prohibición absoluta del aborto directo, considerándolo aceptable en ciertas circunstancias. En este caso, el informe de la Comisión es usado entre los argumentos del Procurador General de la Nación, quien solicitó a la Corte que mantuviera la prohibición del aborto, pero que lo permitiera en ciertos casos excepcionales (la decisión se refiere erradamente al *Comité Inter-Americano de Derechos Humanos*) (*Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana*, cit. nota n. 73, en 177 y 178. Los números de páginas citados en este escrito son aquellos del documento subido a la página web de esta Corte Constitucional). El informe es también mencionado en los salvamentos y aclaraciones de voto de los jueces Monroy y Escobar (el primero es el mismo que emitió un voto disidente en el caso *Baby Boy*, que se describirá en seguida, y el segundo es actualmente un miembro de la Comisión), Cepeda, y Tafur (*Ibid.*, pp. 562, 395 y 655, respectivamente). La decisión de mayoría en este caso puso fin a la prohibición completa que existía en Colombia hasta ese entonces. Esta decisión ha sido criticada por varios autores, v.gr.: Piero Tozzi, Neydy Casillas Padrón, y Sebastian Marcilese, “El Aborto en El Derecho Internacional y en la Jurisprudencia Panamericana, El Derecho No 12837 (19/9/2011), y Gabriel Mora Restrepo, Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces: Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales (Marcial Pons ed., 2009).

2.1. Caso “Baby Boy”

El caso “Baby Boy” se refiere a una petición presentada en contra de los Estados Unidos ante la Comisión Interamericana.⁹⁴ Tal Estado es miembro de la OEA, pero no se encuentra bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana —aunque durante el tiempo en que el caso “Baby Boy” fue analizado, dicha nación consideró la posibilidad de ratificar la Convención—. ⁹⁵ Atendido que la OEA ha puesto a la Comisión a cargo de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización” en tales asuntos, este organismo se dedicó a conocer este caso.⁹⁶ En “Baby Boy” la Comisión afirmó su competencia para aplicar la Declaración Americana como Derecho sustantivo a todos los Estados miembros de la OEA.⁹⁷

Los hechos de este caso son los siguientes: en 1973 una corte de Massachusetts halló culpable de homicidio sin premeditación a un médico que, previa solicitud de la madre, practicó el aborto “de un niño que reunía las condiciones relativas a la ‘excepción protegible’ (más de seis meses después de la concepción y/o vivo fuera del vientre) señalada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en las causas de [Roe Vs.] Wade y [Doe v.] Bolton”.⁹⁸ La Corte Suprema de Massachusetts, en un recurso judicial, anuló posteriormente tal sentencia por las siguientes causales: prueba insuficiente sobre la temeridad del doctor y sobre su creencia de que el feto era viable, prueba insuficiente de vida fuera del vientre de la madre, y error de procedimiento.⁹⁹ Los peticionarios consideraron que esta decisión violaba la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. No hubo controversia respecto de los hechos del caso.¹⁰⁰

⁹⁴ *Supra* nota 47.

⁹⁵ Ver ALSTON, cit. nota n. 18, p. 176, y caso “Baby Boy”, párr. 1.

⁹⁶ Art. 106, Carta de la OEA. Uno de los poderes de la Comisión es “formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos. OEA, Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1979), Art. 18.b.

⁹⁷ SHELTON, “Abortion”, cit. nota n. 8, p. 313. Más aún, la Corte Interamericana ha sostenido que para los Estados miembros de la OEA “la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta [de la OEA]. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.” Opinión Consultiva OC-10/89, cit. nota n. 58, párr. 45.

⁹⁸ Caso “Baby Boy”, párr. 3(d).

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*, “Considerando”, párr. 7.

Distintos asuntos sobre admisibilidad fueron discutidos en este caso, pero se ignoró el fundamental tema de si el *nasciturus* “Baby Boy”, a cuyo nombre se presentaba la petición, era una persona para efectos jurisdiccionales.¹⁰¹ “Simplemente se tomó como verdad el que una ‘persona’ había sido sujeta a una supuesta violación, dejando abierta la posibilidad de que otros casos de daño fetal o muerte fueran presentados sobre la base de este precedente jurisdiccional”.¹⁰² Esto hace pensar que “el feto es una ‘persona’ para efectos jurisdiccionales”.¹⁰³ Algo similar habría ocurrido con un caso individual seguido contra Canadá en materia de libertad de expresión de un activista pro-vida.¹⁰⁴ Más aún, en su demanda en el *caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*,¹⁰⁵ al momento de indicar quiénes son los miembros difuntos de la Comunidad, la Comisión califica a cada uno de los niños no nacidos como “persona” fallecida.¹⁰⁶ Esto podría ser interpretado no sólo como reconociendo personalidad para efectos jurisdiccionales, sino que también para efectos de ser titular de algunos derechos consagrados en la Convención.

En el *caso “Baby Boy”* la Comisión analizó la Declaración y la Convención a la luz de sus trabajos preparatorios, pero no dio mayor importancia a otros métodos de interpretación para apreciar el sentido de tales instrumentos internacionales, en particular el de la Convención. La Comisión concluyó, por cinco votos contra dos, que la decisión de la Corte Suprema de Massachusetts no violó la Declaración Americana. Entre la mayoría se encontraba el voto del relator que, sin mayor éxito, recomendó excluir de la Convención la referencia a la concepción.¹⁰⁷ La explicación más probable para esta decisión viene dada por el texto de la Declaración, que permite una interpretación más flexible del derecho a la vida que el de la Convención, pues, por

¹⁰¹ SHELTON, “Abortion”, cit. nota n. 8, p. 312.

¹⁰² *Ibid.* Traducido libremente por el autor.

¹⁰³ *Ibid.* Traducido libremente por el autor.

¹⁰⁴ En esta petición se reclamó también por la violación de los derechos de niños no nacidos y sus madres. Estas últimas reclamaciones fueron consideradas inadmisibles, pero no porque los no nacidos no fueran personas, sino porque la Comisión dijo que las peticiones no debían ser entendidas como *actio popularis*, y que, por ello, no debían presentarse *in abstracto*. Informe de la CmIDH, Admisibilidad, James Demers, Canadá, N° 85/06, Petición 225-04, 2006, párrs. 41 & 42. En <http://www.cidh.org/annualrep/2006sp/canada225.04sp.htm> [visitado el 30/01/11].

¹⁰⁵ Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, Sentencia de la CtIDH de Fondo, Reparaciones y Costas, (Ser. C.) N° 214 (24 de agosto de 2010).

¹⁰⁶ Esto lo hizo siguiendo la información entregada por los representantes de la Comunidad Indígena. Sin embargo, al hacerlo, este organismo habría secundado las solicitudes de *Xákmok Kásek* en materia del no nacido. Ver Demanda de la CmIDH ante la Corte Interamericana De Derechos Humanos, caso Comunidad indígena Xákmok Kásek del pueblo Enxet-Lengua y sus miembros (Caso 12.420) contra la República del Paraguay, 3 de julio de 2009, párr. 105. En: <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.420%20Xakmok%20Kasek%20Paraguay%203jul09%20ESP.pdf> [visitado el 30/01/11].

¹⁰⁷ Carlos Dunshee de Abranches. GENERAL SECRETARIAT, *Anuario Interamericano*, cit. nota n. 13, p. 193.

ejemplo, guarda silencio en materia de la pena de muerte.¹⁰⁸ En efecto, un borrador previo de la Declaración solía tener una referencia explícita al “derecho a la vida desde el momento de la concepción; al derecho a la vida de los incurables, imbeciles y dementes”, pero esta referencia fue suprimida, sin que los trabajos preparatorios expliquen los motivos de esta modificación.¹⁰⁹ Las dos opiniones disidentes manifestaron que la Declaración sí buscaba proteger la vida desde el momento de la concepción.¹¹⁰

La Comisión también afirmó, a modo de *obiter dicta*, que la oración “en general, a partir del momento de la concepción”, no buscaba reflejar “que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana”.¹¹¹ Este *obiter dicta* es contrario a lo que sostuvo previamente el comisionado Tom J. Farer —quien estaba entre la mayoría— al dar su testimonio sobre el Pacto de San José ante el Congreso estadounidense el año 1979, donde afirmó que “Estados Unidos debería rehusarse a aceptar la *preclusión categórica* del aborto que hace el artículo cuatro”.¹¹² De igual modo, el comisionado Andrés Aguilar no parece haber querido referirse a la Convención, ya que él emitió una opinión concurrente en la que recalcó que él alcanzaba su decisión sólo porque los Estados Unidos no debían ser juzgados a la luz de la Convención, sino

¹⁰⁸ La prohibición de la imposición de “penas crueles, infamantes o inusitadas” (Art. XXVI) no pretendía incluir la pena de muerte.

¹⁰⁹ SHELTON, “Abortion”, cit. nota n. 8, pp. 313 & 314. De modo similar, el Dr. Tinoco argumenta en su opinión disidente del caso Baby Boy: “No encuentro [. . .] ninguna explicación específica de las razones que motivaron la eliminación de la frase complementaria que contiene el Proyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre presentado por el Comité Jurídico Interamericano (Documento CB-7) y que reconoce el ‘derecho a la vida, inclusive (a) los que están por nacer, así como también (a) los incurables, dementes y débiles mentales’. Por lo que debo deducir que la razón de esa eliminación no fue otra que la que expresa el Relator señor López de Mesa en estos términos: ‘Asimismo se dispuso redactarlos (los derechos y deberes) en su mera esencia, sin enumeraciones- ejemplares o taxativas, que llevan consigo el riesgo de la difusión inútil y de la confusión peligrosa de sus límites.’ (la última oración se halla subrayado en el original) *Caso “Baby Boy”*, Voto Negativo del Dr. Luis Demetrio Tinoco Castro, tercer párrafo. La posición de la mayoría en el *caso “Baby Boy”* está en desacuerdo con esta afirmación, ya que argumenta que fue modificado para hacerlo compatible con las legislaciones internas que regulaban el aborto y la pena de muerte (*caso “Baby Boy”*, Considerando 19). Sin embargo, esta afirmación no explica por qué se eliminó también la referencia a los incurables, imbeciles y dementes. Asimismo, si los redactores de la Convención buscaban hacer la Declaración compatible con la legislación nacional que autorizaba la pena de muerte, llama la atención que hayan eliminado, justamente, la excepción explícita que el proyecto establecía en los siguientes términos: “La pena capital puede aplicarse únicamente en casos en que se haya prescrito por leyes pre-existentes por delitos de extrema gravedad” (Cfr. *Ibid.* letra (b)). En efecto, la redacción actual contiene una formulación absoluta del derecho a la vida. Esto muestra que las razones para la reformulación del artículo I de la Declaración no son tan sencillas como la Comisión las presenta, y no parecen estar claras en los trabajos preparatorios. Un lenguaje similar al del proyecto de Declaración fue propuesto por Chile al debatirse la Declaración Universal de Derechos Humanos. Mary Ann Glendon, *The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea*, 16 HARV. HUM. RTS. J. 27, 36 (2003).

¹¹⁰ Votos negativos de los comisionados Marco Gerardo Monroy Cabra y Luis Demetrio Tinoco Castro.

¹¹¹ *Caso “Baby Boy”*, “Considerando” 30.

¹¹² Citado en ALSTON, “The Unborn”, cit. nota n. 18, pp. 176-177. Traducido libremente por el autor. El destacado es nuestro.

sólo de la Declaración, la que permitiría que cada Estado regulara el tema de la protección de la vida antes del parto.¹¹³ Él también se preocupó de afirmar que “la vida del ser humano comienza en el momento mismo de la concepción y debería merecer desde este momento plena protección, tanto en el derecho interno como en el internacional”.¹¹⁴

2.2. Otros casos

Un caso más reciente relacionado al aborto es *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto contra México*.¹¹⁵ Los peticionarios de este caso fueron algunas ONG que alegaron la violación de varios artículos de ciertas convenciones internacionales. Los hechos se refieren a una menor embarazada como consecuencia de una violación. Ella, con el consentimiento de su madre, buscó abortar de acuerdo con las leyes del Estado de Baja California, pero muchos obstáculos fueron opuestos a la realización de este acto autorizado por la ley. Esto trajo como consecuencia que ella dio a luz a su hijo Isaac de Jesús.

México y Paulina Ramírez pusieron término a este caso mediante un acuerdo. Según éste, el Estado reconoció su responsabilidad por no implementar un procedimiento adecuado que permitiera a las mujeres procurarse aquellos abortos autorizados por la ley; accedió a crear e implementar estos procedimientos, y acordó pagar una compensación económica a Paulina Ramírez y a su hijo.¹¹⁶ Es importante destacar que este caso no se refiere al tema de si el aborto directo es o no aceptado o requerido por la Convención, sino que a la procedencia de oponer obstáculos a la realización de abortos ya autorizados por la ley. Por lo tanto, la Comisión no desarrolló explícitamente su doctrina sobre el estatus del no nacido.¹¹⁷

El 26 de febrero de 2010 la Comisión Interamericana emitió una medida cautelar en el caso “Amelia”, en contra de Nicaragua.¹¹⁸ Este asunto se refirió a una mujer a quien se le negó la atención médica necesaria para tratar un cáncer, en atención a que la práctica de una quimioterapia o radioterapia podrían provocar un aborto. La Comisión solicitó al Estado que

¹¹³ *Caso “Baby Boy”*, opinión concurrente del Dr. Andrés Aguilar M., párrs. 4, 5 y, particularmente, 7.

¹¹⁴ *Ibid.* párr. 8.

¹¹⁵ Informe de la CmIDH, Solución Amistosa, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, México, N° 21/07, Petición 161-02, 2007. En: <http://www.cidh.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm> [visitado el 30/01/11].

¹¹⁶ El texto del reconocimiento público de responsabilidad está anexado al Informe N° 21/07, *Ibid.*

¹¹⁷ La Comisión hace referencia a los derechos de las mujeres y a la Convención de Belém do Pará, pero no hace ninguna afirmación con relación al aborto. *Ibid.* párr. 19.

¹¹⁸ Informe de la CmIDH, Medida Cautelar, “Amelia”, Nicaragua, MC N° 43/10, 2010 CmIDH. En: <http://www.cidh.org/medidas/2010.sp.htm> [visitado el 24/10/11].

adoptara dentro de cinco días las medidas necesarias para asegurar que la interesada tuviera acceso al procedimiento médico, frente a lo cual Nicaragua informó a la Comisión que ya se habría iniciado el tratamiento requerido. Éste es un caso en el que los médicos de Nicaragua se habrían negado a practicar una intervención legal, ya que, aunque la legislación de este Estado prohíbe toda forma directa de terminación del embarazo, los abortos producidos como consecuencia de un tratamiento curativo indispensable y urgente para salvar la vida de la madre, con tal de que no estén dirigidos directamente a matar al no nacido, se hallan permitidos por la ley. Este *amici curiae* se referirá más adelante a la distinción entre los abortos directos e indirectos.

El informe más reciente de la Comisión sobre el no nacido es aquel que dio inicio a este caso, *Gretel Artavia y Otros Vs. Costa Rica*. Tal informe respondió a algunas peticiones que reclamaban en contra de la prohibición costarricense de la fecundación *in vitro*.¹¹⁹ Tal restricción fue establecida mediante un fallo de la Corte Suprema de Costa Rica, que consideró que el actual estado de desarrollo de dicha técnica implicaba la muerte de un número elevado de embriones, por lo que constituía un atentado al derecho a la vida.¹²⁰ Es interesante considerar que el juez que redactó la opinión de la Corte Suprema de Costa Rica fue Rodolfo Piza Escalante, un ex Presidente del Tribunal Interamericano, quien consideró que este fallo estaba de acuerdo con el Pacto de San José.

La Comisión interamericana decidió que tal sentencia violaba los derechos establecidos en los siguientes artículos de la Convención: 11.2 (a la vida privada y familiar), 17.2 (a fundar una familia) y 24 (igualdad ante la ley e igual protección de la ley), en relación con las obligaciones de carácter general establecidas en los artículos 1.1 y 2.¹²¹ El recién referido informe no analizó el contenido del artículo 4.1, a pesar de que la defensa de Costa Rica se basó principalmente en dicha norma. En efecto, en este punto la Comisión sólo hizo presente que “el Estado tenía un fin legítimo en términos generales consistente en proteger un bien jurídico tutelado como es la vida”.¹²²

La Comisión estudió en detalle si la prohibición de Costa Rica violaba los derechos establecidos en los artículos 11, 17 y 24. Al analizar si la restricción de los dos primeros

¹¹⁹ Informe de la CmIDH, Fondo, Gretel Artavia Murillo y Otros (Fertilización *in vitro*), Costa Rica, N° 85/10, Caso 12.361, 2010 CmIDH.

¹²⁰ Ver nota n. 29, especialmente el “Considerado” IX. La Corte Suprema también afirmó que “El embrión humano es persona desde el momento de la concepción”. *Ibid.* Considerando IX.

¹²¹ Gretel Artavia Murillo y Otros (Fertilización *in vitro*), cit. nota n. 1, párr. 5.

¹²² *Ibid.*, párr. 96.

derechos era adecuada, este organismo señaló que la prohibición de la fecundación *in vitro* cumplía con los requisitos de legalidad, fin legítimo e idoneidad, pero que “existían formas menos restrictivas para satisfacer el objetivo buscado por el Estado y acomodar los intereses en juego”.¹²³ Para decidir esto, la Comisión tuvo en consideración que Costa Rica, si bien no es la única nación del Continente en proteger al embrión, es la única que prohíbe la técnica *in vitro*.¹²⁴ Con relación al artículo 24, la Comisión afirmó que la decisión de dicho Estado: “i) impidió a las víctimas superar la situación de desventaja en la que se encontraban a través del beneficio del progreso científico, en particular, de un tratamiento médico; y ii) tuvo un impacto específico y desproporcionado frente a las mujeres.”¹²⁵ La decisión sobre este último artículo fue objeto de tres votos disidentes, incluido el del Presidente y de la Segunda Vicepresidenta de la Comisión. Este informe en contra de Costa Rica no explica en detalle la lectura que hace la Comisión Interamericana del artículo 4.1, pero demuestra que este organismo no está de acuerdo con leyes que, esgrimiendo como justificación la defensa del no nacido, prohíban la realización de acciones ampliamente aceptadas entre los Estados de América.

Después de ser notificado de este informe, el Gobierno de Costa Rica presentó un proyecto de ley que buscaba evitar la presentación de una demanda ante la Corte.¹²⁶ Esta moción permitía las fecundaciones *in vitro*, pero contenía una regulación muy particular de tal procedimiento, la que buscaba compatibilizarlo con la posición histórica de Costa Rica en materia del derecho a la vida —esta postura fue, incluso, expresada durante la redacción de la Convención, donde Costa Rica se opuso fuertemente a la pena de muerte—.¹²⁷ Sin embargo, este proyecto fue rechazado por el Congreso costarricense, por lo que la Comisión presentó este caso ante el tribunal interamericano.

¹²³ *Ibid.*, párr. 110.

¹²⁴ *Ibid.*, párr. 100. La Constitución del estado mexicano de Nayarit contiene una norma que “reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano desde el momento de la fecundación natural o artificial” (el destacado es nuestro). Estado mexicano de Nayarit, Const. Art. 7(XIII)(1)(2010). Esta referencia a la fecundación fue introducida en una reforma constitucional de 2009. Respecto al tema de un amplio consenso en una determinada materia, la Corte Europea ha señalado, al autorizar la amplia protección de la vida del no nacido en Irlanda, que “el consenso no puede ser un factor decisivo en el examen que haga la Corte”. Sentencia del Tr. Eur. D.H., A, B & C v. Ireland, 2010, App. N° 25579/05, párr. 237. Traducido libremente por el autor.

¹²⁵ Gretel Artavia Murillo y Otros (Fertilización *in vitro*), cit. nota n. 1, párr. 128.

¹²⁶ Esta información está disponible en el siguiente artículo electrónico de prensa del periódico Al Día, Estados Unidos, 22/10/10, en: <http://www.pontealdia.com/america-latina/costa-rica-presenta-ley-de-fecundacion-in-vitro-para-evitar-juicio.html> [visitado el 30/01/11].

¹²⁷ Al hacerlo, tal nación se abstuvo de votar la parte relevante del artículo correspondiente, para así manifestar su deseo de que todos los demás Estados abolieran este tipo de penas (SECRETARÍA GENERAL, cit. nota n. 48, p. 162). Costa Rica también afirmó “man[tener] inquebrantable adhesión al principio de la inviolabilidad de la vida humana” y su no aceptación de “preceptos que no tiendan a garantizar, en forma absoluta, ese sagrado principio”. *Ibid.* p. 441.

2.3. Posición General de la Comisión

La Comisión parece conceder personalidad al no nacido para efectos jurisdiccionales, como puede observarse en dos peticiones presentadas ante ella.¹²⁸ Asimismo, este organismo parece apoyar la capacidad del no nacido de ser lesionado por terceros.¹²⁹ Sin embargo, la Comisión otorgaría a los Estados un amplio margen de apreciación para determinar la protección que conceden al no nacido. Esta discrecionalidad otorgada por la Comisión tendría algunas excepciones, como se observa en recomendaciones generales, en algunos informes de país y en el caso contra Costa Rica. En efecto, la Comisión no aceptaría leyes que prohíban la realización de acciones ampliamente aceptadas entre los Estados de América, como sucede con la fertilización in vitro y los abortos en situaciones excepcionales y graves, v.gr. cuando la vida de la madre está en riesgo. Hasta el momento, la Comisión no ha explicado suficientemente en sus informes de país cuál es el fundamento por el cual ha recomendado a los Estados terminar con la prohibición total de abortos.¹³⁰

En cualquier caso, la opinión de la Comisión no es concluyente, ya que es la Corte la que tiene el mayor poder para fijar las interpretaciones definitivas de instrumentos internacionales en el sistema interamericano. Al hacerlo, dicho tribunal no puede simplemente tomar prestadas las interpretaciones de la Convención que hace la Comisión, puesto que la Corte suele considerar a la Comisión como un organismo que sólo le propone argumentos, no como una fuente independiente de interpretación de tales normas.¹³¹ En efecto, no es poco frecuente que la Corte rechace alegaciones jurídicas de la Comisión, entre las que se hallan algunas interpretaciones del Pacto de San José.¹³²

¹²⁸ Caso “Baby Boy” y James Demers, cit. nota n. 105.

¹²⁹ Según se desprende de la demanda correspondiente del caso *Xákemok*.

¹³⁰ La Comisión sólo se refiere al aborto como consecuencia de los derechos a la integridad personal y a la privacidad, pero no hace un análisis que incluya consideraciones sobre otros artículos de la Convención, particularmente sobre la referencia al concebido en el artículo referido al derecho a la vida.

¹³¹ NEUMAN, Gerald L., “Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law* 19, 2008, p. 108.

¹³² E.g. Opinión Consultiva de la CtIDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 13 de noviembre de 1985 (Ser. A) 5/85.

3. Alcance de la expresión “en general”

Este escrito de *amici curiae* ha mostrado la intención de la Convención de reconocer personalidad al ser humano desde el momento de la concepción, y de requerir al Estado que proteja por ley, como regla general, la vida del no nacido. Hasta el momento, este escrito no ha interpretado cuál es el significado de la expresión “en general”. Antes de hacerlo, debe considerarse que, cuando la Convención sostiene que excepcionalmente la vida no estará protegida por ley, no está afirmando que el Estado no tenga la obligación de proteger la vida a través de otras acciones, por ejemplo, administrativas. En efecto, el Estado debe proteger la vida siempre, en gran medida a través de acciones dirigidas a garantizar la salud de la madre embarazada.

Para dar mayor claridad a la interpretación del artículo 4.1 que se propone a continuación, ella será ilustrada mediante ejemplos referidos al aborto, ya que éste es el tema más frecuentemente referido en relación al derecho a la vida del no nacido. Sin perjuicio de ello, la interpretación que se haga del artículo 4.1 es aplicable a todo ser humano concebido, ya sea que éste se encuentre fuera o dentro del vientre materno.

3.1. Cuestión preliminar

Algunos pueden sostener que la prohibición del aborto no es necesaria para proteger la vida por ley y, en general, desde el momento de la concepción. Podría afirmarse que existen mecanismos alternativos para proteger la vida. Un asunto similar fue analizado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán al efectuar el control constitucional abstracto de dos proyectos de ley, uno en 1975 y otro en 1993.¹³³ Tal tribunal consideró que la Ley Fundamental Alemana permitía al legislador definir las circunstancias en las cuales una mujer no debía ser obligada a dar a luz, pero determinó, en 1993, que el estándar mínimo de protección requería

¹³³ Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Corte Constitucional Federal], 1975, 39 ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVerfGE] [Decisiones de la Corte Constitucional Federal (Gaceta Jurídica)] 1, y BVerfG, 1993, 88 BVerfGE 203, ambos traducidos en SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: Extractos de las Sentencias más Relevantes Compiladas por Jürgen Schwabe*, traducción: Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz. Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Berlín - México, D.F., 2009, pp. 114-121 & 121-140. En ocasiones estas sentencias utilizan en el lenguaje original las expresiones *Kind* (niño) o *ungeborenen Kindes* (niño no nacido) para referirse al no nacido.

que la interrupción del embarazo durante todo el tiempo que dure éste, fundamentalmente debe ser considerada como antijurídica, y que, por tanto, está prohibido jurídicamente (cf. BVerfGE 39, 1 [44]). Si no existiera una prohibición de este tipo, se estaría entregando la posibilidad de disponer del derecho a la vida del *nasciturus* —aunque fuera sólo por un tiempo limitado— a la decisión libre y no vinculada jurídicamente de un tercero —aun cuando se trate de la madre misma—; con ello, no se estaría garantizando la protección legal de esa vida de conformidad con los requisitos de conducta citados anteriormente.¹³⁴

La Corte Constitucional Federal Alemana consideró que el proceso de liberalizar legislaciones de aborto restrictivas —sin importar qué tan humanas puedan ser sus motivaciones—, es usualmente interpretado como una autorización para la realización de abortos.¹³⁵ Esta afirmación es digna de atención, pues la Ley Fundamental Alemana no hace referencia explícita al no nacido ni a la protección de su vida mediante la ley, temas que la Convención Americana menciona expresamente.

La posición de la Corte Constitucional Federal Alemana contraría la de aquellos que consideran que “legislaciones de aborto liberales no predicen una mayor incidencia de abortos, y del mismo modo, legislaciones de aborto altamente restrictivas no están asociadas con una baja incidencia de abortos”.¹³⁶ Sin embargo, la precisión de esta última consideración no hace menos convincente la afirmación de la Corte Constitucional Alemana, ya que, si bien es cierto que legislaciones restrictivas en materia de aborto no coincidirán necesariamente con bajas tasas de

¹³⁴ *Ibid.* pp. 128 & 129. Esta Corte también exigió al Estado tomar medidas de acción positivas que incentivarán a la madre a dar a luz a su hijo. Después de hacerlo, analizó el resto del proyecto de ley que estaba siendo analizado en abstracto, y determinó qué excepciones al derecho a la vida serían permisibles según la Ley Fundamental Alemana. Sin embargo, al contrario de lo que sería permitido en la CADH, la Corte Federal Alemana consideró como admisibles un gran rango de excepciones a la penalización del aborto. Probablemente esta decisión fue influenciada por la falta de una referencia explícita al no nacido en la Ley Fundamental Alemana.

¹³⁵ En varios casos la Corte Interamericana se ha referido al efecto disuasivo de las penas. Por ejemplo, lo hace al referirse al deber de investigar y, en caso de ser adecuado, sancionar al autor de una violación de derechos humanos.

¹³⁶ SEDGH, Gilda et al., GUTTMACHER INSTITUTE, y ÅHMAN, Elisabeth y SHAH, Iqbal H., WORLD HEALTH ORGANIZATION, “Induced Abortion: Estimated Rates and Trends Worldwide”, *Lancet* 370, 2007, p. 1343. Traducido libremente por el autor. Esta afirmación se basa en una simple comparación de las tasas de aborto entre países con y sin estas leyes. Con relación a ciertos problemas metodológicos resultantes del uso de definiciones defectuosas de “aborto”, “aborto seguro” y “aborto inseguro” en Indicadores de Salud Reproductiva para un Monitoreo Global (Reproductive Health Indicators for Global Monitoring) ver: Donna J. Harrison, “Removing the Roadblocks from Achieving MDG 5 by Improving the Data on Maternal Mortality: How Faulty Definitions of ‘Abortion,’ ‘Safe Abortion,’ and ‘Unsafe Abortion’ in Reproductive Health Indicators for Global Monitoring Lead to Miscalculating the Causes of Maternal Mortality”, International Organizations Research Group, Briefing Paper N°. 5, 1 de mayo de 2009, disponible en: http://www.c-fam.org/docLib/20090514_Removing_the_Roadblocksfinal.pdf (fecha de última visita 10 de abril de 2012).

terminaciones del embarazo, ello no significa que la prohibición del aborto no tenga efectos en la reducción de las tasas de aborto. En efecto, la evidencia apunta a que las legislaciones que restringen el aborto sí inciden en la reducción el número de terminaciones del embarazo.¹³⁷

Una normativa nacional que no prohíba explícitamente las violaciones al derecho a la vida del no nacido —sin perjuicio de las excepciones cubiertas por la expresión “en general”— parecería ser inadmisibles en el sistema interamericano. La primera razón para afirmar esto es el derecho a la igual protección, establecido en el artículo 24 de la Convención, que exigiría el uso de los mismos medios de protección para las personas nacidas y no nacidas. Asimismo, la Convención se refiere a la protección del nacido y del no nacido en la misma oración, sugiriendo que la protección de ambos tipos de individuos debiera ser otorgada en términos análogos —sin perjuicio de las excepciones cubiertas la expresión “en general”—. Además, una aproximación no prohibitiva a las violaciones al derecho a la vida estaría en contradicción con la jurisprudencia constante de la Corte en este sentido.¹³⁸ Por último, la oposición de los redactores de la

¹³⁷ En efecto, para analizar adecuadamente el efecto de leyes de aborto en la reducción del número de terminaciones del embarazo, no se puede simplemente comparar países con y sin leyes restrictivas del aborto. Las comparaciones entre países con y sin este tipo de regulaciones debe hacerse —en cuanto sea posible— en condiciones de *ceteris paribus*, es decir, manteniendo las demás variables constantes. Un estudio que no se realice en tales condiciones podría no prestar suficiente atención a otros factores con incidencia en el resultado del análisis. Por ello, para entender los efectos de las leyes de aborto restrictivas, un estudio debiera comparar países o regiones con posiciones contrarias en materia de aborto, pero con condiciones similares en otras áreas. Si una comparación es llevada a cabo en estos términos, pareciera que regiones con leyes restrictivas en materia de aborto tienen menores tasas de terminaciones de embarazos. Por ejemplo, si se distingue entre las regiones según su nivel de desarrollo socioeconómico (muy a grandes rasgos, debido a la poca información del estudio que se toma como base), resulta que aquellas regiones con legislaciones de aborto liberales parecen tener mayores tasas de abortos. Esto sucede si se compara Europa Oriental con Sudamérica, o África Central con el Sudeste Asiático (haciendo abstracción de los países desarrollados de esta última región), o, incluso, Europa Occidental con Estados Unidos y Canadá (donde los motivos según los cuales se permite el aborto no son sustancialmente distintos, pero sí lo son los plazos límite para la realización de tal acto). Ver *Ibid.* en 1342. Algo similar puede observarse en una publicación menos reciente. HENSHAW, Stanley, SINGH, Susheela & HAAS, Taylor, GUTTMACHER INSTITUTE, “The Incidence of Abortion Worldwide”. *International Family Planning Perspectives* 25, 1999, pp. S30, S31. Una explicación tentativa de la influencia del desarrollo socioeconómico en las tasas de interrupciones del embarazo sería que el problema social del aborto no puede ser enfrentado sólo a través de legislaciones restrictivas, sino que requiere también de otras medidas, como una mayor educación, y un adecuado soporte a las madres embarazadas. Estas medidas serán probablemente mejor provistas en regiones con un desarrollo sociocultural mayor.

¹³⁸ Entre otras cosas, la Corte ha sido bastante consistente en interpretar la Convención como imponiendo al Estado “el deber jurídico de ‘prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de la CtIDH, González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, 16 de noviembre de 2009 (ser. C) N° 205, párr. 236. Asimismo, ha afirmado que es sumamente importante determinar si el Estado ha permitido que el acto tenga lugar sin tomar las medidas necesarias para prevenirlo o para sancionar a los responsables. *Ibid.* Para una crítica de la obligación de sancionar a los responsables establecido por la Corte, ver BASCH, Fernando Felipe, “The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding State’s Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers”. *American University International Law Review* 23, 2007, pp. 195-229 Incluso si esta obligación de sancionar se redujera sólo a las violaciones graves de la CADH, sería difícil considerar que el extinguir una vida no se halla dentro de esta categoría.

Convención a las propuestas para suprimir la referencia a la concepción, y los términos de la discusión según los trabajos preparatorios, sugieren que los redactores de la Convención tenían en mente normas prohibitivas.¹³⁹ En vista de los motivos anteriores, este escrito de *amici curiae* considera que el mandato de proteger al no nacido *por la ley* requiere que las legislaciones internas prohíban los atentados en contra de la vida, salvo en aquellas excepciones permitidas según la expresión “en general”. Las excepciones autorizadas por este precepto serán analizadas en la sección siguiente.

3.2. Interpretación correcta de la expresión “en general” del artículo 4.1

El texto de la Convención establece que la regla general debiera ser la defensa del no nacido, y que la desprotección de la vida desde el momento de la concepción es autorizada sólo en circunstancias excepcionales.¹⁴⁰ Generalmente esta obligación requerirá que el Estado proteja, por ejemplo, a la madre de la acción de terceras personas que podrían dañar a su hijo (v.gr. si se le obliga a llevar a cabo labores pesadas mientras se encuentra embarazada). Sin embargo, el artículo 4.1 permite ciertas excepciones a este principio de la protección de la vida. La existencia de excepciones a este derecho parece filosóficamente incoherente con el espíritu de la Convención, pero no lo será, necesariamente, si tales excepciones son interpretadas a la luz de otras disposiciones del Pacto de San José.

Ni la Convención ni los trabajos preparatorios dejaron muchas pistas claras para resolver cuáles son las excepciones al derecho a la vida que podrían estar permitidas por el Pacto de San José. Sin embargo, cualquier interpretación que se haga al artículo 4.1 debe seguir el principio de *ut res magis valeat quam pereat*, es decir, debe excluir interpretaciones que tornen superflua la frase “en general, a partir del momento de la concepción”.¹⁴¹ Así, el artículo 4.1 excluye interpretaciones que priven de contenido a la generalidad de la protección desde el momento de la concepción, como sucede con la explicación de Cecilia Medina. Ella parece encontrar en la

¹³⁹ Más aún, ésta podría ser la razón que explique por qué la Convención dispone que la protección del no nacido debe hacerse “por la ley”, ya que el principio de legalidad afirma que las sanciones sólo pueden imponerse a través de este tipo de normas. Este principio se halla establecido en el artículo 9º de la Convención.

¹⁴⁰ De otro modo, la norma pertinente dispondría: “y, *excepcionalmente*, a partir del momento de la concepción”.

¹⁴¹ Este principio también es llamado del efecto útil, y dispone que “[c]uando un tratado da pie a dos interpretaciones, de las cuales una permite que el tratado surta los efectos adecuados y la otra no, la buena fe y el objeto y fin del tratado requieren que se adopte la primera interpretación.” NACIONES UNIDAS, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Vol. II, Naciones Unidas, Nueva York, 1967, p. 240.

regulación estadounidense un ejemplo paradigmático de qué es lo que la Convención habría querido consagrar.¹⁴² Esta interpretación desconoce que, según la Convención, la protección de la vida del niño no nacido debiera ser la regla general, prohibiendo la implementación del aborto libre. Asimismo, esta lectura no toma en cuenta que el mismo artículo 4.1 de la Convención establece que “[n]adie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, por lo que prohibiría el aborto a pedido.

En consecuencia, la interpretación más apropiada es aquella que se ciñe a lo dispuesto claramente en el artículo 4.1 y utiliza diversos métodos de interpretación para descifrar el sentido poco claro de la expresión “en general”.¹⁴³ Al interpretar esta expresión es de suma importancia considerar que los redactores de la Convención no quisieron aceptar la propuesta de los Estados Unidos y Brasil, cuyas legislaciones de la época aceptaban casos muy limitados de aborto.¹⁴⁴

La interpretación más convincente del artículo 4.1 considera que los redactores de la Convención no quisieron permitir las formas de aborto aceptadas en legislaciones como la brasileña y la estadounidense de aquel entonces. Por ello, afirma que la frase “en general” permite sólo excepciones al derecho a la vida del *nasciturus* que sean aceptadas en legislaciones que prohíben el aborto directo. Estos sistemas legales consideran como no sancionables aquellas terminaciones del embarazo que resulten de la aplicación del principio del doble efecto, es decir, los abortos indirectos.¹⁴⁵ Tales son los abortos producidos como el efecto previsto, pero no deseado, de intervenciones médicas indispensables y proporcionadas en el cuerpo de la madre.¹⁴⁶ Estos abortos no se producen como resultado de una acción que busque dañar directamente al no nacido. Un ejemplo de aborto indirecto puede darse en el caso de una mujer

¹⁴² MEDINA, *La Convención*, cit. nota n. 21, p. 76.

¹⁴³ Vale la pena considerar que Rita Joseph encuentra la clave para interpretar el artículo 4.1 de la Convención en los *travaux préparatoires* del PIDCP. Ella considera que la adición de la expresión “en general” no buscó ser una solución para permitir a ciertos Estados mantener sus leyes de aborto, sino para expresar que el derecho a la vida debe entenderse, “a grandes rasgos, desde el momento más temprano de existencia o, hablando en forma más práctica, desde el primer conocimiento que se tenga de la existencia del niño por parte de la madre, el doctor y/o el Estado” JOSEPH, *Human Rights*, cit. nota n. 18, p. 225. Traducido libremente por el autor.

¹⁴⁴ Según se dijo, Brasil aceptaba sólo unos pocos supuestos. En Estados Unidos el caso *Roe Vs. Wade* aún no había sido resuelto. Para una detallada lista de las limitadas normas sobre aborto vigentes en los distintos estados de este último país antes del caso *Roe*, ver Sentencia de la Corte Suprema de EE.UU., *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) nota al pie 2, pp. 118 & 119, y la nota al pie 37, p. 140 de dicha sentencia.

¹⁴⁵ En el caso de Chile, esto es descrito en MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, “El Principio del Doble Efecto y Su Relevancia en el Razonamiento Jurídico”, *Revista Chilena de Derecho* 35, 2008, pp. 510-513.

¹⁴⁶ Esta afirmación no busca ser una aplicación precisa y exhaustiva del principio del doble efecto en el tema del aborto, pues este principio contiene algunas condiciones en las que este escrito no se explaya, pero que pueden verse en *Ibid.*, pp. 502 ss. Para un debate en profundidad sobre este principio puede verse WOODWARD, P.A. (Ed.), *The Doctrine of Double Effect: Philosophers Debate a Controversial Moral Principle*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 2001.

embarazada que requiera inmediatamente de una quimio o radioterapia como el único modo de tratar un cáncer que amenace su vida, tratamiento que probablemente resultará en la muerte del no nacido. Esta situación fue la del caso “Amelia”, conocido por la Comisión Interamericana.¹⁴⁷ Algo similar podría suceder en el caso de un embarazo ectópico.¹⁴⁸

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, un sistema donde el aborto esté prohibido es también compatible con reglas penales que disminuyan, o incluso extingan, la responsabilidad criminal para quienes cometen acciones susceptibles de ser sancionadas, como sucede con la aplicación de circunstancias atenuantes. Una excepción mucho más controvertida a la protección de la vida en países donde el aborto está prohibido, es el caso de legislaciones criminales que consagran un concepto amplio del estado de necesidad. Éstas son a veces usadas por el sistema judicial para absolver a quienes se han procurado un aborto en el contexto de un embarazo que amenace la vida de la madre.¹⁴⁹ Este último sistema no admite explícitamente el aborto, pero permite que en ciertas ocasiones su realización no sea sancionada.

La interpretación de este escrito de *amici curiae* es la más convincente a la luz de las disposiciones del Pacto considerado como un todo. La primera razón por la cual esta interpretación parece más convincente, es porque tiene en consideración que la propuesta de Brasil y los Estados Unidos fue rechazada, mientras que la interpretación de la Comisión parece estar ciega frente a este hecho. En efecto, el rechazo de tal propuesta sólo puede significar que las naciones americanas no querían consentir, precisamente, en aquellas excepciones que eran autorizadas por los Estados ya referidos, que eran muy limitadas.

La interpretación de la Comisión parece considerar que la redacción actual del artículo 4.1 es un compromiso político entre países que permitían el aborto en ciertas circunstancias, y aquellas que no lo hacían.¹⁵⁰ Ella no es apropiada, ya que no presta atención al hecho de que la posición de Brasil y los Estados Unidos no fue aceptada. Más aún, la Comisión ha incluso considerado, inadecuadamente, que los Estados están *obligados* a establecer algunas excepciones al derecho a la vida. Ello olvida que la expresión “en general” habría sido establecida —a lo

¹⁴⁷ “Amelia”, cit. nota n. 118.

¹⁴⁸ Dos interpretaciones diferentes sobre qué permitiría el principio de doble efecto en estas situaciones puede verse en DEVINE, Philip E., “The Principle of Double Effect”, *The American Journal of Jurisprudence* 19, 1974, y KACZOR, Christopher, “Moral Absolutism and Ectopic Pregnancy”, *Journal of Medicine and Philosophy* 26, 2001.

¹⁴⁹ Según las Naciones Unidas, un ejemplo de ello sería República Dominicana: UNITED NATIONS, *Abortion Policies: A Global Review*. Vol I, United Nations Publications, Nueva York, 2001, p. 130. En: <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/index.htm> [visitado el 31/01/11].

¹⁵⁰ Debe recordarse que la Comisión ha aplicado la Convención sólo en casos como el de Paulina Ramírez, Fertilización in Vitro, y en documentos generales como informes de país, ya que en el caso *Baby Boy* la Comisión sólo aplicó la Declaración Americana, no la Convención.

más—, como una válvula de escape, no como un mandato. Ninguna interpretación del artículo 4.1 permitiría considerar el aborto como un derecho en el sistema interamericano.

La existencia de disposiciones similares a las de Brasil y Estados Unidos en otras naciones americanas no sirve para argumentar que tales naciones quisieran permitir esos mismos casos de aborto.¹⁵¹ En efecto, los tratados de derechos humanos suelen reflejar la intención de los Estados partes de modificar sus leyes de acuerdo con lo establecido en tales instrumentos. Esta es la razón por la que el artículo segundo de la Convención establece que los Estados deben adaptar su legislación interna a las normas del Tratado. Por ejemplo, varios representantes estatales votaron a favor de la norma que establecía la igualdad de derechos para los niños nacidos fuera y dentro del matrimonio, no obstante reconocer explícitamente que la legislación de sus países estaba en contradicción con ella.¹⁵² Debe también recordarse que los redactores decidieron mantener la referencia al momento de la concepción “por razones de principio”.¹⁵³

Otro motivo por el cual la interpretación de este escrito es la más plausible, es la distinción entre *protección* y *respeto* consagrada en la primera y segunda oraciones del artículo 4.1. El Pacto de San José establece que habrá casos en los que el derecho a la vida no será *protegido*, pero no provee excepciones al *respeto* del derecho a la vida. Esta redacción es enigmática, ya que ambos conceptos suelen ir de la mano. No es fácil entender cómo se puede respetar un derecho sin protegerlo. No obstante, este enigma se resuelve al adoptar la interpretación de este escrito. En efecto, esta lectura no le faltará el respeto al *nasciturus*, ya que no permite acciones dirigidas directamente en su contra. Sin embargo, al mismo tiempo admite situaciones en que la protección de la vida del *nasciturus* no se garantice, ya que el no nacido puede perecer cuando la madre requiera someterse a ciertos tratamientos necesarios para salvar su propia vida.

Otra razón por la que la interpretación de este escrito de *amici curiae* es la más convincente, es que está de acuerdo con el derecho a la igual protección de la ley, establecido en el artículo 24. Tal norma dispone: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Esta disposición es aplicable al no nacido, ya que, según fue probado previamente, el *nasciturus* es considerado una persona según el texto de la Convención. Así, una interpretación coherente del Tratado Americano

¹⁵¹ Lamentablemente no es posible saber si los Estados que tenían esas excepciones votaron por rechazar esta referencia al momento de la concepción. Esta falta de detalles puede observarse en: SECRETARÍA GENERAL, cit. nota n. 48, p. 160.

¹⁵² *Ibid.* pp. 227-229.

¹⁵³ GENERAL SECRETARIAT, *Anuario Interamericano*, cit. nota n. 13, p. 97.

debiera entender que el derecho a la vida del no nacido se encuentra en igualdad de condiciones con el de su madre, por lo que sólo serían permisibles aquellas excepciones que no involucren un ataque directo a su persona. Una interpretación que permita acciones destinadas a acabar directamente con la vida del no nacido, incluso si éstas se realizan después de equilibrar los intereses de la madre con los del concebido, iría en contra de lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención.¹⁵⁴ Sólo una acción que no atente directamente en contra de la vida del no nacido sería admisible como excepción a la protección de la vida según el artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

La interpretación apoyada por este escrito no es sólo más coherente con el texto e historia de la Convención, sino que también deja menos temas abiertos para una futura interpretación que la lectura de la Comisión. El principal tema que la interpretación de la Comisión deja abierta a lecturas posteriores es qué tipo de abortos serían excepcionalmente permitidos, y cómo se les determinaría. Sería posible argumentar que estos abortos son aquellos referidos por el delegado de Brasil, pero incluso esas limitadas causales de aborto darían lugar a las inconsistencias ya referidas (v.gr.: falta de respeto por la vida, inequidad, etc.). Asimismo, el establecimiento de excepciones a la protección del derecho a la vida, sin un mecanismo dirigido a abolirla gradualmente, como se hizo en la norma que trata de la pena de muerte, parece filosóficamente incoherente en el contexto de la Convención.¹⁵⁵

Otro asunto que debiera ser elucidado en caso de adoptarse la interpretación de la Comisión, es si la frase “en general” estaría destinada a otorgar una escapatoria política sólo a los Estados que ya contaban con una legislación que permitía el aborto, o si también se habría dirigido a aquellos países que no permitían el aborto en ese momento. En este último tema, atendido que los *travaux préparatoires* no dan pistas al lector, podrían usarse dos reglas interpretativas que llevarían a resultados opuestos. Si se sigue la regla de que al intérprete no le es lícito distinguir donde el legislador no ha distinguido,¹⁵⁶ esta excepción podría también ser aplicada por aquellos Estados que prohibían el aborto al momento de elaborarse la Convención. En cambio, si el lector aplica el principio de que las excepciones a una regla general deben ser

¹⁵⁴ Más aún si el *nasciturus* es abortado por ser discapacitado, ya que tal acción iría en contra de la premisa de que todos los seres humanos —sin importar su condición física o mental— tienen igual dignidad humana. Cfr. DAVIS, Alison “Right to Life of Handicapped”. *Journal of Medical Ethics* 9, 1983, p. 181.

¹⁵⁵ El Art. 4.2 *in fine* dispone: “Tampoco se extenderá su aplicación [de la pena de muerte] a delitos a los cuales no se la aplique actualmente”, y el Art. 4.3 establece que “[n]o se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.”

¹⁵⁶ Esto es, el principio *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

leídas restrictivamente —especialmente si excluyen de la aplicación de un tratado de derechos humanos—, el resultado sería el opuesto.¹⁵⁷

4. Artículo 4.1 y fecundación *in vitro*

Ha sido demostrado que la expresión “en general” busca referirse a casos que surjan en aplicación del principio de doble efecto, un principio que puede ser aplicado sólo cuando una acción tiene dos efectos —uno buscado y otro no buscado—. Atendido que la acción realizada por el cuerpo médico en el caso de la fecundación *in vitro* tiene un solo efecto (la creación de embriones para su posterior implantación), el principio de la acción de doble efecto no juega ningún rol al momento de determinar si esta técnica reproductiva se ajusta o no a la Convención. Por lo tanto, el significado de la expresión “en general” no es de utilidad para determinar si la fecundación *in vitro* se halla permitida o prohibida por la Convención Americana. Lo que debe determinarse es si la acción misma de fecundar varios óvulos *in vitro*, para luego implantarlos en el útero materno, constituye un atentado contra la vida del no nacido.

No existe un consenso en la doctrina sobre si esta técnica implica o no una amenaza al derecho a la vida del no nacido. La mayoría de los Estados considera esta técnica legal, pero como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un caso relativo al no nacido, “el consenso no puede ser un factor decisivo en el examen que haga la Corte”.¹⁵⁸ En efecto, para decidir este caso es mucho más importante que la Corte Interamericana tome en consideración la importancia del derecho inderogable que Costa Rica dice estar protegiendo,¹⁵⁹ la claridad y consistencia de su posición, y el consenso democrático que existe a nivel nacional a favor de esta medida.

En el informe final que dio origen a este caso, la Comisión Interamericana afirmó que la restricción de esta técnica en Costa Rica cumplió con los requisitos de legalidad, fin legítimo e idoneidad, teniendo reparos sólo en si las medidas implementadas por Costa Rica son o no excesivamente restrictivas, y su relación con el derecho a la no discriminación. El asunto ahora

¹⁵⁷ Cfr. SCHWABE, *Jurisprudencia*, cit. nota n. 133, p. 116 (c).

¹⁵⁸ Sentencia del Tr. Eur. D.H., A, B & C v. Ireland, 2010, App. N° 25579/05, párr. 237. Traducido libremente por el autor.

¹⁵⁹ La Corte ha afirmado que el derecho a la vida tiene un carácter esencial en la Convención, atendido que forma parte del núcleo inderogable de derechos, y que es “el presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos.” Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de la CtIDH, González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, 16 de noviembre de 2009 (ser. C) N° 205, párrs. 244-45.

es determinar si la naturaleza subsidiaria del sistema interamericano de derechos humanos debiera permitir que Costa Rica determine por sí misma qué políticas son proporcionadas en su defensa del derecho a la vida. En efecto, al momento de decidir este debatible asunto sobre la fecundación *in vitro*, la Corte deberá tener presente su naturaleza subsidiaria, la que se encuentra establecida no sólo en forma implícita en el preámbulo del Pacto de San José, sino que ha sido utilizado por la Corte como un principio rector de su actuar en varios casos.¹⁶⁰

El principio de subsidiariedad tiene dos facetas, una positiva y una negativa, es decir, impone un deber de actuar y un deber de abstenerse de actuar. La faceta positiva significa que la Corte debe ejercer su jurisdicción cuando los organismos estatales no son capaces de hacerlo. Por su parte, la faceta negativa sostiene que la Corte debe abstenerse de actuar cuando los organismos nacionales son capaces de hacerlo, cuestión relacionada con la doctrina sentada por el Tribunal Europeo del “margen de apreciación,” según el cual las autoridades estatales están, en principio, en una mejor posición para dar una opinión sobre la necesidad de una restricción.¹⁶¹ En este caso sobre la fecundación *in vitro*, los organismos nacionales han ejercido por sí mismos la potestad de determinar qué tipo de amenazas a la vida humana son o no aceptables, y cómo deben ser restringidos.

Costa Rica ha demostrado que su prohibición de la fecundación *in vitro* busca proteger la vida, que según muchos es el derecho más importante de la Convención Americana. Esta protección de la vida justifica la restricción de otros derechos. En este caso, por ejemplo, puede requerir que parejas con problemas de fertilidad deban recurrir a otros tratamientos de fertilidad, o a considerar la adopción como medio para ejercitar su derecho a *fundar una familia*.¹⁶² Al confrontar esta restricción con la importancia del derecho a la vida, el Estado consideró que ella era proporcional. Al considerar la proporcionalidad de esta acción, el Estado también tomó en consideración que esta prohibición estaba establecida eminentemente en forma temporal. En efecto, los rápidos avances de la investigación en materia de fecundación *in vitro* pueden alcanzar

¹⁶⁰ En *Ríos y otros Vs. Venezuela* la Corte ha afirmado que “[l]a jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario.” *Ríos y otros Vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct.IDH (ser. C) N° 194 (28 de enero de 2009). La Corte también utiliza este principio, aunque sin mencionarlo directamente, en *Berenson-Mejía Vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct.IDH (ser. C) N° 119 (25 de noviembre de 2004) párrs. 154 y 155. Para un estudio sobre el principio de subsidiariedad ante los tribunales internacionales en general, ver: Paolo G. Carozza, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, 97 AM. J. INT’L L. 38 (2003).

¹⁶¹ PHILIP LEACH, *TAKING A CASE TO THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS* 161-62 (2011).

¹⁶² Este derecho está establecido en el artículo 17.2, y está sujeto a que el hombre y la mujer cumplan “las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.”

un estado en que la tasa de mortalidad sea reducida a proporciones que la Corte Suprema de Costa Rica considere aceptables. Finalmente, debe recordarse que la ciudadanía costarricense rechazó recientemente la introducción de la fecundación *in vitro* en un proceso legislativo democrático, revelando que la decisión de la Corte Suprema refleja los valores nacionales.

Por tanto, la importancia fundamental del derecho a la vida que Costa Rica asegura estar protegiendo, y el acuerdo democrático existente a nivel doméstico en este punto —tanto a nivel legislativo como judicial—, hacen que este caso sea muy adecuado para la aplicación del margen de apreciación. En otras palabras, sería aconsejable que la Corte Interamericana declare que Costa Rica tiene la libertad para decidir el mejor modo de defender la vida del no nacido.

Conclusión

La Convención Americana es clara al señalar que el no nacido tiene derecho a la vida, a pesar de que éste no estará protegido siempre por ley. Más aún, el Pacto de San José llega hasta a reconocerle personalidad al no nacido. Esta conclusión es parcialmente compartida por la Comisión, a pesar de su negativa postura frente a la prohibición de acciones contra el no nacido que sean ampliamente aceptadas en América (como sucede con el caso de las fecundaciones *in vitro*).

En algunos sistemas jurídicos la controversia entre el interés del no nacido y el de la mujer embarazada ha sido entendida como un choque de derechos entre estos dos grupos. Sin embargo, en el caso del Pacto de San José esta, situación fue resuelta por el mismo Tratado mismo. Según éste, el derecho a la vida primaría sobre otros derechos o intereses que entren en conflicto con él. En efecto, “el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos.”¹⁶³ No obstante lo anterior, el texto del derecho a la vida en la Convención no es absolutamente claro, ya que acepta excepciones a la protección del derecho a la vida, pero no señala cuáles son éstas. Por ello, este *amici curiae* buscó descifrar el sentido de la norma que establece el derecho a la vida, en la parte referida al no nacido.

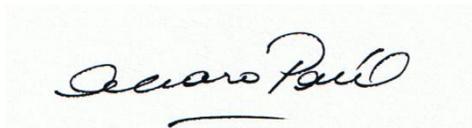
¹⁶³ Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de la CIDH, “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay, 2 de septiembre de 2004 (Ser. C) N° 112, párr. 156 (se omiten las notas al pie). Cfr. *Caso Xákmok*, párr. 186.

El texto del artículo 4.1, el análisis del Pacto de San José como un todo, y la historia de la Convención Americana, nos permiten descifrar la interpretación más convincente de la excepción establecida por la Convención al derecho a la vida del no nacido. Esta interpretación nos muestra que la interpretación más convincente es aquella que sostiene que el Pacto de San José de Costa Rica sólo autorizaría acciones que, siguiendo el principio de doble efecto, vayan indirectamente en contra de la vida del no nacido. Las razones principales para afirmar esto se desprenden del texto del artículo 4.1, del análisis del Pacto de San José como un todo, y de la historia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, el principio de doble efecto no tiene ningún rol en el proceso de fecundación *in vitro*. Por tanto, el tema en discusión es si la fecundación *in vitro* viola o no el derecho a la vida del no nacido, y quién es el llamado a tomar una decisión en un tema tan debatido como éste. En este asunto se enfrentan dos interpretaciones razonables —sin perjuicio de que esta técnica sea legal en la mayoría de los Estados—.

Una de estas dos interpretaciones razonables es la de la Corte Suprema de Costa Rica, que consideró que la fecundación *in vitro* constituye un atentado a la vida del no nacido. Esta decisión fue redactada por un ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por otra parte, el informe final de la Comisión interamericana considera que la prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica fue legal, legítima y adecuada, pero que fue muy demasiado restrictiva y —con algunas opiniones disidentes— discriminatoria. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ve enfrentada con estas dos interpretaciones. Al decidir sobre esta materia, la Corte debiera tener en consideración que el sistema interamericano de derechos humanos tiene una naturaleza subsidiaria, y que se le debe garantizar al Estado un margen de apreciación para determinar qué restricciones son proporcionales en materias que son complejas. Por ello, la Corte debe concluir que Costa Rica no violó la Convención al momento de prohibir la técnica de fertilización *in vitro*. Una decisión como ésta también está apoyada por la importancia del derecho humano que el Estado sostiene estar protegiendo, y por los valores nacionales reflejados en un proceso democrático impecable, donde esta materia fue recientemente discutida. Más aún, Costa Rica tiene el derecho a aplicar el principio precautorio, que pesa a favor de la vida en caso de dudas. En definitiva, se le debe conceder al Estado de Costa Rica un margen de apreciación para que pueda determinar el mejor modo de defender la

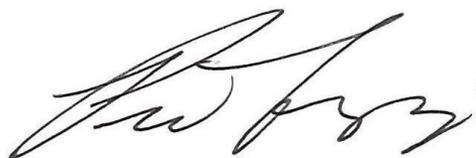
vida de un ser humano en desarrollo.

Elaborado por:



Lic. Álvaro Paúl D, Máster en Derecho (U. de Oxford)

Asesorado por:



Piero A. Tozzi, J.D.,
Alliance Defense Fund

Presentado por:



Piero A. Tozzi J.D.
Alliance Defense Fund
15100 N. 90th Street
Scottsdale, AZ 85260, USA
PTozzi@telladf.org



Stefano Gennarini, J.D., Pasante de Derecho
Center for Legal Studies at C-Fam
1100 G St. NW
Washington, DC 20005, USA
Stefano@c-fam.org



William L. Saunders J.D.
Americans United for Life
655 15th St. NW, Suite 410
Washington, DC 20005, USA
william.saunders@aul.org