

**VOTO DISIDENTE DEL JUEZ EDUARDO VIO GROSSI.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS
("FECUNDACIÓN *IN VITRO*") VS. COSTA RICA
SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)**

INTRODUCCIÓN.

Con el mayor respeto y consideración hacia la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en adelante la Corte, y, ciertamente, hacia cada uno de sus miembros, se formula el presente voto disidente¹ a la Sentencia indicada en el título, en adelante la Sentencia, en mérito del razonamiento que se expone seguidamente y que, ciertamente y como corresponde, se limita única y exclusivamente a lo señalado en la misma² y, muy particularmente, al asunto que se considera que condiciona a todos los demás en el presente caso, esto es, el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante la Convención.

Ciertamente, los comentarios incluidos en este voto disidente se han hecho considerando, no lo que el intérprete desea, sino lo que el Derecho expresa. Igualmente, se ha tenido en cuenta que a la Corte le corresponde interpretar y aplicar la Convención³ y no asumir la función que le compete a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴ ni la función normativa, la que le corresponde a los Estados, únicos habilitados para eventualmente modificar la Convención⁵ Y, final y especialmente, se ha tenido presente que de lo que se trata es precisar lo que la voluntad de los Estados expresaron en la Convención y

¹ Art. 66.2 de la Convención: "*Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual*" y Art. 24.3 del Estatuto de la Corte: "*Las decisiones, juicios y opiniones de la Corte se comunicarán en sesiones públicas y se notificarán por escrito a las partes. Además, se publicarán conjuntamente con los votos y opiniones separados de los jueces y con cualesquiera otros datos o antecedentes que la Corte considere conveniente*". Sobre particular, ver, además, *Constancia de Queja*, presentada en las Corte el 17 de agosto de 2011, con relación a parte del Voto Concurrente Conjunto emitido con ocasión de las Resoluciones "*Medidas Provisionales respecto de la República de Colombia, Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*", de 30 de junio de 2011, "*Medidas Provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos, Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México*", de 1 de julio de 2011 y "*Medidas Provisionales respecto de la República de Honduras, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*", de 5 de julio de 2011.

² Art. 65.2 Del Reglamento de la Corte: "*Todo Juez que haya participado en el examen de un caso tiene derecho a unir a la sentencia su voto concurrente o disidente que deberá ser razonado. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por la Presidencia, de modo que puedan ser conocidos por los Jueces antes de la notificación de la sentencia. Dichos votos sólo podrán referirse a lo tratado en las sentencias.*"

³ Art. 62.3 de la Convención: "*La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial*"

⁴ Art. 41, primera frase, de la Convención: "*La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos,...*"

⁵ Art.76. 1 de la Convención: "*Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención*" y Art. 39 de la Convención de Viena: "*Norma general concerniente a la enmienda de los tratados. Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa.*"

acuerdos y práctica posteriores, de suerte de poder exigirles aquello a lo que efectivamente se comprometieron⁶.

Pues bien, el señalado razonamiento concierne a dos temas principales. El primero se refiere precisamente al análisis de dicha disposición, por estimar que es su violación la que en definitiva y preferentemente se alega en autos. Y el segundo dice relación con la inflexión jurisprudencial experimentada por la Sentencia en cuanto a la interpretación de ese artículo.

I.- EL ARTÍCULO 4.1 DE LA CONVENCIÓN.

A su vez, el análisis del artículo 4.1 de la Convención plantea tres aspectos. El primero es atinente a la perspectiva con que la Sentencia aborda el presente caso. El segundo concierne a la interpretación del mismo. Y el tercero alude a la jurisprudencia de la Corte sobre el particular.

A.- Perspectiva con que aborda el caso.

Es indudable que la perspectiva desde la que la Sentencia aborda el caso influye en la conclusión a la que arriba. De allí que sea necesario, como primer asunto, aludir a ella.

Al respecto, la Sentencia señala que procede, como primer asunto de fondo, *"a determinar el alcance de los derechos a la integridad personal y a la vida privada y familiar, en lo relevante para resolver la controversia"*⁷.

Y posteriormente indica que

*"el objeto del presente caso se centra en establecer si la sentencia de la Sala Constitucional generó una restricción desproporcionada de los derechos de las presuntas víctimas"*⁸.

La Sentencia se está, evidentemente, refiriendo a la Resolución del 15 de marzo de 2000 de la Sala Constitucional de su Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, en adelante la Resolución, por la que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, del 3 de febrero de 1995, que reglamentaba la Fecundación in Vitro, por infracción al artículo 4.1 de aquella (*"Derecho a la Vida"*).

Sobre el particular, la Sentencia expresa que *"al comprobarse que existió una injerencia tanto por el efecto prohibitivo que en general causó la sentencia de la Sala Constitucional, así como el impacto que lo anterior produjo en las presuntas víctimas en el presente caso, la Corte considera necesario entrar a analizar si dicha injerencia o restricción se encuentra justificada"* y por eso *"estima pertinente analizar en detalle el argumento principal desarrollado por la Sala Constitucional: que la Convención obliga a efectuar una protección absoluta del "derecho a la vida" del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones"*, añadiendo posteriormente que, *"analizará si la interpretación de la*

⁶ Art.2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en adelante la Conv. de Viena: *"Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular; "*

⁷ Párr. 141 de la Sentencia. En adelante, cuando se exprese "Párr. o Párrs." Se entenderá que el párrafo o párrafos citados son de la Sentencia.

⁸ Párr. 171.

Convención que sustentó las injerencias ocurridas es admisible teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional pertinentes”⁹.

Ahora bien, es cierto que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la Comisión, y los representantes de las víctimas, en adelante los Representantes, plantearon que la mencionada resolución violó los artículos 11.2 (*“Respeto de la Honra y de la Dignidad”*), 17.2 (*“Protección a la Familia”*) y 24 (*“Igualdad ante la Ley”*), en relación con los artículos 1.1 (*“Obligación de Respetar los Derechos”*) y 2 (*“Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”*), todos de la Convención. Pero, es igualmente verdad que uno de los representante invocó, además, los artículos 4. 1 (*Derecho a la vida*), 5.1 (*“Derecho a la Integridad Personal”*) y 7 (*“Derecho a la Libertad Personal”*)¹⁰ y que la citada Resolución expresamente se sustenta en el citado artículo 4.1.

Por tal razón, el asunto de autos no consiste como lo plantea la Sentencia, sino a la inversa.

Efectivamente, considerando las normas consuetudinarias aplicables¹¹, en el presente caso se trata de determinar, a la luz de lo previsto en la Convención¹², si la citada Resolución¹³ es internacionalmente lícita o, por el contrario ilícita¹⁴, lo que implica contrastar, antes que nada, dicho acto estatal con la obligación internacional por él mismo aducida como su justificación, es decir, el citado artículo 4.1, y solo una vez dilucidada esta cuestión se podría abordar la conformidad de la misma con lo contemplado en los señalados artículos 5.1, 11.2, 17.2 y 24.

De manera, entonces, que resultaba más lo lógico que la Sentencia en comento hubiese entendido y tratado el presente caso fundamentalmente como una posible violación del señalado artículo 4.1 y no como lo hace.

Al proceder como ha hecho, la Sentencia no solo sigue la lógica procesal y argumental que legítimamente plantearon la Comisión y los Representantes, muy

⁹ Párr. 162.

¹⁰ Párr. 7.

¹¹ Recogidas en el Proyecto preparado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, acogido por Resolución aprobada por la Asamblea General [*sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)*] 56/83. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 85ª sesión plenaria, 12 de diciembre de 2001, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 y correcciones (A/56/10 y Corr.1 y 2). 2 Ibid., en adelante Proyecto de Responsabilidad Internacional del Estado.

¹² Art. 62.3 de la Convención, ya citado.

¹³ Art. 4 del Proyecto de Responsabilidad Internacional del Estado: *“Comportamiento de los órganos del Estado. 1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.”*

¹⁴ Arts. de Proyecto sobre Responsabilidad Internacional del Estado: 1: *“Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos. Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”; 2: “Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado; 3: “Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito. La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.”*

acorde a sus respectivos intereses y roles procesales, por lo demás, sino que de esa forma en definitiva y en la práctica minimiza o subordina todo lo referente al "derecho a la vida" ante los otros mencionados derechos. En tal perspectiva de análisis del caso por la que se opta en la Sentencia, tiene un efecto práctico muy relevante, puesto que conduce, en última instancia, a privilegiar esos derechos por sobre el "derecho a la vida".

B.- Interpretación del artículo 4.1.

Como se ha afirmado y al contrario del derrotero que sigue la Sentencia, el principal asunto planteado en esta causa dice relación con determinar si el Estado, al dictar la citada Resolución, incurrió en responsabilidad internacional por violar¹⁵, de esa forma, el artículo 4.1 de la Convención, que expresa:

"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."

Y dado que se trata de la interpretación de una norma convencional, esto es, de desentrañar la voluntad de los Estados Partes de la Convención expresada en ella, ello se debe hacer conforme lo dispone la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en adelante la Convención de Viena, que contiene tanto las normas convencionales como las consuetudinarias en la materia. En atención a la importancia que éstas tienen en la presente causa, se ha estimado menester reproducirlas.

El artículo 31 de dicha Convención dispone:

"Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes."

Por su parte, el artículo 32 de la misma Convención estatuye:

"Medios de interpretación complementarios.

¹⁵ Art. 12 del Proyecto de Responsabilidad Internacional del Estado: *"Existencia de violación de una obligación internacional. Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación."*

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.”

Pues bien, para poder acometer la interpretación del mencionado artículo 4.1, parece menester referirse a los aspectos básicos que plantea en este caso, esto es, el Titular del derecho; la protección de ese derecho y la privación arbitraria del mismo.

1.- Titular del derecho.

Visto el artículo 31.1 de la Convención de Viena, es evidente que el derecho que consagra el antes citado artículo 4.1 consiste en que *“se respete ... (la) vida”* de su titular. Ese es el *“objeto y fin”* de dicha norma, lo que significa que ella fue establecida para que realmente alcanzara lo por ella perseguida y no para que quedara sin contenido.

La disposición da por supuesto que, en consecuencia, que el titular del derecho consistente cuya vida debe respetarse, preexiste en tanto tal.

Asimismo, es claro que dicha norma establece que el titular de ese derecho es *“toda persona”*, vale decir, ese artículo no hace distinción alguna entre los titulares del aludido derecho. Ello se condice plenamente, por lo demás, con lo previsto previamente en la Convención en orden a que los derechos que los Estados partes de la Convención se comprometen a respetar y garantizar se refieren

“a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos” de *“cualquier... índole”*¹⁶.

Y en mérito de la regla del *“sentido especial”* de la interpretación de los tratados, contenida en el artículo 31.4 de la Convención de Viena, para la interpretación del término *“persona”* hay que atenerse a lo previsto en el artículo 1.2 de la Convención que prescribe:

“Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

Como conclusión y aunque parezca obvio, se puede afirmar que el artículo 4.1 de la Convención constata o consagra el derecho *“toda persona”* o *“ser humano”*, sin distinción alguna y que, además, ya existe, a que se le respete *“su”* vida. Es decir, toda la citada disposición, todas sus frases, así como, por lo demás, toda la Convención, conciernen solamente a la *“persona”* o *“ser humano”*, esto es, exclusivamente a sus derechos y no a otros intereses o entidades.

¹⁶ Art.1.1 de la Convención: *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”*

2.- Protección legal del derecho.

El aludido artículo 4.1 dispone, en su segunda frase y luego de un punto seguido, que *"este derecho (vale decir, el de "toda persona... a que se respete su vida") estará protegido por la ley"*. Esta frase conlleva a interpretar tres expresiones. Una, lo que se entiende por *"ley"*, otra, lo que significa *"y en general"* y la tercera relativa al término *"concepción"*.

a.- *"Ley"*.

Al indicar que prescribir que el citado derecho *"estará protegido por ley"*, la Convención le impone al Estado la obligación de dictar las normas jurídicas con tal propósito, obligación que igualmente está contemplada, en términos más generales y amplios en el ya citado artículo 2 de la Convención¹⁷.

Po cierto, se debe entender que el término *"ley"* lo emplea en su sentido lato, vale decir, como norma jurídica, sea constitucional, legal o reglamentaria, dictada por el órgano competente del Estado que, en términos generales y obligatorios, regula una conducta o actividad de todos sus habitantes¹⁸.

También habría que tener presente que la circunstancia de que el citado artículo 4.1 disponga que el derecho de *"toda persona... a que se respete su vida"* debe estar *"protegido por la ley"*, no importa que la conformidad o disconformidad de esta última con el Derecho Internacional y, en particular, con la Convención, es decir, su licitud o ilicitud internacional, no pueda ser determinada por la Corte.

En tanto comentario relativo específicamente al caso de autos, cabe destacar que el artículo 21 de la Constitución Política del Estado, de 1949, ya establecía que *"la vida humana es inviolable"* y que la Resolución que motiva esta causa expresamente concluye que *"el reglamento cuestionado (Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud) es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"*¹⁹, de manera que podría entenderse que de esa forma el Estado estaba dando cumplimiento a lo mandado por el señalado artículo 4.1 de proteger por ley el derecho de *"toda persona ... a que se respete su vida"*.

b.- *"Y, en general"*.

Con relación al sentido y alcance de las palabras *"y, en general"* que utiliza el mencionado artículo 4.1, habría que tener presente, por de pronto, que la Convención no le da a dicho término un *"sentido especial"*, por lo que habría que recurrir al *"sentido corriente de los"* de los mismos²⁰.

¹⁷ Art.2 de la Convención: *"Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."*

¹⁸ La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

¹⁹ Párr.76.

²⁰ Art.31.1 de la Conv. de Viena.

Entre las acepciones que comprende el sentido corriente de la palabra "*general*", que son las mismas en el época de la suscripción de la Convención y aún hoy, se hayan las de "*común, frecuente, usual*" y "*común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente*" y entre los significados de los términos "*en general*" están los de "*en común, generalmente*" y "*sin especificar ni individualizar cosa alguna*."

Para mejor comprensión de esos términos, tal vez puede ser útil evocar sus antónimos, tal como se entendían a la época de la Convención²¹ y se entienden en la actualidad, es decir, los términos "*particular*", que significa "*propio y privativo de algo, o que le pertenece con singularidad*", "*especial, extraordinario, o pocas veces visto en su línea*", "*singular o individual, como contrapuesto a universal o general*"; "*singular*", cuyas acepciones son "*solo* (único en su especie)", "*extraordinario, raro o excelente*"; e "*inusual*", que implica "*no usual, infrecuente*".

Asimismo, teniendo presente la regla del "*contexto de*" los términos²², habría que agregar que, dado que las expresiones "*y, en general*" que emplea la disposición que se comenta, se vinculan a la obligación de "*proteger por ley*" el derecho de "*toda persona... a que respete su vida*", lo que dispone dicha norma es que ello debe ser "*a partir de la concepción*" de la "*persona*" de que se trate.

A su vez y según la regla de interpretación del "*objeto y fin*" de la Convención, cual es el respeto de los derechos y humanos y garantizar su libre y pleno ejercicio²³, y del propio artículo 4.1 de la misma, que es el respeto a la vida, las referidas palabras "*y, en general*" deben ser entendidas en tal perspectiva, es decir, con "*efecto útil*" a tal propósito, de modo que efectivamente contribuyan al objeto y fin general perseguido y no que constituyan una excepción a ello ni menos, en particular, una negación del derecho a la vida.

A este respecto procede tener presente que en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos que aprobó la Convención, tres países propusieron, a los efectos de que no se prohibiera el aborto, la eliminación, en el artículo 4.1, de la frase "*y, en general, a partir del momento de la concepción*", propuesta que, empero, fue rechazada, quedando así esa frase, por decisión adoptada por la mayoría de los Estados participantes en la mencionada Conferencia, incorporada en la citada disposición²⁴. Es decir, es a todas luces evidente que se quiso ampliar o no dejar lugar a duda alguna de que la protección que por ley se debe dar al derecho de toda persona a que se respete su vida, lo debe ser aún cuando se encuentre como concebido o no haya nacido aún.

En consecuencia, dicha frase fue establecida para permitir que la protección que por ley se debe dar al derecho de "*toda persona... a que se respete su vida*" "*a partir de la concepción*", lo sea también para el no nacido aún. En otras palabras, esa protección debe ser "*común*" para el nacido y el que no es aún, consecuentemente, no procede hacer distinción, en este aspecto, entre ellos,

²¹ *Idem*.

²² Art. 32.1 de la Conv. de Viena.

²³ Art. 1.1 de la Convención ya citado.

²⁴ Párrs. 203 a 205.

"aunque sean de naturaleza diferente", dado que "constituyen un todo", en ambos hay vida humana, hay un ser humano, una persona.

El bien jurídico protegido es, entonces y en última instancia, el derecho a la vida de *"toda persona"* y es por ello que en la Convención se optó por no dejar margen de duda alguna respecto de que lo que se protege con el citado artículo 4.1 era fundamental ella, cualquiera fuese la etapa en que se encontrare.

En tal sentido, la expresión *"en general"*, importa una referencia a la forma en que le ley puede proteger al no nacido aún, evidentemente que podría ser distinta a la protección que que le suministre al nacido.

En suma, la expresión *"y en general"* no alude a una excepción, a una exclusión, es, por el contrario, es inclusiva, hace aplicable la obligación de proteger por ley el derecho de toda persona a que se respete su vida desde la concepción.

c.- *"La concepción"*.

Igualmente y por lo antes afirmado, es indispensable, para entender lo previsto en el citado artículo 4.1, precisar el sentido y alcance del término *"concepción"* que emplea aquél, dado que a partir de ella es que el Estado debe proteger por ley el derecho *"a que se respete (la) vida"*. En otras palabras, resulta claro el sentido de la norma en orden a que ese derecho existe *"a partir de la concepción."*

De los autos y demás antecedentes se desprende que, al suscribirse la Convención, no se determinó lo que debía entenderse por *"concepción"* y que tampoco se ha hecho después. Por otra parte, la Convención tampoco le concedió a esa palabra *"un sentido especial"*²⁵ y, en particular, no hizo remisión a cómo se entendiera según la ciencia médica. La regla aplicable en la especie es, sin duda la del *"sentido corriente"* de dicho término²⁶ y particularmente al existente al momento de la suscripción de la Convención en 1969.

Según la versión de 1956 del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española²⁷, vigente entonces, el término *"concepción"* se entendía como la *"acción y efecto de concebir"*; el de *"concebir"* como *"quedar preñada la hembra"*; el de *"preñada"* como *"dícese de la mujer y de la hembra de cualquier especie, que ha concebido y tiene el feto o la criatura en el vientre"*; el de *"preñar"* como *"empreñar"*; el de *"empreñar"* como *"hacer concebir a la hembra"*; y el de *"fecundar"* como *"unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser"*.

Y casi coetáneamente con la suscripción de la Convención, esto es, en la versión de 1970 del mencionado Diccionario²⁸, el término *"preñar"* fue entendido como *"empreñar, fecundar o hacer concebir a la mujer"*. Es de advertir que este significado es recogido en la actualidad²⁹.

²⁵ Art.31.4 de la Conv.de Viena.

²⁶ *Idem*.

²⁷ 18ª. edición.

²⁸ 19ª. edición.

²⁹ 22ª edición.

Lo anterior significaba, entonces, que se entendía y aún se entiende, que el ser, en la especie, el humano, se origina al "*unirse el elemento reproductor masculino al femenino*" y cuando ello acontece se entiende que esa "*criatura*" se encuentra en el "*vientre*" de la mujer. De allí, pues, que se entendía que los términos *fecundar* o *hacer concebir a la mujer*" como sinónimos.

De suerte, entonces, que el término "*concepción*" empleado por el artículo 4.1 de la Convención jurídicamente debería ser interpretado, más allá de cualquier otra consideración, como la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Eso fue y no otra cosa, en lo que se convino en 1969, al suscribirse la Convención y ese es todavía jurídicamente el sentido de tal término e incluso parte muy importante, por no decir mayoritaria³⁰, de la ciencia médica así también lo estima³¹. Con esto no se está sosteniendo que lo que exprese la ciencia médica no deba ser tenido en cuenta, sino que ello lo debe hacer en la medida que el Derecho lo incorpore en su acervo.

Debe considerarse también a este respecto que, de según se debe entender de las reglas de interpretación de los tratados, no existen otros acuerdos o tratados entre los Estados Partes de la Convención que consagren un concepto distinto al expresado³². Tampoco otros acuerdos o la práctica seguida por los mismos en la aplicación de la Convención indican una modificación de ese concepto³³. Por otra parte, no hay norma consuetudinaria diferente a la interpretación dada que les sea aplicable. Y, finalmente, no puede sostenerse la existencia de un principio general de derecho, originado por las legislaciones internas de esos Estados, que consagre un significado distinto al referido³⁴.

Por otra parte, es evidente y lógicamente que la "*concepción*" a que se refiere el artículo 4.1 es la de "*toda persona*" cuyo derecho a la vida debe ser protegido por ley.

Y ello está en plena correspondencia con el "*contexto de los términos*"³⁵ ya que todo lo que él se dispone y aún toda la Convención³⁶, se refieren a ese sujeto y no al de alguna entidad, objeto o realidad distinta.

En consecuencia, si la citada disposición hubiese querido establecer o hacer extensiva la protección que por ley se le debe proporcionar al derecho de toda persona a que se respete su vida, a una entidad, objeto o realidad distinta al de la persona, así lo hubiera dispuesto derecha y claramente o bien se habría utilizado una frase, inciso o artículo diferente en el mencionado 4.1 o incluso, lo habría consagrado en un tratado distinto. Pero, no aconteció así. Todo lo mandatado por la disposición en comento así como por toda la Convención, concierne, entonces, única y exclusivamente a la "*persona*", al "*ser humano*".

En síntesis, para la Convención, la vida de una persona existe desde el momento en que ella es concebida o, lo que es lo mismo, que se es "*persona*" o "*ser humano*" desde el "*momento de la concepción*", lo que ocurre con la fecundación del óvulo

³⁰ Notas 266 a 284 de la Sentencia.

³¹ Párrs. 79 y ss.

³² Art. 31.2 de la Convención.

³³ Art. 31.3, a) y b), de la Conv. de Viena.

³⁴ Art. 31.3.,c), de la Conv. de Viena.

³⁵ Art.31.3 de la Conv. de Viena.

³⁶ Art.1.1 de la Convención, ya citado.

por el espermatozoide. A partir de esto último se tiene, entonces, según aquella, el "derecho... a que se respete (la) vida" de "toda persona" y, consecuentemente, existe la obligación de que se proteja ese derecho.

Una interpretación distinta a la expuesta, ciertamente dejaría sin su sentido natural y obvio las expresiones "*a partir de la concepción*" que emplea el citado artículo 4.1 y especialmente, no le asignaría sujeto a esta última, y es de toda evidencia que de lo que se trata es de "*la concepción*" de "*toda persona*".

d.- Privación arbitraria del derecho.

Finalmente, la disposición en comento, al establecer que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, está implícitamente señalando que el derecho de "*toda persona ...a que se respete su vida*", no es absoluto, pues admite una restricción, siempre y cuando ella no sea arbitraria, es decir, de conformidad a lo que se entendía por arbitrariedad en la fecha de la Convención y a lo se entiende aún ahora, es decir, que no sea un "*acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho*"³⁷.

Como se colige del expediente, esta faceta más bien no ha estado en discusión en este proceso.

C.- **La jurisprudencia de la Corte.**

Ha sido la jurisprudencia de la Corte la que, de manera constante y uniforme, ha precisado la naturaleza del derecho de "*toda persona... a que se respete su vida*". Lo ha manifestado en los siguientes términos:

*"El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo"*³⁸,

y que

*"los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable"*³⁹.

Esta ha sido la jurisprudencia constante y uniforme de la Corte sobre el particular. Se ha expresado en más de doce casos⁴⁰ Incluso, en el año en curso ha sido reiterada en dos ocasiones⁴¹.

³⁷ 18ª. y 22ª ediciones.

³⁸ Caso de los "Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, párr. 144.

³⁹ Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 48.

⁴⁰ Caso Myrna Mack Chang, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101, párr. 152 ; Caso Juan Humberto Sánchez, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C N° 99, párr.110; Caso 19 Comerciantes, Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C N° 109, párrs. 152 y 153; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 140; Caso Comunidad Indígena

Ahora bien, en razón de la gran importancia que la jurisprudencia de la Corte le ha reconocido al derecho de la vida previsto en el artículo 4.1 de la Convención, es que, consecuentemente, a éste se le aplica con mayor énfasis, por una parte, el principio rector del Derecho de los Tratados, cual es el de la *"buena fe"*⁴², que importa suponer que lo convenido lo fue para que efectivamente tuviese aplicación, y por la otra parte, el principio *pro homine o pro persona*, contemplado en la Convención⁴³, en virtud del cual las normas sobre derechos humanos deben ser interpretadas en los términos más favorables para sus titulares.

Por otra parte, en dos casos, la jurisprudencia en comento ha estimado a los no nacidos como *"hijos"*⁴⁴ y *"bebé"*⁴⁵.

A este respecto y en tanto acotación específicamente referida al caso en comento, se llama la atención acerca del hecho de que el año anterior a la Resolución del Estado del 15 de marzo de 2000, es decir, en el año 1999, ya se había dictado la importante sentencia en el caso *"Niños de la Calle"*, que dio origen a la reproducida jurisprudencia⁴⁶, de suerte que, al dictarse aquella, sustentándose expresamente en lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Convención,⁴⁷ se debería entender que ello se hizo en consideración precisamente a la interpretación dada en dicho fallo. En otras palabras, es de presumir que la Resolución en cuestión hizo lo que hoy se denomina *"control de convencionalidad"*⁴⁸ y procuró ajustarse a ello.

II.- LA INFLEXIÓN JURISPRUDENCIAL.

Con la Sentencia se produce, empero, un notable cambio o quiebre con la recién indicada jurisprudencia y ello en tres sentidos. Uno, en cuanto a limitar el alcance

Sawhoyamaya, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146, párr.. 150; Caso Baldeón García, Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C N° 147, párr.. 82; Caso de las Masacres de Ituango, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C N° 148, párr. 128; Caso Ximenes Lopoos, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C N° 149, párr. 124; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N° 150, párr.. 63; Caso Albán Cornejo y otros, Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C N° 171, párr. 117.

⁴¹ Castillo González y Otros Vs. Venezuela y Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador, ambas sentencias de octubre de 2012.

⁴² Art. 31.1 de la Conv.de Viena.

⁴³ Art. 29 de la Convención: *"Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza."*

⁴⁴ Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr.292.

⁴⁵ Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri .Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 67, x).

⁴⁶ Caso de los *"Niños de la Calle"* (Villagrán Morales y Otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, párr. 144.

⁴⁷ Párr. 76.

⁴⁸ Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 22026 de noviembre de 2010, párr.225.

de lo que hasta ahora había ella señalado, el otro en relación con la aplicación del artículo 4.1 en cuestión al presente caso y el tercero en cuanto a las interrogantes que no resuelve o responde.

A.- Limitación del alcance de la jurisprudencia.

Efectivamente, la Sentencia parece restringir lo que hasta ahora, en esta materia, venía, de manera constante y uniforme, señalando la jurisprudencia de la Corte. Y así esta vez omite la frase *"en razón (del)... carácter fundamental (del derecho a la vida)..., no son admisibles enfoques restrictivos del mismo"*.

Es verdad que ello aconteció también en otros casos. Pero, en esta ocasión, esa omisión adquiere una muy singular relevancia habida cuenta que la reiteración de los demás conceptos son precedidos de dos acotaciones preliminares. La primera, indicando que *"hasta el momento la jurisprudencia de la Corte no se ha pronunciado sobre las controversias que suscita el presente caso"* y la segunda, afirmando que *"en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados, la Corte ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos"*⁴⁹.

Con esas frases, la Sentencia estaría insinuando que lo sostenido hasta ahora por la jurisprudencia de la Corte respecto al derecho a la vida, no tendría aplicación sino solo en atinente a las *"ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados"* y, en consecuencia y en todo caso, no sería aplicable a la presente causa, ya que ésta versaría sobre algo distinto. De esa forma, la Sentencia estaría acotando muy severamente lo que, hasta ahora, venía sosteniendo la jurisprudencia de la Corte en esta materia.

B.- Inaplicabilidad del artículo 4.1 al presente caso.

Y lo que señala ahora la Sentencia, resulta funcional a las afirmaciones que hace posteriormente en orden a que:

*"la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención"*⁵⁰;

*"no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión"*⁵¹; y

*"el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana"*⁵²;

Como es evidente, el cambio jurisprudencial que significa la Sentencia es muy relevante.

⁴⁹ Párr. 172.

⁵⁰ Párr. 264.

⁵¹ Párr. 223.

⁵² Art. 264.

Para fundamentarlo, en la Sentencia se recurre a la interpretación de los términos "*concepción*" y "*en general*", por entender que "*para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano"*"⁵³ y al hacerlo recurre a la interpretación conforme al sentido corriente de los términos, a la interpretación sistémica e histórica y a la interpretación evolutiva, métodos que se encuentran previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena.

1.- Método del sentido corriente de los términos.

Es éste uno de los aspectos en el que el presente voto disiente de la Sentencia, en mérito de que ésta procede sobre la base de que el "*alcance*" de los términos "*concepción*" y "*ser humano*" que utiliza la Convención, "*debe valorarse a partir de la literatura científica*"⁵⁴.

Y es que la Sentencia no tiene en cuenta que, no habiéndole dado la Convención a cada uno de esos términos "*un sentido especial*" en que constara "*que tal fue la intención de las partes*" de la misma⁵⁵ ni habiendo tampoco hecho remisión, para estos efectos, a la ciencia médica, lo que corresponde es atenerse al "*sentido corriente*" que se le atribuye a tales términos, que no es otro que el sentido natural y obvio expresado en el fija el diccionario, el que, como ya se indicó, entiende por concepción la unión del óvulo con el espermatozoide.

No corresponde, pues, para valorar o entender el sentido y alcance de los referidos términos, recurrir a la ciencia médica, toda vez que no es lo que esta última entienda como "*concepción*", sino lo que los Estados Partes de la Convención entendieron por ello y que, se reitera, se expresa en el sentido corriente de esa palabra, expresada en el diccionario, el que, por lo demás y como también ya se indicó, coincide con la postura que, sobre la materia tiene parte muy relevante, quizás la mayoritaria⁵⁶, de la ciencia médica⁵⁷. Lo que ésta exprese es válida en la medida en que haya sido incorporada en el Derecho o éste se remita o reenvíe a ella, lo que, empero, no acontece en el presente caso.

Sobre el particular, es menester adicionalmente llamar la atención acerca de que la Sentencia afirma que "*algunas*"... "*que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena*"... "*pueden ser asociadas a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones*",.... "*concepciones*" que "*no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten*"⁵⁸.

Tal afirmación es correcta. Empero, no se condice con la posición que en definitiva asume la Sentencia en esta materia. Efectivamente, mientras reprocha que la Resolución del Estado que motivó esta causa haya optado "*por una de las posturas*

⁵³ Párr. 176.

⁵⁴ *Jdem.*

⁵⁵ Art. 31.4 de la Conv. de Viena.

⁵⁶ Notas 265 a 3284 de la Sentencia.

⁵⁷ Párrs. 182 a 184.

⁵⁸ Párr. 185.

*científicas sobre este tema para definir desde cuando se consideraba que empezaba la vida" y que " ... entendiera "que la concepción sería el momento en que se fecunda el ovulo y asumió que a partir de ese momento existía una persona titular del derecho a la vida"*⁵⁹, ella opta por otra de las posturas, a saber, aquella que diferencia *"dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación"* y que consecuentemente sostiene que *"sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción"*⁶⁰.

Para sustentar lo anterior, la Sentencia acude a dos razones. Una, de orden científico, esto es, *"que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede"*⁶¹. Y la otra *" que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación"*, por lo que, *"al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación"*⁶².

En cuanto al primer argumento, es del caso considerar que, existiendo varias posturas científicas tanto en lo atinente a lo relativo al *"comienzo de la vida"*⁶³ cuanto al concepto de *"concepción"*, como la misma Sentencia lo reconoce⁶⁴, se inclina empero, por una, la de que la concepción se produce al momento en que el embrión se implanta en el útero de la mujer, sin analizar los argumentos de las otras y, particularmente, de aquella que considera que *"[l]a vida humana inicia en la fusión espermatozoide-ovulo, un 'momento de concepción' observable"*⁶⁵, descartándola sin más.

Ahora bien, esa posición de la Sentencia parece no tener correspondencia con lo que ella misma señala, por una parte, en cuanto a que *"el primer nacimiento de un bebe producto de la Fecundación in Vitro ocurrió en Inglaterra en 1978" y que "en Latinoamérica, el nacimiento del primer bebe producto de la Fecundación in Vitro y la transferencia embrionaria fue reportado en 1984 en Argentina"*⁶⁶, y por la otra parte, en orden a que *"la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado"*, ya que *"antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer"*.

Efectivamente, de esas afirmaciones se desprende que no era, entonces, posible que en la época en que se suscribió la Convención, es decir, en 1969, se pudiese saber que era posible que *"concepción"* y *"fecundación"* eran dos fenómenos distintos, absolutamente diferenciables. Y de allí, por lo tanto, que no es compartible la aseveración de que *"la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado"*. Puede que lo sea para

⁵⁹ Párr. 177.

⁶⁰ Párr. 186.

⁶¹ Párr.187.

⁶² Párr. 187.

⁶³ Párr.177.

⁶⁴ Párrs. 180 a 185.

⁶⁵ Párr. 182.

⁶⁶ Párr.66.

algunos científicos en medicina, pero la definición de los redactores al respecto sigue manteniéndose en el Derecho aplicable.

Y con ello procede abordar la segunda razón invocada en la Sentencia como fundamento de su posición, cual es, el ya en el diccionario de la época, 1969, *"diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación."* Ya se ha señalado (*infra...*) que ello en rigor, no es así. En la edición de 1959 del Diccionario no resulta evidente que los términos *"concebir"* y *"fecundar"* fuesen considerados antagónicos, distintos. Pero, además, no hay que olvidar que en la edición de 1970 del Diccionario, esto es, la del año inmediatamente posterior al de la suscripción de la Convención, y hasta la vigente edición del mismo, mientras el término *"concebir"* es entendido como *"quedar preñada la hembra"* y el término *"preñar"* lo es como *"empreñar, fecundar o hacer concebir."*

Finalmente y siempre en el ámbito del empleo por la Sentencia del método del sentido corriente de los términos, ella afirma que *"la interpretación literal indica que [la] expresión "en general" se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular"*⁶⁷, concluyendo que *"la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla"*⁶⁸,

Sin embargo, ya se ha señalado en este escrito (*infra...*) lo que el Diccionario entiende por *"en general"*, lo que no dice relación alguna con excepcionalidad o excepciones. Si en la Convención se hubiese querido establecer una excepción, en vez de afirmar *"y, en general a partir de la concepción"*, se hubiese dispuesto, por ejemplo, *"y, excepcionalmente a partir de la concepción"*, lo que no se hizo, precisamente para indicar que, en todo caso y en cualquier evento o circunstancia y quizá de una manera un tanto distinta, la protección que la ley debe dar al derecho de *"toda persona ... a que se respete su vida"*, se hará a partir de la concepción de esa persona.

2.- Interpretación sistemática e histórica.

La Sentencia se refiere asimismo a la interpretación sistemática e histórica, invocando el artículo 31 de la Convención de Viena, muy particularmente su inciso tercero, a los efectos de no sólo se tomar *"en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)"*, esto es, *el derecho internacional de los derechos humanos*⁶⁹. E igualmente y en el mismo acápite, indica que empleará los medios complementarios previstos en el artículo 32 de la Convención de Viena *"para la determinación de la interpretación de los términos del artículo 4.1 de la Convención Americana lo dispuesto en el artículo 31.4 de la Convención de Viena, según el cual se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes"*⁷⁰.

a.- Regla del sentido especial de los términos.

Desde una perspectiva metodológica, no se puede compartir lo recién indicado, ya que la referencia que formula al artículo 31.4 de la Convención de Viena es hecha

⁶⁷ Párr.188.

⁶⁸ Párr.189.

⁶⁹ Párr.191.

⁷⁰ Párr.193.

fuera de su propio entorno. Efectivamente, esa norma se inserta, como la final o última, de las normas que conforman lo que se conoce como la *regla general de interpretación*, constituyendo dentro ésta, la *regla del sentido especial de los términos*, que es excepción a la del *sentido corriente de los mismos*. De modo, pues, que no forma parte de las normas que integran los *medios complementarios* previstos en el artículo siguiente al mencionado, esto es, el 32 de la Convención de Viena.

Dicho en otras palabras, de acuerdo a lo dispuesto en el citado artículo 31.4, "*la intención de las partes*" sobre el "*sentido especial*" de un término debe constar sea en algunos de los acuerdos, instrumentos o prácticas a que el artículo 31 alude en sus numerales 2 y 3, y que se distinguen por estar íntimamente vinculados con el tratado correspondiente o por dar cuenta de un acuerdo sobre la interpretación del mismo, sea en una norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre tales Estados Partes.

b.- Regla del contexto y del desarrollo progresivo o evolutivo.

Pues bien, en mérito de que el Estado los ha invocado, la Sentencia alude a la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷¹, el Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷², la Convención para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer⁷³ y la Convención de los Derechos del Niño⁷⁴ y lo que se dispone en los Sistemas Universal⁷⁵, Europeo⁷⁶ y Africano de Derechos Humanos⁷⁷, así como lo que señala en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁸ y de siete tribunales constitucionales nacionales⁷⁹. Y lo hace en el marco de la interpretación sistemática e histórica, aunque respecto de algunos lo debería hacer en el de la *regla del contexto*, prevista en el artículo 31.2 de la Convención de Viena y, en cuanto a otros, en la regla del *desarrollo progresivo del derecho*, contemplada en el artículo 31.3 de la misma.

Empero, tales acuerdos e instrumentos no revisten las características para ser considerados como instrumentos o acuerdos celebrados con ocasión o en relación con la Convención y, por ende, que puedan ser tenidos en cuenta para la interpretación de ésta. Tampoco hacen, en rigor, referencia a la práctica ulteriormente seguida por los Estados Partes de la Convención en la aplicación de ésta por la cual conste el acuerdo de ellos acerca de su interpretación. Y en lo atinente a las normas de derecho internacional aplicables en las relaciones entre los Estados Partes, es evidente que ellas no son "*pertinentes*" al caso, tal como lo mandata el artículo 31.4 de la Convención de Viena.

Y a mayor abundamiento, se debe señalar que lo estipulado en aludidos los tratados, lo dispuesto en los mencionados fallos de los tribunales internacionales y europeos y lo establecido en las citadas normas de derecho interno de los Estados

⁷¹ Párr.224.

⁷² Párr.225.

⁷³ Párrs.227 y 228.

⁷⁴ Párrs. 229 a 233.

⁷⁵ Párr. 226.

⁷⁶ Párr.234.

⁷⁷ Párr.243.

⁷⁸ Párrs.236 a 242.

⁷⁹ Párrs.252, 261 y 262.

Partes de la Convención, citados para interpretar a esta última, no pueden ser considerados como expresión sea de norma consuetudinaria, sea de principio general de derecho. No son costumbre internacional, dado que no constituyen precedentes, esto es, actos repetidos en forma constante y uniforme con la convicción de actuar conforme a derecho, y tampoco son principios generales de derecho, ya que no se infieren o deducen lógicamente de la propia estructura jurídica internacional o no son suficientes para que sean estimados como comunes a la gran mayoría de los Estados Partes de la Convención.

Pero, lo que resulta más significativo aún es que tales acuerdos e instrumentos no son procedentes en este caso no solo porque algunos de ellos no vinculan a los Estados Partes de la Convención, sino también porque lo único que demuestran o que lo que más bien se desprende de ellos, con una gran nitidez por lo demás, es que no contemplan la situación del no nacido aún o concebido precisamente para permitir o no prohibir el aborto⁸⁰.

c.- Regla sobre prevalencia de ley especial sobre ley general.

Y es quizá por lo mismo que ninguno de ellos contiene una disposición como el artículo 4.1 de la Convención, el que, por ende, constituye una peculiaridad del sistema interamericano de derechos humanos, circunstancia que, sin embargo, la Sentencia no considera al interpretarlo. Ella, consecuentemente, omite una regla de interpretación del Derecho en general y no solo del Derecho Internacional, incluido el Derecho de los Tratados, a saber, *"ley especial prevalece sobre ley general"*.

En efecto, dicha norma convencional forma parte del conjunto de normas internacionales que, aunque no alcanzan para ser calificadas como Derecho Internacional Americano, regional, especial o particular, son, con todo, particulares o especiales a los Estados Partes de la Convención. Por lo tanto, tal norma no puede ser interpretada acorde a normas del Derecho Internacional general o de de otros Sistemas de Derechos Humanos que no lo contemplen, haciendo, de ese modo, que éstas prevalezcan sobre aquella o que, en última instancia y en la práctica, la modifiquen.

D.- Incapacidad.

Habida cuenta todo lo afirmado precedentemente, no se comparte la conclusión a la que arriba la Sentencia en lo atinente a la interpretación sistemática de la Convención y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, cuando señala que *"no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno"* de los artículos de esos textos, puesto que olvida lo que implican los conceptos de incapacidad absoluta y relativa de las personas que contemplan los distintos ordenamientos jurídicos y que impiden o limitan el goce de sus derechos, sin que por ello dejen de ser personas.

Pero, menos se puede coincidir aún con lo expresado en la Sentencia en orden a que

*"teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (infra...), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la protección del no nacido se realiza fundamentalmente a través de la protección de la mujer..."*⁸¹

⁸⁰ Párrs.226, 227, 235, 236, 237 y 249.

⁸¹ Párr.222.

Y no se puede coincidir con lo afirmado en este párrafo ya que, por de pronto, entiende a la concepción como un fenómeno que *"solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer"*, lo que es correcto, pero que, al hacer referencia a otro párrafo, se está sosteniendo ello sobre la base de que *"la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión"*, lo que conduciría a considerarlo que se trata de un asunto que únicamente empecería a la mujer embarazada.

No se puede compartir lo sostenido en dicha párrafo dado que, en segundo término, si se hubiese querido señalar que la protección del derecho del no nacido *"a que se respete su vida"* se realizaría a través de la protección de la mujer embarazada, así expresamente se hubiese dispuesto, lo que no acontece.

En tercer lugar, no se coincide con lo afirmado en la Sentencia, ya que el artículo 4.1 de la Convención, tal como está redactado, es suficiente para proteger a la mujer embarazada y, consecuentemente, al no nacido, protección que asimismo se expresa en lo prescrito en el artículo 4.5 de la Convención, atinente a la prohibición de aplicar la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez, en el Protocolo de San Salvador y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, citados aquél y ésta por la propia Sentencia⁸², instrumentos todos de los que se desprende que la mujer embarazada es sujeto de derechos humanos y no objeto o instrumentos de los mismos.

En síntesis, se discrepa de lo dicho en el transcrito párrafo pues él conduce a estimar que el concebido o no nacido y no solo el embrión hasta antes de su implantación, no tiene, *per se*, el derecho *"a que se respete su vida"*, sino que ello dependería no solo de que se respete ese derecho de la mujer embarazada sino también que ésta quiera respetar el que le correspondería a aquél, eventualidad ésta que se aleja en demasía de la letra y el espíritu del artículo 4.1 de la Convención y que, como es evidente, se relacionan con temas como el del régimen jurídico del aborto.

3.- Método de Interpretación evolutiva.

La Sentencia recurre también, para interpretar el mencionado artículo 4.1 de la Convención, al método interpretación evolutiva de los tratados, sobre la base de que *"los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales"* y que dicha interpretación *"es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados."*⁸³

Y efectivamente es así. El artículo 29 de la Convención⁸⁴ dispone que ninguna norma de la Convención puede ser interpretada suprimiendo, excluyendo o limitando, esto último más allá de lo por ella permitido, sea el goce de los derechos en ella o en leyes de los Estados Partes establecidos o que sea inherentes al ser humano o deriven de la forma democrática representativa de gobierno sea los efectos de la Declaración Americanas de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. Por su parte, el artículo 31.3 de la Convención de Viena contempla la interpretación evolutiva de los tratados, centrándola en todo acuerdo o práctica ulterior de los Estados Partes del tratado pertinente acerca de la interpretación del mismo o en que conste el acuerdo entre

⁸² *Idem.*

⁸³ Párr. 245.

⁸⁴ Ya citado.

ellos sobre el particular y en toda norma pertinente del Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Empero, resulta que los antecedentes que la Sentencia aporta sobre el particular no reúnen las condiciones establecidas en el artículo 29 citado, habida cuenta que, en definitiva, ellos no apuntan sino a limitar a tal punto lo prescrito en el artículo 4.1 de la Convención que lo hacen inaplicable al caso y, más aún, lo despojan de contenido o efecto útil en lo que se refiere a la frase *"y, en general, a partir de la concepción"*.

Y en lo concerniente al mencionado artículo 31.3, mientras algunos antecedentes aludidos para determinar el status del embrión son jurisprudenciales de otros sistemas normativos y, por ende, que no dicen relación con acuerdos o prácticas de los Estados Partes de la Convención ni con normas de Derecho Internacional que le sean aplicables, otros, los pertinentes a legislaciones de Estados Partes de la Convención, son, como se verá más adelante (*supra* ...), insuficientes y, en todo caso, ellos simplemente demuestran que en once de los veinticuatro Estados Partes de la Convención se practica la reproducción asistida, una de cuyas técnicas es la Fertilización *in Vitro*; que tres de esos países prohíben aquella *"por fines diferentes de la procreación humana"*; que uno de éstos *"prohíbe la congelación de embriones para transferencia diferida de embriones"*; que otro de ellos *"prohíbe la utilización de procedimientos que apunten a una reducción embrionaria"*; que el mismo Estado establece que *"el número ideal de óvulos y preembriones a ser transferidos no puede ser superior a cuatro, para no aumentar los riesgos de multiparidad"* y prohíbe *"la comercialización del material biológico, por lo que dicha práctica implica un delito"*; y que dicho Estado y otro permiten *"la criopreservación de preembriones, espermatozoides y óvulos."*⁸⁵

De manera, en consecuencia, que no resulta consistente la conclusión a que llega la Sentencia en cuanto a que *"ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV"*⁸⁶. Y eso porque no solo no se da esa mayoría sino también porque no consta en autos antecedente alguno que demuestre que los once Estados Partes de la Convención que permiten la reproducción asistida, lo han hecho en aplicación o consideración de lo previsto en el artículo 4.1 de la Convención.

4.- El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado.

Finalmente, la Sentencia acude a la *regla del objeto y fin del tratado* a los efectos de demostrar que el derecho a la vida desde la concepción no es absoluto. Al respecto afirma que *"el objeto y fin del artículo 4.1 es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos."*⁸⁷

No se puede estar más en desacuerdo con esta apreciación ya que el objeto y fin del artículo 4.1., visto conforme al principio de buena fe, a los términos del tratado y en el contexto de éstos, no puede ser otro que efectivamente la ley proteja el

⁸⁵ Párr. 255.

⁸⁶ Párr.256.

⁸⁷ Párr.258.

derecho de *"toda persona ... a que se respete su vida y, en general, a partir de la concepción"*, vale decir, que efectivamente se proteja ese derecho de toda persona, incluido, por tanto, el del concebido o no nacido aún.

A este respecto, la Sentencia incurre, por otra parte, en una contradicción, a saber, que mientras antes señaló que el artículo 4.1 de la Convención no era aplicable en este caso, en esta oportunidad, empero, lo invoca para sostener que entre los derechos e intereses en conflicto debe existir *"un adecuado balance"*⁸⁸. No se percibe cómo puede darse tal balance si se ha afirmado que el *"el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana"*⁸⁹, esto es, no tendría derecho *"a que se proteja su vida"*, por lo que no habría derechos que balancear, armonizar o compatibilizar.

Por último, la Sentencia, para fundamentar lo que expresa, invoca, una vez más, sentencias sea del todo ajenas a los Estados Partes de la Convención, sea de únicamente de tres de éstos, del todo, en consecuencia, insuficientes para sentar una conclusión como a la que llega.

C.- Interrogantes sin resolver.

La Sentencia expresa que, en atención a que el *"derecho absoluto a la vida del embrión" como base para la restricción de (otros) derechos ..., no tiene sustento en la Convención Americana*, *"no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos"* requeridos para que un derecho pueda ser restringido, vale decir, que las *"injerencias no sean abusivas o arbitrarias"*, que estén *"previstas en ley en sentido formal y material"*, que persigan *"un fin legítimo"* y que cumplan *"con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad"*.⁹⁰

Sin embargo, procede, pese a todo, a ese análisis, para *"exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión"*⁹¹ y con ello incurre, como se expresó, en una contradicción, habida cuenta que confronta ese sacrificio, no con la aplicación de de un derecho, que en este caso y según la Sentencia, se reitera, no se aplica y que, de haberlo sido, implicaría una armonización entre los derechos en juego, sino con la prohibición de emplear la técnica de la Fertilización in Vitro.

Obviamente, en tal comparación el resultado no puede ser otro que el que indica la Sentencia⁹² y ello, en mérito de que, se reitera, no confrontan dos derechos sino algunos con una técnica.

Pero, aún en ese caso y respecto a la referida técnica, la Sentencia no puede desprender de los antecedentes sino conclusiones muy parciales. Efectivamente, ya se ha indicado que no es en la mayoría de los Estados Partes de la Convención, sino únicamente en once de los veinticuatro, donde se practica la reproducción asistida, una de cuyas técnicas es la Fertilización in Vitro y que algunos de ellos se prohíben ciertos procedimientos vinculados a aquella.

⁸⁸ Párr.260.

⁸⁹ Art. 264.

⁹⁰ Párr.273.

⁹¹ Párr.273.

⁹² Párrs.277 y ss.

Pues bien, lo que se colige de esos datos, no es *“que la Convención permite la práctica de la FIV”*⁹³, sino que la mayoría de los Estados Partes de aquella no han expresado nada al respecto, probablemente en mérito de que han entendido que tal técnica no ha sido, *per se*, regulada por el Derecho Internacional y, por lo mismo y dado, además, que la Sentencia desvincula lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Convención de la situación del embrión, al menos hasta el momento de su implantación en el útero de la mujer, ella formaría parte de su jurisdicción interna, doméstica o exclusiva⁹⁴.

No de otra manera se explica que algunos Estados Partes de la Convención prohíban ciertas técnicas de la Fecundación Asistida muy similares a las que la Sala Constitucional de la Corte Suprema del Estado tuvo en consideración al dictar su Resolución que ha dado origen a esta causa, no obstante que, eventualmente, podrían ser percibidas como atentatorias a algunos de los derechos por los que la Sentencia declara que el Estado ha violado la Convención.

Efectivamente, los referidos reparos que la mencionada Sala hizo al Decreto que declaró inconstitucional y contrario al artículo 4.1 de la Convención en definitiva fueron que el *embrión “no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte”*⁹⁵, razones también esbozadas por tres de los Estados Partes de la Convención al prohibir la Fecundación Asistida *“por fines diferentes de la procreación humana”*, por uno de ellos al hacerlo respecto de *“la comercialización del material biológico”* y por otro de ellos al decretarlo en cuanto a *“la congelación de embriones para transferencia diferida de embriones”*, mientras uno de los Estados aludidos y un tercer Estado permiten *“la criopreservación de preembriones, espermatozoides y óvulos”*.⁹⁶

Finalmente es oportuno llamar la atención acerca del hecho de que, quizá precisamente porque sustrae el caso del artículo 4.1 de la Convención, la Sentencia no hace mención alguna, en su parte declarativa de sus puntos resolutivos, acerca de dicha disposición. No manifiesta, como lo ha hecho en otros casos, que no procede pronunciarse sobre el particular o que el Estado es responsable o que, por el contrario, no es responsable por la violación de la misma. Sencillamente no dice nada al respecto, no obstante que, como se señaló, uno de los representantes expresamente alegó la violación del citado artículo 4.1 de la Convención.

CONSIDERACIONES FINALES.

Al dar las razones, como se ha hecho precedentemente, por las que no se comparte la Sentencia, se procura al mismo tiempo poner de relieve la importancia que tiene un asunto como el de autos, en donde está en juego nada menos lo que se entiende por *“derecho a la vida”* y cuando esta última comienza.

⁹³ Párr. 256.

⁹⁴ Concepto desarrollado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva sobre los *Decretos de Nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos* (7 de febrero de 1923), en la que sostuvo que el término de jurisdicción doméstica indicaba las materias que aun y cuando pudiendo tocar muy de cerca intereses de más de un sólo Estado, no eran en principio reglamentadas por el derecho internacional, es decir, las materias en las cuales cada Estado es único soberano de sus decisiones.

⁹⁵ Párr. 76.

⁹⁶ Párr. 255.

En rigor, en ello se ponen en juego no solo concepciones jurídicas, sino también filosóficas, morales, éticas, religiosas, ideológicas, científicas y de otros órdenes, todas las cuales muy legítimamente concurren, en tanto fuentes materiales del Derecho Internacional, a la formación de la correspondiente norma jurídica, la que, empero, luego solo tiene que ser interpretada acorde a las fuentes formales del Derecho Internacional.

Y en el ejercicio de esa función interpretativa, indudablemente que la Corte tiene limitaciones. Ya otros tribunales han resaltado la dificultad de la tarea y aún la improcedencia de que tenga que ser un órgano jurisdiccional el que resuelva algo más propio, aunque no exclusivo, de la ciencia médica y respecto del cual, incluso en ese ámbito, aún no se logra un consenso⁹⁷.

Ahora bien, pese a esas dificultades y en cumplimiento de su mandato, la Corte ha debido dirimir la controversia planteada. Ello, sin embargo, no exime en lo más absoluto a los Estados de cumplir, su turno, el suyo, cual es, en la especie, ejercer la función normativa que les corresponde en este caso, regulándolo conforme lo consideren. De no hacerlo, se corre el serio riesgo, como en alguna medida acontece en autos, no solo de que la Corte incursione en temas de esta naturaleza, los que, por lo mismo, reclaman un pronunciamiento más político, sino también que se vea obligada a asumir dicha función normativa, desnaturalizando su función jurisdiccional y afectando así el funcionamiento de todo el sistema interamericano de derechos humanos.

Eduardo Vio Grossi
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

⁹⁷ Párr.185 y nota 283.