

American University Washington College of Law

From the Selected Works of Macarena Saez

2012

Amicus Curiae - Artavia Murillo contra Costa Rica - final.pdf

Macarena Sáez
Mauricio Albarracín



Available at: https://works.bepress.com/macarena_saez/16/

SE PRESENTA COMO AMICUS CURIAE

REF. CASO NO. 12.631

Gretel Artavia Murillo y otros

Señor

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Claudio Grossman, Decano de la Facultad de Derecho de American University Washington College of Law y Macarena Sáez Torres, Directora Académica del Programa de Litigio de Alto Impacto de la misma institución, con domicilio en 4801 Massachusetts Ave. N.W. Washington D.C., Estados Unidos, solicitamos a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos que admita este memorial de *Amicus Curiae* en el que se desarrollan algunas consideraciones sobre el alcance de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “la Convención”) en relación al artículo 4 (“Derecho a la Vida”) y su relación con los demás derechos protegidos por dicho instrumento, así como con otros mandatos derivados del derecho internacional. Este memorial asimismo, se refiere al uso del margen de apreciación en el sistema europeo de derechos humanos y su inaplicabilidad en el sistema interamericano.¹

1. Interés del Programa de Litigio de Alto Impacto en presentarse como *amicus curiae*

El Programa de Litigio de Alto Impacto (ILP) de American University Washington College of Law tiene por objetivo promover el Estado de Derecho y la democracia en Las Américas a través del litigio internacional de casos esenciales para la protección de estos valores. Asimismo, busca contribuir al desarrollo de la jurisprudencia internacional de protección de los derechos humanos.

¹ Este informe ha sido preparado por el abogado colombiano Mauricio Albarracín Caballero, estudiante de LL.M. en derecho internacional de American University Washington College of Law y becario Fulbright, y por la profesora Macarena Sáez Torres, Directora del Programa de Litigio de Alto Impacto.

Como institución académica, su fin último es la protección del más amplio goce de los derechos establecidos en los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos y el desarrollo del derecho internacional de la manera más acorde a esta finalidad.

2. Estructura del memorial

Dado que no hay controversia en los hechos que han dado lugar a esta demanda, este informe se referirá exclusivamente al análisis de derecho internacional y comparado que pueda asistir a esta Honorable Corte en su decisión. Con esta finalidad, este memorial se divide en las siguientes secciones: En la primera parte se analizarán el artículo 4.1 de la Convención Americana a la luz de su interpretación gramatical y sistemática, concluyendo que la Corte Suprema de Costa Rica violó la Convención Americana al interpretar este artículo de una manera que restringe el ejercicio de los derechos de la Convención, en especial los derechos a la vida privada y familiar, del derecho a fundar una familia y del derecho a la igualdad y no discriminación, consagrados en los artículos 11, 17 y 24. En la segunda parte, el memorial se refiere al uso del margen de apreciación por el Estado de Costa Rica para justificar la prohibición de fertilización *in Vitro* impuesta en el año 2000. En esa sección se mostrará que el margen de apreciación utilizado por la Corte Europea de Derechos Humanos es inaplicable en el sistema interamericano y que, además, en el caso en particular, tampoco habría cumplido con las condiciones del margen de apreciación usado por la propia Corte Europea de Derechos Humanos. Esto por cuanto Costa Rica es el único país del sistema interamericano que interpreta el artículo 4.1 de la Convención de manera no solo restrictiva, sino imposible de compatibilizar con el goce de otros derechos. Esta sección, además, muestra cómo la misma Corte Suprema de Costa Rica se ha visto obligada a ajustar la jurisprudencia sentada en el año 2000, dejando en evidencia que dicha sentencia impide toda ponderación de derechos y por tanto es incoherente en la interpretación.

3. Interpretación del artículo 4.1 de la Convención.

El Estado de Costa Rica argumenta que le dio prelación al derecho a la vida por considerarlo el más importante de todos los derechos y que a partir de la interpretación del artículo 4.1 el Estado tiene un margen de apreciación para definir cuándo inicia la vida y la protección de este derecho, y que por tanto esa decisión no puede tener escrutinio por parte del sistema interamericano de derechos humanos.²

A partir de las reglas de interpretación contenidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) y del artículo 29 de la CADH se concluirá que el artículo 4.1 no contiene una obligación absoluta de protección de la vida pre natal desde la concepción, ni tampoco habilita proteger la vida pre natal en detrimento del ejercicio de los derechos establecidos por la Convención. Se argumentará, además, que la interpretación ofrecida por el Estado es la más lesiva posible del derecho a fundar una familia y a tener acceso a los medios para decidir el número de hijos que se quieren tener.

3.1. Aclaraciones preliminares para la interpretación el artículo 4.1 de la CADH

Antes de realizar la interpretación del artículo es importante aclarar dos cuestiones que deben ser tenidas en cuenta en el estudio de este caso.

En primer lugar, este es un caso en el cual no se está discutiendo el inicio de la vida humana. Ninguna corte nacional ni internacional puede definir con autoridad el inicio de la vida humana.³ No es necesario resolver el imposible dilema científico, filosófico y religioso de cuando

² Alegato final de la representante de Costa Rica, Sra. Ana Lorena Brenes Esquivel, Audiencia Pública, Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica, Parte 4, 6 de septiembre de 2012, disponible en <http://vimeo.com/49172353>.

³ La Corte Suprema de los Estados Unidos correctamente indicó en su decisión *Roe v. Wade* del año 1972: “We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer.” 410 U.S. 113 (1973)

comienza la vida para determinar si la prohibición absoluta de la práctica de la fertilización *in Vitro* en Costa Rica es violatoria de la Convención Americana. Por lo tanto, este memorial parte de la base que la determinación de la calidad de persona o no de la vida pre natal no altera el resultado al que debe llegar esta corte en cuanto a que la prohibición absoluta de la fertilización *in Vitro* es violatoria de la Convención. Aun así, este memorial mostrará que la única interpretación razonable del artículo 4.1 es aquella que autoriza a los Estados a proteger al vida pre natal, en algunas circunstancias, pero no en detrimento de los derechos que la Convención ordena proteger.

En segundo lugar, es preciso tener presente que el caso **Gretel Artavia Murillo y otros** no es un caso de interrupción voluntaria del embarazo por razones de autonomía o por razones de salud u otras condiciones excepcionales. La estructura de los hechos y los derechos en juego de la interrupción voluntaria del embarazo se diferencian de los hechos y derechos involucrados en la fecundación *in Vitro*. En particular, no pueden extrapolarse los trabajos preparatorios de la Convención en relación con el aborto y aplicarlos automáticamente a la presente discusión teniendo en cuenta que al momento de aprobarse la Convención la fecundación *in Vitro* no existía. Una cosa distinta, y como explicaremos corresponde hacer de acuerdo a las normas de interpretación de los tratados, es analizar la jurisprudencia internacional e interamericana sobre el artículo 4.1. de la Convención a propósito de los casos de interrupción voluntaria del embarazo, en particular como orientación para iluminar las situaciones en las cuales la protección de la vida durante el embarazo entra en tensión con distintos derechos protegidos por la Convención.

3.2 La interpretación del artículo 4.1 de la CADH a la luz de los artículos 31 y 32 de la CVDT

La CVDT establece en el artículo 31:

“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 forma 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”.

Del artículo 31.1 se desprende que la interpretación textual y la teleológica están formuladas conjuntamente como normas de interpretación principal. El 31.2 se refiere a lo que se entenderá como contexto del tratado. El 31.3 agrega elementos adicionales de interpretación que se deben tomar en cuenta de manera conjunta con el contexto. Finalmente, el artículo 31.4 refuerza la idea de interpretación de términos según su sentido general, a menos que expresamente las partes hubiesen acordado algo distinto. Así, para cambiar el sentido corriente de un término deberá establecerse fuera de toda duda razonable que esa fue la intención de las partes.⁴

El artículo 32 de la Convención se refiere a reglas de interpretación complementaria:

“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”.

El uso de estos medios complementarios de interpretación tiene dos características esenciales: en

⁴ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2nd ed. 2007, 234.

primer lugar, sólo podrá acudir a estos medios después de usar los medios contenidos en el artículo 31 de CVDT, es decir, cuando el estudio textual y teleológico lleven a un resultado ambiguo, oscuro, absurdo e irrazonable.⁵ En segundo lugar, el objetivo de estos métodos se realiza con la finalidad de “confirmar el sentido” de las expresiones contenidas en el tratado y no de determinar la intención de las partes del tratado. Como lo afirma Aust: “Este artículo está limitado a los objetivos primarios para interpretar un tratado: un esclarecimiento del significado del texto, no una nueva investigación sobre las supuestas intenciones de las partes. Aun más, *travaux* son por naturaleza menos auténticos que otros elementos, muchas veces incompletos o engañosos”⁶

Además, se ha entendido que el principio del efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*) se encuentra subsumido en la expresión “de buena fe” del artículo 31.1.⁷ La Comisión de Derecho Internacional señaló: “Cuando un tratado está abierto a dos interpretaciones una de las cuales permite y la otra no permite que el tratado tenga efectos adecuados, la buena fe, los objetivos y fines del tratado exigen que la primera interpretación sea adoptada.”⁸

A la luz de la CVDT, pueden deducirse las siguientes reglas de interpretación:

1. La interpretación textual y teleológica son reglas generales de interpretación;
2. Para analizar los términos de un tratado deberá tenerse en cuenta el sentido corriente de los términos, a menos que las partes hubieran establecido claramente otra cosa;
3. Los trabajos preparatorios son métodos complementarios de interpretación que se aplican cuando al usar los métodos establecidos en el artículo 31.1 se llega a interpretaciones

⁵ *Ibid.*; Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 447.

⁶ Anthony Aust, *supra* nota 4, 244. Traducción libre.

⁷ Sir Ian McTaggart Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 2nd ed. 1984, 118.

⁸ International Law Commission, *Report of the International Law Commission on the Work of Its Eighteenth Session*, UN Doc A/CN.4/191 (4 de mayo-19 de Julio 1966), 219. Traducción libre.

oscuras, ambiguas, absurdas o irrazonables.

4. El uso de los trabajos preparatorios no tiene como objetivo elucidar la intención de las partes, sino dar claridad sobre un término contenido en el tratado.
5. Frente a dos interpretaciones posibles, se debe preferir la que permita un resultado razonable a la luz del objetivo y fin del tratado.

La Corte Interamericana se ha pronunciado en este mismo sentido⁹ y ha indicado, además, que en el caso de interpretación de tratados de protección de derechos humanos “resulta todavía más marcada la idoneidad de los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos, frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las partes.”¹⁰

Tomando en cuenta estos criterios, la interpretación del artículo 4.1 debe hacerse tomando exclusivamente su sentido textual, de la manera más coherente según el objeto y fin de la CADH, tomando en cuenta a su vez el principio del efecto útil.

El artículo 4.1 de la CADH dispone:

“Artículo 4. Derecho a la Vida

1. 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.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 3/83 “Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana de derechos Humanos)”, 8 de septiembre de 1983, par. 49.

¹⁰ *Id.*, par. 50.

mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente”.

El Estado de Costa Rica argumenta que no viola la CADH en este caso acudiendo a este artículo en dos dimensiones: (1) la Sala Constitucional cumplió con lo establecido en el artículo 4.1 al proteger la vida desde la concepción; y (2) según la redacción del artículo 4.1 y los trabajos preparatorios del mismo, Costa Rica considera que se creó para el Estado un margen de apreciación con el fin de determinar desde cuando se protege la vida, y el Estado decidió protegerla absolutamente a partir de la concepción.¹¹

La interpretación ofrecida por Costa Rica no se desprende del artículo 4.1 de la Convención y su aplicación solo puede llevar a resultados absurdos o a resultados indeseados por el derecho internacional de los derechos humanos.

El artículo 4.1 contiene tres proposiciones. La primera se refiere a la obligación general de proteger la vida (“toda persona tiene derecho a que se respete su vida”), expresión sobre la cual no existe controversia en este caso. Es claro que dicha expresión establece un mandato a los estados de protección de la vida de las personas. Seguidamente, la segunda oración contiene el siguiente enunciado: “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.” La primera parte de esta oración también constituye un mandato a los estados de proteger la vida en forma legal. La siguiente expresión, sin embargo, levanta el mandato y establece una cierta facultad a los Estados de proteger “en general” la vida a partir de la concepción. La última frase restablece el mandato a los Estados al indicar que “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

¹¹ Alegato final de la representante de Costa Rica, Sra. Ana Lorena Brenes Esquivel, supra nota 2.

En relación con la segunda proposición, la expresión que debe ser interpretada es: “y, en general, a partir del momento de la concepción”. El término “en general” en su uso corriente es una locución adverbial que tiene dos significados: “1. locs. advs. En común, generalmente”, y uno segundo “2. locs. advs. Sin especificar ni individualizar cosa alguna”.¹² Siguiendo ambas definiciones, la expresión se entiende como una enunciación que indica que no se individualiza ni se especifica en qué momento, a partir de la concepción, ni de que manera (aunque siempre dentro del marco legal), se debe realizar la protección de la vida. Esta autorización a los Estados para establecer protecciones legales a la vida pre natal, alega Costa Rica, es equivalente a una autorización a los Estados a expandir el concepto de persona a partir del momento de la concepción.

Si la Convención tuviese ese efecto, entonces quedaría al arbitrio de los Estados definir quienes son los sujetos de derecho protegidos por la Convención: para algunos podría ser la concepción (término que también genera controversia al no ser un término científico ni legal), para otros podría ser a partir de un tiempo determinado desde la implantación, para otros podría ser al momento de la viabilidad del feto fuera del cuerpo de la mujer embarazada. El problema con este argumento es que si la CADH hubiese dejado al arbitrio de los Estados determinar desde cuando opera el mandato de protección de la vida, se le estaría dando a los propios Estados la posibilidad de definir quienes son los sujetos de protección de CADH a partir de una manipulación arbitraria del concepto de persona. Esta interpretación llevaría al absurdo de que si un Estado pudiese determinar cuándo empiezan las personas, también tendrían la misma discreción para determinar cuándo terminan. Nada impediría que un Estado decidiera que las personas comienzan 360 días después del nacimiento, o que terminan al cumplir una determinada edad. Esta interpretación es, a todas luces, irracional. Llevaría incluso a restringir el sentido de la frase siguiente de dicho artículo “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente,” ya que la determinación del concepto de persona, al poder ser definido arbitrariamente, haría de este

¹² Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Vigésima segunda edición.

mandato letra muerta pues bastaría con manipular el concepto de persona para privar de la vida de manera autorizada por el artículo 4.1. Una interpretación razonable del 4.1, por lo tanto, debe llevar a la conclusión de que la discrecionalidad del Estado opera en forma limitada, dando paso, en algún momento, a un mandato de respeto de la vida. El momento en el que comienza el mandato no puede ser otro que el del nacimiento. Esto, además de parecer obvio, se desprende del artículo 1 de la Convención al establecer el mandato de no discriminación raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, *nacimiento* o cualquier otra condición social. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma del nacimiento, no se puede discriminar a las personas por dicha condición.

La pregunta entonces es si la expresión “en general” se puede interpretar como un mandato de respeto a la vida a partir del nacimiento, y una autorización a los Estados para ampliar dicho respeto en igualdad de condiciones, vale decir, tratando como persona a los embriones, a partir de la concepción. Esta interpretación no es necesariamente irracional, pero lleva invariablemente a resultados inconsistentes. Por ejemplo, en caso de divorcio, el tratamiento igualitario del embrión y la persona nacida implicaría una intervención en la vida privada y familiar que obligaría a los tribunales a tener que informarse sobre el posible embarazo de la mujer que se divorcia para determinar obligaciones patrimoniales para con el no nacido. En caso de sucesión, por ejemplo, al momento de morir el progenitor la propiedad debiera dividirse tomando en cuando el hijo no nacido, incluso si este tiene un día de gestación. Aún más, en materia penal, no solo la pena de muerte, sino cualquier pena privativa de libertad debería ser conmutada a la mujer embarazada, puesto que su privación de libertad implicaría privación de libertad sin debido proceso del embrión (esto considerando que el ambiente donde se desarrolla un feto influye en su bienestar posterior). Y así llegamos a la sentencia de la Corte Constitucional de Costa Rica del 2004 en la que, sosteniendo que las personas comienzan en la concepción, hace todo un análisis de distinción entre personas nacidas y no nacidas que resultaría violatorio del artículo 24 de la Convención Americana si se aplicara entre personas nacidas. La Corte Suprema de Costa Rica señaló:

“en el acto de establecer normativamente una diferencia entre la situación de un ser humano nacido y la de un ser humano que aún no ha nacido, para, con base en dicha distinción, imponer sanciones diferentes para cada una de las modalidades de lesión que se produce al derecho a la vida de ambos. En primer lugar, reconoce la Sala que aunque en los dos casos se trata de seres humanos, es también verdad que se encuentran en etapas de desarrollo claramente diferenciadas, no solo desde el punto de vista médico, sino desde una perspectiva social, de modo que existe una base objetiva y perceptible para diferenciar.”¹³

La interpretación más razonable del 4.1 debiera llevar, entonces, al reconocimiento de que la CADH autoriza a los Estados a ampliar el margen de respeto de la vida desde el momento de la concepción, pero de una manera que no sea incompatible con el ejercicio de los derechos humanos reconocidos por dicho instrumento a las personas nacidas.

En otras palabras, la expresión “en general” contenida en la segunda oración cambia la protección contenida en la primera oración del artículo 4.1 el cual está referido al derecho a la vida de la persona, que a la luz del artículo 1.2 persona es “todo ser humano”. La expresión “en general” indica que el deber de respeto a la vida de la persona es distinto a la protección que debe brindar el Estado a la vida pre natal.

La interpretación sistemática del tratado confirma esta interpretación. Si se hace un análisis textual de los demás artículos de la Convención, la única interpretación posible del concepto de persona y de ser humano a los que hace referencia el artículo 1.1 y 1.2 es aquella que hace referencia a las personas desde el nacimiento. Es importante hacer notar que este no es un juicio de valor respecto de cuando comienza la vida, ni desde cuando se es persona desde una concepción filosófica, religiosa o científica. Lo único que es posible dilucidar es el concepto de

¹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, 2004-02792, 17 de marzo de 2004.

persona utilizado por el texto mismo de la Convención, para efectos de la misma, al cual se encuentran sometidos los Estados por efectos del *pacta sunt servanda*.

El mismo artículo 4, en su numeral 5, se refiere a quienes no podrán ser objeto de pena de muerte. Allí, el primer grupo de personas, los menores de 18 años, no incluye a los embriones. Si la Convención hubiese autorizado a los Estados a definir como personas a los cigotos, embriones, fetos o cualquier otro tipo de estadio pre natal, no habría sido necesario incluir expresamente a la mujer embarazada, puesto que la legislación interna que hubiese ampliado el concepto de persona habría automáticamente tenido que aplicar el artículo 4.5 a las mujeres en estado de gravidez dentro de la exención a los menores de 18 años. Por otra parte, el hecho de que se diferencie en dicho artículo a los menores de 18 años respecto de las mujeres embarazadas solo puede significar que la Convención está estableciendo una protección especial a la mujer embarazada como una manera de proteger la vida pre natal pero no es un reconocimiento de personalidad jurídica al embrión. Esta protección se subordina a la protección de las personas sujetos de la Convención. En este caso, la norma es consecuente puesto que no afecta, sino por el contrario, beneficia a la mujer embarazada en su calidad de sujeto de derechos y no solo en su calidad de portadora del objeto de protección de dicha norma convencional.

El artículo 17.5 establece que la “ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos **nacidos** fuera de matrimonio como a los **nacidos** dentro del mismo. (subrayado fuera del texto original)” La expresión “nacidos” confirma que es a partir de este momento que la Convención prohíbe la diferenciación de acuerdo al estado civil de los progenitores, con lo cual se reafirma la interpretación textual sobre los sujetos de derecho respecto del 1.2 de la CADH.

A través del razonamiento anterior queda claro que la CADH ni otorga un mandato de protección al embrión, ni autoriza a los Estados a expandir el concepto de persona. Una conclusión opuesta llevaría a un resultado no razonable que dejaría sin efecto útil a la expresión “en general” y que no encuentra sustento en el texto mismo del tratado. Lo que el artículo hace, es entregar a los

Estados cierta discrecionalidad para establecer regulaciones de protección a la vida del embrión y del feto sin por ello llegar a darle el carácter de persona para efectos de la CADH.

3.3 El uso no autorizado por la CVDT de los trabajos preparatorios de la Convención para definir la interpretación de artículo 4.1 de la CADH

El Estado de Costa Rica argumenta que la expresión “en general”, según se interpreta a partir de los trabajos preparatorios, fue incluida para que cada Estado tuviera un margen de apreciación para definir el momento de la concepción y por tanto la protección de este derecho. Este uso de los trabajos preparatorios no es legítimo a la luz de los artículos 31 y 32 de la CVDT, al menos por dos razones.

En primer término, los trabajos preparatorios deben ser usados para dilucidar un significado ambiguo, oscuro o absurdo de la Convención, lo cual no se presenta en este caso como se demostró en el análisis textual y teleológico del artículo 4.1 realizado anteriormente. La discrepancia del Estado con la interpretación obtenida bajo la regla general de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena no lo autoriza para realizar una interpretación con reglas complementarias, que al final terminan sustituyendo la interpretación del uso corriente de las expresiones de la Convención.

En gracia de discusión, si se aceptara que la interpretación textual y teleológica que se ofrece previamente es oscura, ambigua o absurda, los trabajos preparatorios no ofrecen ningún significado preciso sobre el contenido de la expresión “en general” en relación con la fecundación *in Vitro*, toda vez que esta técnica es sobreviviente al tratado.

En segundo término, la escueta discusión que se presentó sobre este artículo y en particular sobre

la expresión “en general”¹⁴, no se dio en el contexto de analizar el uso de tecnología disponible para sobrellevar una discapacidad como la infertilidad.

Finalmente, es preocupante que el Estado trate de argumentar un margen de apreciación a partir de un análisis de los trabajos preparatorios. La idea del margen de apreciación es extraña al sistema interamericano de derechos humanos y para ser tenida en consideración por la Corte Interamericana debería tener un sólido sustento en la Convención y no simplemente en una interpretación suplementaria del tratado, como lo son los trabajos preparatorios. El Estado pretende argumentar un margen de apreciación con un precario conjunto de materiales históricos que a todas luces son amorfos y no ofrecen un significado unívoco de “un margen de apreciación”. Ahora bien, como se advirtió previamente según el artículo 32 de la CVDT, el uso de los trabajos preparatorios como técnica complementaria de interpretación no permite la aplicación de una técnica originalista en la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos que busque indagar la intención original de las partes sobre una expresión. Las pretendidas intenciones de las partes signatarias de un tratado no pueden conducir a la idea de un margen de apreciación sobre las normas contenidas en la Convención. Por todo lo anterior, el uso de los trabajos preparatorios no es pertinente, ni ayuda a dilucidar el término “en general” para el caso en estudio, ni crea un margen de apreciación para los Estados respecto al artículo 4

A la luz de las reglas de interpretación de la CVDT, el artículo 4.1 debe interpretarse en el sentido que no crea una obligación absoluta de protección de la vida desde la concepción, ni tampoco establece discrecionalidad para expandir el concepto de persona para efectos de la aplicación de la CADH. Nada impide que Costa Rica defina el concepto de persona para efectos de su derecho interno de la manera que el legislador lo indique. Dicha conceptualización, sin embargo, no puede afectar el cumplimiento del Estado de los derechos establecidos en la CADH

¹⁴ Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2003, página 66.

y en otros tratados internacionales de los que sea parte. Sin embargo, incluso si se llegara a la improbable conclusión de que la CADH autoriza a tratar como personas a los no nacidos a partir de la concepción, dicho tratamiento debe ajustarse al cumplimiento de la CADH y los demás tratados internacionales de los que sea parte, por lo que una prohibición absoluta que impide sin ponderación alguna el ejercicio de otros derechos de la Convención también es violatoria de la misma.

3.4 La interpretación del artículo 4.1 de la CADH a la luz de las reglas de interpretación del Artículo 29 de la CADH

La interpretación del artículo 4.1 debe atender también las reglas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención, el cual establece:

“Artículo 29. 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”.

En general, el artículo 29 nos indica que las normas contenidas de la Convención no pueden ser interpretadas para suprimir, limitar o excluir derechos contenidos en la CADH, las leyes y otros tratados de los cuales es signatario el Estado, aquellos inherentes al ser humano y los contenidos en la Declaración Americana de Derechos Humanos.

La interpretación dada por Costa Rica al artículo 4.1 no obedece a las reglas contenidas en el artículo 29 toda vez que vulneran de forma arbitraria y desproporcionada el derecho a fundar a

una familia, la no interferencia en la vida íntima y familiar y el derecho a la igualdad y no discriminación, no sólo amparados en la CADH sino en otros instrumentos internacionales como se pasará a detallar. Esta vulneración se da independiente de que se acepte la tesis de Costa Rica de que la CADH autoriza la ampliación del concepto de persona al no nacido, o si se está a la posición mas razonable a la luz de la interpretación textual y sistemática en el sentido que la CADH autoriza la protección de la vida pre natal de manera subordinada al respeto de los derechos establecidos por la CADH para las personas.

Si efectivamente se aceptara que Costa Rica tiene discrecionalidad para aplicar la CADH a los no nacidos después del momento de la concepción, la regulación que imponga de protección de cualquier derecho, incluida la vida, debe dejar espacio para una ponderación de los intereses en juego y la aplicación del test de proporcionalidad como lo aplica habitualmente esta Honorable Corte. Aplicando el artículo 29, por lo tanto, se llega invariablemente a la conclusión de que Costa Rica ocupó el medio más restrictivo posible para proteger un derecho, sacrificando así el plan de vida familiar e interfiriendo en la vida de muchas personas.

En primer término, la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica vulneró el derecho a fundar una familia contenido en el artículo 17 de la Convención, en particular 17.1 que establece que la familia es un “elemento natural y fundamental de la sociedad” a la cual se debe protección estatal. También se vulneró el 17.2 que reconoce el derecho a fundar una familia sin discriminación alguna. Este derecho es piedra angular de la Convención, que no sólo encuentra sustento en el artículo 17, sino también en el artículo 11.2 sobre no injerencia arbitraria en la vida familiar. Además se trata de un derecho no suspendible a la luz del artículo 27.2 y es una de las instituciones en las cuales surgen deberes para las personas como se encuentra establecido en el artículo 32. Por todo esto, se evidencia que la familia es un elemento central en el sistema de protección de derechos humanos. Esto además tiene correlación con la importancia social, biológica y cultural de la familia en nuestras sociedades,

institución en la cual surgen las primeras relaciones de solidaridad, afecto y apoyo mutuos.¹⁵ La Corte ha hecho una lectura amplia y protectora de este artículo en el sentido de amparar todos los modelos familiares que existen en la región, así en el caso Karen Atala e hijas contra Chile, la Corte afirmó:

“142. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”.¹⁶

Esta misma interpretación ha sido dada, en relación al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por el Comité de Derechos Humanos, indicando que el concepto de familia debe ser interpretado ampliamente.¹⁷

La interpretación hecha por Costa Rica en cuanto a que la CADH le entrega la discreción para expandir el concepto de persona no amplía, sino que restringe el ejercicio de los derechos protegidos por la CADH. En efecto, *a priori* se podría argumentar que al ampliar el concepto de persona se están protegiendo más sujetos. Este, sin embargo, es un argumento equivocado y contraproducente para el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Como se analizará a continuación, la prohibición absoluta de la fertilización *in Vitro* hace imposible el ejercicio del derecho a la privacidad y a la familia por parte de aquellas mujeres y hombres que necesitan asistencia de tecnología existente para ejercer dicho derecho. La prohibición, además, impide *crear* vida. Al final: no hay nuevos sujetos de derechos y no hay ejercicio del derecho a la vida privada y familiar.

¹⁵ Ver Elizabeth Jelin, “Las familias latinoamericanas en el marco de las transformaciones globales”, en Irma Arriagada, coord., *Familia y Políticas Públicas en América Latina: Una historia de desencuentros*, Naciones Unidas, 2007, páginas 93 a 121.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Karen Atala Riffo e hijas contra Chile**, sentencia del 24 de febrero de 2012.

¹⁷ Comité de Derechos Humanos, Comentario general 16, XXIII Sesión 1988, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 21 (1994), párrafo 5.

En el presente caso, la Sala Constitucional no tuvo en consideración la protección que la Convención brinda a la familia y el derecho a fundarla sin discriminación alguna. Costa Rica ha creado una distinción entre personas fértiles e infértiles, dejando a estas últimas sin recurso para poder procrear, existiendo la tecnología para hacerlo, la que además es ampliamente aceptada en el resto de la región. A la luz del artículo 29.b. Costa Rica limitó los derechos contenidos en su propio ordenamiento interno y los derechos contenidos en otros tratados de los cuales el Estado es parte tales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad (CDPD) y la Convención contra todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Este memorial no se referirá al ordenamiento interno de Costa Rica, puesto que su interés está en la correcta aplicación y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

El artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece la protección de la vida íntima y familiar frente a interferencias arbitrarias. El artículo 23 se refiere a la protección de la familia en términos similares a los establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. Sobre estos artículos el Comité de Derechos Humanos en la Observación General 19 estableció que el derecho a fundar una familia contiene “la posibilidad de procrear.” En palabras del Comité:

5. El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias.

El derecho a fundar a una familia lleva implícito que la pareja pueda procrearse pudiendo hacerlo con los medios apropiados. El Estado y el perito Marco Gerardo Monroy afirmaron en la audiencia que no existe un derecho a la reproducción asistida en los tratados de derechos humanos.¹⁸ No obstante, un derecho formulado explícitamente de esa manera no es necesario

¹⁸ Audiencia Pública, Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica, Parte 3, 6 de septiembre de 2012, disponible en <http://vimeo.com/48973738>

porque el Estado tiene el deber de no interponer condiciones arbitrarias al ejercicio de un derecho. En este caso el Estado no puede afirmar que protege el derecho a fundar una familia y al mismo tiempo prohibir la única técnica por la cual una pareja puede procrear. Proteger un derecho implica no obstaculizar los medios y condiciones para su ejercicio. Así ocurre con otros derechos humanos como el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la libertad de expresión u otros contenidos en la Convención. Por ejemplo, si el Estado prohibiera la realización de pruebas de ADN para determinar la paternidad, esta medida violaría el derecho a la personalidad jurídica porque crearía una barrera de acceso al único medio científico disponible para tal fin, que no sólo es el más eficaz sino el que mejor protege los derechos de los ciudadanos. El desarrollo científico está unido indiscutiblemente a la protección y garantía de los derechos humanos, porque gracias a él podemos determinar con mayor precisión las causas de nuestros problemas, las consecuencias de nuestras acciones y podemos tomar las mejores decisiones sobre los derechos y las políticas públicas de forma informada y basados en la evidencia.

La Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad también establece protecciones similares para la no injerencia arbitraria en la vida familiar (artículo 22) y el respeto del hogar y la familia (artículo 23). En particular este último artículo establece la eliminación de cualquier forma de discriminación en la vida familiar contra las personas con discapacidad (23.1), y se propone asegurar los siguientes derechos:

- a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;
- b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;
- c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.

El literal b) del artículo 23.1 establece la garantía de los medios necesarios para ejercer el derecho a decidir libremente el número de hijos que se quieren tener, con lo cual se demuestra que existe una conexión entre medios técnicos y de otra naturaleza para la realización de los derechos humanos. De igual manera la Convención hace una particular referencia a la fertilidad como una situación protegida para los niños y niñas con discapacidad, con lo cual se puede deducir una especial protección a la fertilidad como un elemento protegido dentro del tratado.

Finalmente, la Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer es vulnerada también en este caso, en particular los artículos 5, 12 y 16. La CEDAW reconoce que la maternidad tiene una función social que debe ser reconocida por los Estados (artículo 5) lo cual no es tenido en cuenta en el análisis de la Sala Constitucional, ni del Estado ante el sistema interamericano.

El Estado además mantiene una medida discriminatoria en relación con la atención médica, en particular el artículo 12.2 sobre los servicios apropiados para el embarazo:

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Junto con el artículo 12, se vulnera también el artículo 16 que garantiza la eliminación de la discriminación de la mujer en la esfera familiar, en particular el literal e) del artículo 16.1 que establece que la mujer tiene:

“e. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;”

Tanto la CEDAW, como la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, establecen el derecho a decidir el número de hijos con una mención expresa a “los medios que les permitan ejercer estos derechos”, con lo cual se confirma que los medios idóneos para la

reproducción no pueden ser prohibidos por el Estado y deben ser garantizados como parte de estos derechos contenidos en los tratados. En el presente caso la Sala Constitucional negó los derechos a fundar una familia, manifestados en el derecho a la procreación y en el acceso sin restricciones arbitrarias a los medios para decidir el número de hijos.

Finalmente, y para tener una interpretación completa a la luz del artículo 29 literales c) y d), es evidente que el derecho a fundar una familia hace parte de aquellos derechos inherentes a la naturaleza humana y que encuentra sustento en casi todas las normas de derechos humanos y en las constituciones de la región. Este derecho también se encuentra amparado en la Declaración Americana de Derechos Humanos en sus artículos 5, 6 y 14. Estos derechos tampoco fueron considerados por la Sala Constitucional al darle una prioridad absoluta a la vida pre natal.

Como se indicó anteriormente, incluso si con una lógica poco clara se llegara a la conclusión de que la CADH le entregó a Costa Rica la discreción suficiente como para expandir el concepto de persona, y que dicha discreción tendría efecto en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, la prohibición absoluta impide la ponderación de derechos, privilegiando *a priori*, la vida del embrión por sobre toda otra consideración. En este sentido, cualquiera sea la interpretación que se haga del artículo 4.1, no es posible afirmar que la CADH autorice a jerarquizar los derechos establecidos en ella poniendo el derecho a la vida como *per se* y sin excepciones, por sobre los demás derechos. Es obvio que se debe estar vivo para poder gozar de los demás derechos pero el respeto a la vida también esta abierto a ponderación frente a otras consideraciones. Esto lo ha indicado la propia Corte Suprema de Costa Rica para justificar las distintas penalidades o eximentes de responsabilidad que se derivan de la privación de vida:

“[A]l núcleo central de una acción consistente en dar muerte a una persona, se agregan muchas otras circunstancias diferentes que se suman para reprimirla en forma diferente según la naturaleza y relevancia de tales particularidades. Así, por ejemplo se toma en cuenta la voluntad del sujeto activo para distinguir el caso del homicidio culposo; la relación entre autor y víctima en el parricidio o del infanticidio o la particular condición y título del sujeto pasivo en el magnicidio, para mencionar solo algunas de las variantes. Todo esto sirve para concluir que es perfectamente factible rescatar y tomar en cuenta

diferentes circunstancias y aspectos que, sumados al núcleo básico de la acción lesiva del bien jurídico vida, sirvan para el establecimiento de penas que sean el reflejo de la mayor y más ajustada proporcionalidad posible entre el disvalor que representa para la sociedad cada concreta acción delictiva en cada una de sus variantes, por un lado, y por otro, la pena con que se le ha de sancionar”.¹⁹

Por todo lo anterior, la interpretación dada por el Estado de Costa Rica al artículo 4.1 de la Convención no sigue las reglas de interpretación del artículo 29 y lleva a resultados que anulan el derecho a fundar una familia que se encuentra protegido tanto en la Convención, como en otros tratados y leyes de Costa Rica, en la Declaración Americana de Derechos Humanos y tiene conexión con las características inherentes del ser humano. En consecuencia, la interpretación del artículo 4.1 ofrecida por el Estado es la que produce resultados más lesivos a la Convención.

Sin duda un Estado puede regular los derechos establecidos en la Convención, pero no significa que pueda hacerlo de cualquier manera, o leyendo de forma aislada las normas del tratado. Como se advirtió la Convención tiene un objeto y fin, y este debe ser leído integralmente como lo ordena el artículo 29. De esta manera las reglas de interpretación contenidas en ese artículo, son también reglas que deben ser tenidas en cuenta por los Estados al momento de regular o aplicar los derechos de la CADH.

4. La no aplicación de la doctrina del margen de apreciación en la interpretación del artículo 4.1 de la CADH

Durante la audiencia pública de 5 y 6 de septiembre de 2012 Costa Rica abogó por la utilización de la doctrina del margen de apreciación, propia del sistema europeo de derechos humanos, para la resolución de este caso.²⁰ Esta doctrina, como se explica a continuación, no tiene aplicación y sería contraproducente que la tuviera en el sistema interamericano de derechos humanos.

¹⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, *supra*, nota 13.

²⁰ Alegato final de la representante de Costa Rica, *supra* nota 2.

Para justificar dicho margen de apreciación, habría que remitirse al texto mismo de la Convención y en la aplicación que esta Corte como intérprete última de ella haya hecho de tal doctrina.²¹ Tomando en cuenta estos criterios y como se explica a continuación, es claro que la doctrina del margen de apreciación no tiene aplicación en el sistema interamericano de derechos humanos.

Hay tres argumentos principales por los que esta doctrina no es aplicable en el sistema. En primer lugar, existen diferencias entre el sistema interamericano y el sistema europeo de derecho humanos tanto en los textos de los tratados como en las facultades de los órganos jurisdiccionales que hacen que la aplicación de esta doctrina sea pertinente en el sistema europeo y no en el sistema interamericano. En segundo lugar la historia y contexto de cada uno de los sistemas es diferente y hace que la aplicación de esta doctrina sea contraproducente en para la protección de los derechos humanos en la región. En tercer lugar, esta doctrina no encuentra respaldo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni en la práctica internacional de los Estados de la región. En conclusión introducir esta doctrina tal y como lo sugiere Costa Rica traería consigo consecuencias indeseadas para la totalidad del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

4.1 Elementos de la doctrina europea del margen de apreciación

Antes de presentar los argumentos concretos sobre su inaplicabilidad en el sistema interamericano, es importante recordar algunos elementos de la doctrina del margen de apreciación en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Aunque es un criterio que también ha sido usado por la Corte Internacional de Justicia²², sólo nos concentraremos en la doctrina relativa al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, **caso Almonacid Arellano y otros v. Chile**, 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

²² Yuval Shany, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?” en *The European Journal of International Law*, Vol 1, No 5. 2006, páginas 907-940.

En primer lugar, el margen de apreciación es una doctrina que se refiere a la discreción que tienen los Estados europeos para interpretar algunas normas del CEDH. Esta doctrina no tiene una definición en el CEDH, ni en los trabajos preparatorios y tiene su origen en la doctrina del Consejo de Estado francés del “*marge d’appréciation*.”²³ No existe una doctrina organizada y comprensiva, lo cual no significa que no se puedan deducir principios generales de la aplicación hecha por la Corte Europea.

En segundo lugar, el concepto del margen de apreciación surge, asimismo, de dos ideas íntimamente relacionadas: (i) no habría consenso en los países del sistema europeo sobre algunos términos del CEDH sin contenido preciso²⁴; (ii) para llenar de contenido estas expresiones los Estados se encuentran en una mejor posición por cuanto tienen mayor contacto con los hechos y las comunidades.

En tercer lugar, esta doctrina se ha creado atendiendo a distintas situaciones y normas del CEDH, y entre los 700 casos de la Corte Europea que lo usan se pueden diferenciar tres aplicaciones. La primera se refiere al inicio de la doctrina en la interpretación del artículo 15 del CEDH relacionado con las derogaciones de las obligaciones por parte de los Estados, en particular para interpretar las expresiones relacionadas con el peligro de la vida de la nación. La segunda se refiere a la interpretación dada a los artículos 8 al 11 del CEDH que contienen una cláusula similar de limitación²⁵. La tercera se relaciona con el contenido concreto del derecho, como ocurre en el caso del derecho a contraer matrimonio (artículo 12), el derecho a la vida íntima y familiar (artículo 8) y el derecho a la vida (artículo 2).²⁶

²³ Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, página 14.

²⁴ Ver María Angélica Benavides. “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, en *Revista Ius Praxis*, Talca, año 15, n.º 1, 2009, páginas 295-310.

²⁵ Ver Ximena Fuentes Torrijo, “La Protección de la Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Promoción de la Democracia”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), 2002, Vol .13, páginas 225-244.

²⁶ Un análisis similar en *Ibid.*

En cuarto lugar, la doctrina del margen de apreciación ha sido entendida en el contexto de interpretación del tratado acorde a lo establecido en la CVDT y el propio CEDH. Para ello, el margen de apreciación debe ser aplicado junto con los principios de efectiva protección, legalidad, democracia, entendimiento común, autonomía, interpretación evolutiva, subsidiariedad, proporcionalidad y pluralismo²⁷.

4.2 La inaplicabilidad de la doctrina europea del margen de apreciación al sistema interamericano de derechos humanos

Con las características mencionadas y las que se exponen en la jurisprudencia y la literatura sobre esta materia pasaremos a señalar la inconveniencia de aplicar la doctrina europea del margen de apreciación al sistema interamericano. Es claro que los Estados tienen un margen de maniobra y una variedad de facultades para cumplir el tratado a nivel interno, pero en este caso el Estado costarricense está solicitando que se permita un margen de apreciación similar al que existe en el sistema europeo respecto al artículo 4.1, lo cual consideramos no es posible a la luz de las diferencias entre los sistemas de derechos humanos.

En primer lugar, los textos de la CADH y el CEDH son sustancialmente distintos en relación con las derogaciones y limitaciones. Mientras el CEDH otorga mayores poderes de derogación (artículo 15 CEDH) y de limitación de los derechos, la CADH dispone de un sistema de suspensión de garantías más estricto, con más derechos no suspendibles (artículo 27), entre los cuales se encuentra el derecho a la vida (artículo 4) y a fundar una familia (artículo 17). Además, existe una diferencia sustancial en las obligaciones asignadas en cada tratado, mientras la CADH tiene una obligación de tomar medidas internas, el CEDH no tiene una regulación similar. Otra diferencia textual se encuentra en el derecho a la vida íntima y familiar. El artículo 8 del CEDH puede ser limitado bajo las siguientes condiciones: “No podrá haber injerencia de la autoridad

²⁷ Para el análisis de estos principios Steven Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention of Human Rights*, Council Europe Publishing, 2000, páginas 14-21.

pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Por su parte, esa limitación no existe en la CADH.

En segundo lugar, la historia y contexto de los sistemas es muy distinta, por al menos tres razones: (i) el sistema interamericano tiende más a la protección del individuo sin importar su nacionalidad y por tanto tiende al universalismo. Esto queda claro en el Preámbulo de la CADH al indicar que:

“[L]os derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;”

Adicionalmente, el artículo 29 de la CADH le imprime al sistema interamericano de derechos humanos un elemento esencial y diferenciable que no tiene el sistema europeo de derechos humanos, a saber, el principio *pro persona*.

Por esta razón no es una práctica común del sistema ni de los Estados analizar un “consenso” regional sobre algún derecho de la CADH. El sistema europeo, en cambio, desde sus inicios²⁸ buscó balancear la protección de los derechos y el consenso europeo; (ii) el sistema europeo se creó en un contexto en el cual la mayoría de los países vivían en democracia, por tanto las violaciones de derechos humanos que se conocen desde entonces no se relacionan con graves atrocidades o regímenes autoritarios. Por el contrario, el sistema interamericano de derechos humanos nació y se desarrolló en un contexto de dictaduras, regímenes aparentemente democráticos y en general en un contexto de graves violaciones de derechos humanos,

²⁸ Comisión Europea de Derechos Humanos, Application N° 176/56, Greece v. United Kingdom, en Yearbook of the European Convention on Human Rights, vol. 2, 1958-1959, p. 182. Lawless v. Ireland, sentencia del 1 de julio de 1961, párrafos 23 al 30.

incluyendo los recientes debates de justicia transicional. Un indicador de esto puede ser los derechos analizados en cada sistema como lo indica Cançado Trindade, quien afirma que:

“en el sistema europeo hasta la fecha, los casos en su gran mayoría han planteado cuestiones bajo el artículo 6 de la Convención Europea (debido proceso legal), y también bajo el artículo 5 (protección de la libertad y seguridad de la persona), mientras que, en el sistema interamericano hasta el presente, en no menos del 70% de los casos se han alegado violaciones de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal (bajo los artículos 4 y 5 de la Convención Americana)”²⁹.

En tercer lugar, la doctrina del margen de apreciación por las razones anotadas previamente no encuentra respaldo explícito en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni en la práctica internacional de los Estados de la región. De hecho, la jurisprudencia interamericana generalmente analiza los conflictos de derechos realizando un test de proporcionalidad como acertadamente lo propone la CIDH y nunca usando la idea de un margen de apreciación para el Estado. Si bien la Corte Interamericana ha usado la expresión “margen de apreciación” en dos ocasiones (opinión consultiva No. 4 y el en caso Herrera Ulloa contra Costa Rica), no puede deducirse de este uso lingüístico una doctrina general en el sistema interamericano y debe entenderse este uso en el contexto de la CADH y de los artículos y hechos estudiados.

En la Opinión Consultiva número 4, la Corte dijo sobre el margen de apreciación en relación con la nacionalidad:

58. Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse **y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.**

²⁹ Cançado Trindade, El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, página 387. Citado por Op. Cit. Benavides, página 241.

...
62. Esa conclusión de la Corte **tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados**. La mayoría de estas hipótesis, no sometidas por cierto a la consideración de la Corte, constituyen verdaderos casos de discriminación en razón del origen o del lugar de nacimiento que crean injustamente dos grupos de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país”³⁰.

Es importante notar que incluso en este margen de apreciación siempre debe respetar los derechos mínimos de la CADH, como se confirmó en el caso Baruch Ivcher contra Perú:

88. No obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, como lo ha señalado este Tribunal, la evolución registrada en esta materia demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de éstos y que en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurre la competencia de los Estados, sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos”³¹.

La otra situación en la cual la Corte ha usado la expresión “margen de apreciación” fue al estudiar las garantías judiciales de artículo 8, en el caso Herrera Ulloa contra Costa Rica, en particular, el derecho a recurrir la sentencia. En esa decisión la Corte consideró que:

“Si bien los Estados **tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo**. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos”³².

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, **Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización**, opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, párrafos 58 y 62.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, **Baruch Ivcher contra Perú**, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 88.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, **Herrera Ulloa contra Costa Rica**, sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 161.

Tanto en la Opinión Consultiva como en el caso Herrera Ulloa, la Corte Interamericana usa la expresión “margen de apreciación” como sinónimo de discreción limitada para desarrollar en derecho interno algunos conceptos legales de carácter general aplicables dentro de su jurisdicción. En ambos casos, sin embargo, limita su aplicación al respeto de los derechos contenidos en la Convención. Se trata, por tanto, de una facultad limitada por la Convención y no de una facultad interpretativa de la misma Convención. Así, aunque en ambas oportunidades usó la frase “margen de apreciación”, no lo hizo aplicando la doctrina del margen de apreciación de la Corte Europea de Derechos Humanos que entrega a los Estados amplitud para interpretar conceptos y determinar la aplicación del CEDH.

Costa Rica plantea, ni más ni menos, que dejar a los propios Estados la discreción para definir quienes son sujetos de derecho internacional, y además, dejar sin control de convencionalidad las acciones del Estado relativas a la protección de los derechos establecidos por la Convención. El razonamiento lleva a que, en la medida que el Estado esté protegiendo un derecho establecido por la CADH, la Corte no podría revisar si la medida adoptada es proporcional y si responde de manera correcta a un fin legítimo.

Finalmente, introducir esta doctrina tal y como la plantea el Estado traería consigo consecuencias indeseadas para la totalidad del sistema interamericano de protección de derechos humanos, porque sustituiría una técnica con amplio respaldo en la jurisprudencia como lo es el test de proporcionalidad, dejaría a los Estados la determinación del contenido de los derechos, incluyendo sus elementos esenciales y liberaría del control de la Corte a las decisiones del Estado. Costa Rica desea aplicar la Convención por sí y para sí, usando como argumento la doctrina del margen de apreciación que como se vio es extraña al texto, el contexto y la jurisprudencia interamericana.

4.3 La no aplicación de la doctrina europea del margen de apreciación sobre el artículo 4.1 al caso Artavia Murillo contra Costa Rica

La aplicación de la doctrina del margen de apreciación no solo es ajena al sistema interamericano sino que, además, aplicada a este caso particular tampoco surgiría los efectos que busca Costa Rica de permitirle una prohibición absoluta de procrear mediante la técnica de fertilización *in Vitro*. Esto, por tres razones que se desarrollarán a continuación: en primer lugar, otorgar al Estado un margen de apreciación sobre una expresión del tratado no lo sustrae del control de la Corte cuando se observe que las medidas tomadas son irrazonables o desproporcionadas. En segundo lugar, existe un consenso regional que permite la práctica de la fecundación *in Vitro*, con lo cual se demuestra que no existe ninguna controversia regional sobre el asunto y por tanto no aplica al margen de apreciación. En tercer lugar, si Costa Rica considera que tiene un margen de apreciación sobre el artículo 4.1 de la Convención debe ser coherente en su aplicación. Respecto a este artículo, como se explicará, el Estado no lo es.

En primer lugar, es efectivo que la Corte Europea de Derechos Humanos ha dado a los Estados un margen de apreciación para definir el contenido del derecho a la vida antes del nacimiento, teniendo en cuenta que los Estados no tienen un criterio común y que se trata de un asunto de discusión social y política en cada país. No obstante, en los casos sobre interrupción voluntaria del embarazo y fecundación *in Vitro* la Corte Europea, reconociendo a los Estados un margen de apreciación amplia, ha indicado que éste no es absoluto y que las medidas tomadas por el Estado deben ser analizadas a la luz del principio de proporcionalidad. Así por ejemplo, en el caso *Open Door contra Irlanda*, la Corte Europea señaló que “no puede estar de acuerdo en que la discreción del Estado en el campo de la protección de la moral sea irrestringible e irrevisable.”³³

³³ Corte Europea de Derechos Humanos, **Open Door and Dublin Well Woman contra Irlanda**, sentencia 23 de septiembre de 1992, párrafo 68. **Traducción libre. El párrafo completo indica en su versión en inglés:**

“68. **The Court cannot agree that the State’s discretion in the field of the protection of morals is unfettered and unreviewable** (see, mutatis mutandis, for a similar argument, the Norris v. Ireland judgment of 26 October 1988, Series A no. 142, p. 20, para. 45). It acknowledges that the national authorities enjoy a wide margin of appreciation in matters of morals, particularly in an area such as the present which touches on matters of belief concerning the nature of human life. As the Court has observed before, it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States a uniform European conception of morals, and the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of the requirements of morals as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them (see, inter alia, the Handyside v. the United Kingdom judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 22, para. 48, and the Müller

Este argumento fue reiterado en *A, B y C contra Irlanda*, donde la Corte afirmó “que el margen de apreciación no es ilimitado.”³⁴ Finalmente, en el mismo sentido dijo en *Costa y Pavan contra Italia*, que “reconociendo que el tema de acceso a DIP [diagnóstico genético pre implantatorio] suscita delicadas interrogantes de orden moral y ético, la Corte nota que la elección hecha por el legislador no escapa el control de la Corte.”³⁵

La Corte Europea no pierde competencia para analizar el fondo de la cuestión que el Estado ha decidido. Si se aplica este criterio al caso concreto, la Corte Interamericana podría analizar si la decisión tomada por Costa Rica es proporcional según el objetivo legítimo que el Estado ha definido. En este caso el margen de apreciación fue usado para determinar tanto el fin legítimo como los medios, pero como lo demuestra la CIDH en su informe de fondo, los medios seleccionados por el Estado no son idóneos y afectan desproporcionadamente los derechos de las víctimas, aunque acepta el fin legítimo propuesto por el Estado. El margen de apreciación no es un margen de arbitrariedad³⁶, ni una autorización para establecer prohibiciones absolutas al derecho a fundar una familia sin control jurisdiccional o interpretaciones absolutas del derecho a

and Others v. Switzerland judgment of 24 May 1988, Series A no. 133, p. 22, para. 35). However this power of appreciation is not unlimited. It is for the Court, in this field also, to supervise whether a restriction is compatible with the Convention”.

³⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, **A, B y C contra Irlanda**, sentencia de 16 de diciembre de 2010, párrafo 238. Traducción libre. El párrafo completo indica en su versión en inglés: “238. **It is indeed the case that this margin of appreciation is not unlimited.** The prohibition impugned by the first and second applicants must be compatible with a State’s Convention obligations and, given the Court’s responsibility under Article 19 of the Convention, the Court must supervise whether the interference constitutes a proportionate balancing of the competing interests involved (*Open Door*, § 68). A prohibition of abortion to protect unborn life is not therefore automatically justified under the Convention on the basis of unqualified deference to the protection of pre-natal life or on the basis that the expectant mother’s right to respect for her private life is of a lesser stature. Nor is the regulation of abortion rights”.

³⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, **Costa y Pavan contra Italia**, sentencia de 28 de agosto de 2012, párrafo 67” Traducción libre. “67. La Cour relève ensuite que dans l’arrêt S.H. (précité, § 96), la Grande Chambre a établi que, en matière de fécondation hétérologue, compte tenu de l’évolution de la branche en examen, la marge d’appréciation de l’Etat ne pouvait pas être restreinte de manière décisive. 68. **Tout en reconnaissant que la question de l’accès au D.P.I. suscite de délicates interrogations d’ordre moral et éthique, la Cour relève que le Choix opéré par le législateur en la matière n’échappe pas au contrôle de la Cour** (voir, mutatis mutandis, S.H., précité, § 97)”.

³⁶ En el mismo sentido sobre la no arbitrariedad del margen de apreciación ver Héctor Faundez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ra ed. 2004, páginas 62-69.

la vida. Por esta razón insistimos que el test de proporcionalidad debe ser aplicado a la medida tomada por Costa Rica.

En segundo lugar, para que proceda la aplicación de un margen de apreciación debe probarse que no existe un consenso sobre la norma en particular y sobre los hechos que se adscriben en el caso estudiado. Así por ejemplo, la Corte Europea no analiza simplemente el consenso sobre el tema general o un artículo de la Convención, sino que incluye los hechos del caso en particular como ocurrió en el caso *Costa y Pavan* donde se analizó el derecho comparado europeo sobre el procedimiento específico de análisis de los embriones³⁷. Si bien en la región puede no existir un consenso sobre el inicio de la vida, existe un consenso general respecto a la no prohibición de la fecundación *in Vitro*.³⁸ De hecho países que prohíben el aborto como Chile o Nicaragua autorizan la fecundación *in Vitro* u otros como Colombia han elevado a norma constitucional la protección de los hijos procreados con asistencia científica.³⁹

Tal y como quedó demostrado en la audiencia, Costa Rica es el único país de la región que prohíbe la fecundación *in Vitro*, con lo cual queda establecido que no es posible aplicar un margen de apreciación porque el consenso sobre la no prohibición de la fecundación *in Vitro* es coherente, amplio y difundido, de hecho en este caso es unánime.

Finalmente, si un Estado decide aplicar el margen de apreciación no puede hacerlo de forma discriminatoria o inconsistente. En el caso *Costa y Pavan contra Italia*, por ejemplo, la Corte Europea concluyó que “es necesario constatar que el sistema legislativo italiano en materia carece de coherencia. Por una parte, prohíbe implantar un limitado número de embriones no

³⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, **Costa y Pavan contra Italia**, sentencia de 28 de agosto de 2012, párrafo 29.

³⁸ Testimonio del perito Dr. Fernando Zegers-Hochschil cuanto a que el único país que prohíbe la fertilización *in Vitro* en la región es Costa Rica. Audiencia pública del 5 de septiembre de 2012, Parte 1, Disponible en <http://vimeo.com/album/2058862/video/48921880>.

³⁹ “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes” (artículo 44, Constitución Política de Colombia).

afectados por la enfermedad en la que los solicitantes son portadores sanos; por otra, autoriza abortar un feto afectado por la misma patología.”⁴⁰

En el caso particular, Costa Rica tiene una interpretación diferente del artículo 4.1 de protección de la vida pre natal para el aborto terapéutico y para la fecundación *in Vitro*. En el caso del aborto terapéutico, la Corte Suprema refiriéndose a la vida del feto y a la vida de la mujer embarazada señaló que “aunque en los dos casos se trata de seres humanos, es también verdad que se encuentran en etapas de desarrollo claramente diferenciadas, no solo desde el punto de vista médico, sino desde una perspectiva social, de modo que existe una base objetiva y perceptible para diferenciar.”⁴¹

La decisión de Costa Rica, como se indicó anteriormente, decidió en el 2004 de manera razonable, dejando de manifiesto su inconsistencia en relación al fallo del 2000 sobre fertilización *in Vitro*.

5. Conclusiones

En las páginas anteriores este memorial ha presentado a esta Corte argumentos en relación al alcance de la autorización que la CADH otorga a los Estados para proteger la vida pre natal. La conclusión que permite la aplicación más coherente de la Convención Americana, es aquella que autoriza a los Estados a establecer regulaciones para la protección de la vida pre natal de manera subordinada al ejercicio de los derechos establecidos por la Convención a todas las personas. Esta interpretación, además de ser coherente desde el punto de vista textual y sistemático, permite a la Corte encontrar un balance entre los intereses del Estado de proteger la vida pre natal, y permitir el ejercicio de los derechos, especialmente del derecho a la vida privada y familiar de las personas cuyos planes de vida contemplan el ser padres y madres biológicos. Este

⁴⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, **Costa y Pavan contra Italia**, sentencia de 28 de agosto de 2012, párrafo 64.

⁴¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, 2004-02792, *supra* nota 13.

derecho no es un “deseo” de algunas personas que debieran conformarse con aceptar una discapacidad o un impedimento físico solo porque el Estado se niega a que accedan a la tecnología necesaria para superar dicha discapacidad o impedimento. Se trata de un derecho esencial de poder formar una familia y que forma parte del respeto a la dignidad de los individuos.

En segundo lugar, el memorial demuestra que la prohibición absoluta de la fertilización *in Vitro* es, independiente de la interpretación que se acepte sobre el alcance del concepto de persona en la CADH, la medida mas restrictiva posible para el ejercicio de los derechos establecidos por la Convención.

En tercer lugar, este memorial deja en evidencia que la doctrina del margen de apreciación no es simplemente extrapolable al sistema interamericano, y que su uso, además de ser improcedente, es inconveniente para el desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos.

Atentamente,



Claudio Grossman
Decano
American University
Washington College of Law



Macarena Sáez Torres
Faculty Director, Impact Litigation Project
American University
Washington College of Law