



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

Ruiz Miguel, Alfonso; Zúñiga Fajuri, Alejandra

DERECHO A LA VIDA Y CONSTITUCIÓN: CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS "ARTAVIA MURILLO V. COSTA RICA"

Estudios Constitucionales, vol. 12, núm. 1, 2014, pp. 71-104

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82031373002>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

DERECHO A LA VIDA Y CONSTITUCIÓN:
CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
“*ARTAVIA MURILLO V. COSTA RICA*”*
RIGHT TO LIFE AND CONSTITUTION: CONSEQUENCES OF THE
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS JUDGMENT
“*MURILLO ARTAVIA V. COSTA RICA*”

ALFONSO RUIZ MIGUEL**

Universidad Autónoma de Madrid
alfonso.ruiz@uam.es

ALEJANDRA ZÚÑIGA FAJURI***

U. de Valparaíso y U. Diego Portales
alejandra.zuniga@uv.cl

RESUMEN: Con la convicción de que las interpretaciones judiciales valen sobre todo por la fuerza de su autoridad más que por la autoridad de su fuerza –es decir, por la autoridad de sus argumentos y no sólo por su mera fuerza jurídico-formal–, este artículo se adentra en la discusión sustantiva de las razones argumentadas en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Artavia Murillo para constatar que las mejores razones están, en todos los puntos disputados importantes, de parte de la sentencia. Ello permite concluir que el legislador chileno está obligado a reformar tanto la ley de 1989 que prohíbe de manera absoluta cualquier forma de aborto, como la penalización indiscriminada de toda forma de aborto consentido por la mujer. Además, el Tribunal Constitucional debería considerar inconstitucional dicha ley garantizando, como pide la Corte Interamericana, los derechos fundamentales de las mujeres chilenas.

ABSTRACT: With the conviction that judicial interpretations are worth primarily by the strength of his authority rather than the authority of its strength—that is, by the authority of their arguments and not just by their mere formal legal force, this article delve into substantive discussion of the reasons given in the judgment of the Inter-American Court of Human Rights Artavia Murillo to conclude that

* Este artículo forma parte del Proyecto de Atracción de Capital Humano Avanzado Nº 80120002 financiado por CONICYT. Trabajo recibido el 8 de enero de 2014 y aprobado el 7 de mayo de 2014.

** Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, España.

*** Doctora en Derecho. Profesora de la Universidad de Valparaíso y de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

the Chilean legislature must reform the law that prohibits any form of abortion. At the same time, the Constitutional court should consider change his jurisprudence and respect women's human rights.

PALABRAS CLAVE: Aborto, Derechos humanos, Interpretación, Derecho internacional.

KEY WORDS: Abortion, Human rights, Interpretation, International law.

INTRODUCCIÓN

No mucho tiempo después de la sentencia sobre el caso *Artavia Murillo*¹, en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) interpreta el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), relativo al derecho a la vida, se hace noticia el caso de Beatriz (nombre falso usado para proteger su identidad), una joven salvadoreña embarazada de un feto anencefálico y aquejada de lupus eritomatoso discoide, una enfermedad que debilita el sistema inmunológico y que puede causar complicaciones graves e incluso mortales con el embarazo y el parto. En vez de practicarse un aborto terapéutico, como era su deseo y estaba indicado médicaamente, la Corte Suprema de El Salvador le exigió continuar con el embarazo argumentando que en ese Estado cualquier clase de aborto está penado por la ley y que la vida de la madre no tiene prioridad sobre la del no nacido, ni a la inversa², negando así a la mujer el derecho a proteger su vida y salud a pesar de la imposibilidad de supervivencia del feto.

Ante ello, a instancias de la Comisión Interamericana, la Corte dictó una Medida Provisional de protección por la cual se pedía al Estado de El Salvador “que adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B.”³. Las autoridades salvadoreñas, resistiéndose a un aborto, sólo autorizaron la práctica de una cesárea cuando la mujer mostró síntomas de parto, tras la que el feto no sobrevivió⁴.

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

² Cfr. *El País*, 30 de mayo de 2013.

³ Corte IDH. Asunto B. respecto de El Salvador. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de mayo de 2013.

⁴ Cfr. *El País*, 4 de junio de 2013.

El caso de Beatriz se ha dado en un país que mantiene una legislación similar a la chilena en materia de aborto. Así, el artículo 19 de la Constitución chilena de 1980 asegura a todas las personas “1º El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. 2º La ley protege la vida del que está por nacer”. Estos dos incisos convivieron durante nueve años con la norma del Código Sanitario que permitía el aborto terapéutico para ciertos supuestos⁵. Sin embargo, en el año 1989 la Ley N° 18.826 modificó esa disposición estableciendo en su lugar que “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias en Chile han avalado el cambio legislativo argumentando que la Constitución, dada su redacción, prohíbe toda forma de aborto y que, convergiendo en ello, las normas del sistema interamericano de derechos humanos que regulan el derecho a la vida establecen una prohibición absoluta semejante.

El presente artículo busca demostrar que estas dos últimas aseveraciones son incorrectas desde un buen análisis hermenéutico tanto de la Constitución como de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante “la Convención”), a la luz de la más reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”). Para ello intentaremos responder las siguientes tres preguntas: primero, ¿está *prohibido* el aborto en la Constitución chilena?; segundo, ¿qué consecuencias tiene, para la actual legislación sobre aborto, tomarse en serio el artículo 5 N° 2 de la Constitución? Finalmente, ¿qué consecuencias tiene para Chile la sentencia de la Corte en el caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, del año 2012?

1. ¿HAY UNA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL ABORTO EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA?: DERRIBANDO EL MITO

La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias en Chile han apoyado la vigente prohibición absoluta del aborto argumentando que el segundo inciso del art. 19 N° 1 (“La ley protege la vida del que está por nacer”) impide, sin excepciones, toda interrupción voluntaria del embarazo, bajo la presuposición de que “el que está por nacer” es persona⁶. Sin embargo, esta interpretación del sentido y alcance del artículo 19 N° 1 es errónea. En primer lugar, esta posición obvia la separación

⁵ El artículo 119 del Código Sanitario rezaba como sigue: “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos”.

⁶ Para un análisis completo de la doctrina y la jurisprudencia sobre el aborto, véase FIGUEROA (2007).

y distinta redacción de los dos incisos, que deja claro que la propia Constitución consideró que sólo son personas –y por ello titulares de derechos humanos– los seres humanos nacidos. El artículo 19 Nº 1 reservó el inciso primero a enunciar “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica *de la persona*” y el segundo, a la protección de la vida del *nasciturus*, porque si la Constitución hubiera considerado persona al *nasciturus* este segundo inciso habría sido perfectamente redundante. Y hasta el momento, en efecto, quienes defienden la interpretación mayoritaria no han sido capaces de responder qué sentido habría tenido incorporar el inciso segundo del artículo 19 Nº 1 si lo que se pretendía era considerar también al que está por nacer como persona.

También deberían explicar, por cierto, por qué Jaime Guzmán, el principal inspirador de la Constitución, se opuso a la introducción del segundo inciso, si no fue precisamente porque ello permitiría hacer distinción entre el estatuto constitucional del nacido y del no nacido. Está claro que si el no nacido gozara del derecho constitucional a la vida según el primer inciso, encargarle al legislador su protección resultaría superfluo⁷. Por lo demás, la diferencia de redacción entre los dos incisos hace perfectamente natural entender que mientras en el primero se reconoce el derecho a la vida de las personas, en el segundo se protege no un derecho, sino un mero *bien jurídico*.

En segundo lugar, esta comprensión literal o gramatical de la norma coincide con su interpretación lógica y sistemática, puesto que el resto del ordenamiento jurídico nacional, tanto en el ámbito civil como penal, considera como estatutos diferenciados aquellos destinados a regular a las personas nacidas, por una parte, y al *nasciturus*, por otra. Así ocurre con las normas pertinentes del Código Civil, a propósito del inicio de la existencia legal de las personas, y del Código Penal, que distingue y sanciona de manera bien diferente el homicidio y el aborto. Así, el artículo 55 del Código Civil dispone que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. Luego, en el Título II relativo al principio y fin de la existencia de las personas naturales, establece en el artículo 74 que “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre”. Por tanto, antes de nacer no existe legalmente una persona. A su turno, el Código Penal no sólo instituye para el aborto una pena inferior a las distintas formas de homicidio, incluidos el

⁷ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. (2004).

infanticidio y el parricidio, sino que lo regula en una sección distinta a la de los “delitos contra las personas”⁸.

En tercer lugar, sin perjuicio de que el argumento histórico u originalista no nos parezca decisivo para interpretar un texto legal, en este caso confirma plenamente la argumentación anterior. En efecto, la incorporación del mencionado inciso segundo tuvo precisamente como objetivo dejar claro que los redactores de la Constitución no pretendieron prohibir el aborto en todos los casos sino, cosa bien distinta, permitirlo en, por ejemplo, el supuesto de violación o en el caso de riesgo vital para la mujer. Así, el comisionado Ovalle expresó: “Aun cuando no es partidario del aborto, considera que hay determinadas circunstancias que lo justifican, en especial, en todos aquellos casos en que en virtud de un delito –la violación, por ejemplo– una mujer engendre en sus entrañas un hijo no querido por ella y, sobre todo, rechazado por ella. Le parece que, en esas circunstancias, el aborto se justifica plenamente; [...] si a su hija le ocurriera lo mismo que a esa mujer (una violación) y si ella se viera profundamente destruida por ese hecho y tuviera rechazo hacia el hijo, no la censuraría... Es por esta razón que no es partidario de prohibir absolutamente el aborto”⁹.

En la misma línea, el comisionado Evans estimó necesaria “la existencia de una norma flexible que autorice al legislador para privar de la vida al que está por nacer, en ciertos casos, sin que constituya delito, especialmente cuando se trate de un aborto terapéutico”. Finalmente, el presidente de la Comisión Constituyente, señor Ortúzar, señaló que “si debiera afrontar el día de mañana el problema de decidir entre la vida de seres queridos, entre el derecho a la vida de la madre o del hijo, optaría por el de aquélla... La verdad es que acepta el aborto terapéutico en un caso calificado, como en el ejemplo que se ha propuesto, cuando se trata de salvar la vida de la madre, cuando se trata de la legítima defensa de la madre

⁸ Bajo el título de “Crímenes y Delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”, el artículo 342 Nº 1 dispone que el que maliciosamente causare un aborto será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo (cinco años y un día) si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada. A su turno, el Nº 2 de la misma disposición castiga con la pena de presidio menor en su grado máximo (tres años y un día a cinco años) a quien, aunque no ejerza violencia, “obrare sin el consentimiento de la mujer”. En el Nº 3 se establece que el que maliciosamente causare un aborto será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio (quinientos cuarenta y un días a tres años), si la mujer consintiere. Finalmente, el artículo 344 reza: “La mujer que causare su aborto, o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo”, esto es, desde tres años y un día a cinco años.

⁹ Actas oficiales de la Comisión Constituyente. Segunda parte de la sesión 87, celebrada en 14 de noviembre de 1974.

que también tiene el derecho a la vida”¹⁰. Por todo lo anterior, resulta infundada la opinión de la doctrina y la jurisprudencia nacional que, sin entregar mayores argumentos, afirman sin más que la norma de la Constitución que ordena al legislador proteger la vida del que está por nacer, en realidad, declara absolutamente prohibido el aborto¹¹.

2. ¿POR QUÉ CHILE DEBE DESPENALIZAR EL ABORTO A LA LUZ DE LA SENTENCIA ARTAVIA MURILLO? CONSECUENCIAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La Corte IDH ha dispuesto que para la aplicación del control de convencionalidad no debemos detenernos exclusivamente en el texto del tratado que se refiera, sino que debemos incluir la interpretación que ella hace de dicho tratado, sin importar si el Estado ha sido parte o no en la jurisprudencia que trate¹². Es más, el parámetro no es sólo la Convención Americana de Derechos Humanos, sino todo tratado de derechos humanos en que el Estado sea parte, sus agentes de ejercicio deben incorporarlo al parámetro convencional de control¹³. Junto con ello, la Corte ha aclarado que es susceptible de control todo cuanto sea necesario para cumplir las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos: la actuación de las autoridades estatales, políticas públicas y, en especial, *en el control de las normas jurídicas internas*, de modo que el control de convencionalidad se presenta como una nueva vertiente del control de constitucionalidad, pues ya no es la Constitución el parámetro último de control, sino que lo es el sistema internacional de protección de derechos humanos¹⁴.

La Constitución dispone que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Aunque es una cuestión debatida, a la luz de este precepto parte de la doctrina nacional considera que los derechos humanos

¹⁰ *Ibid.*, Actas oficiales Comisión Ortúzar.

¹¹ Véase ZÚÑIGA-FAJURI (2011).

¹² Corte IDH, Caso Almonacid Arellano (2006), párr. 124.

¹³ Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro (2012), párr. 262.

¹⁴ Corte IDH, Caso Gelman (2011), párr. 239.

contenidos en tratados internacionales poseen rango constitucional¹⁵. Junto a ello, se interpreta que esa remisión constitucional a los derechos garantizados por los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile conllevaría también la incorporación a la legislación interna de todo el acervo jurisprudencial emanado de los órganos encargados de velar por el cumplimiento de esos tratados¹⁶.

Este fenómeno de la *constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos*, a través de cláusulas específicas sobre su aplicabilidad y relevancia para la interpretación constitucional, parece constituir un proceso en expansión en el constitucionalismo latinoamericano. En efecto, a partir de la iniciativa pionera de la Constitución portuguesa de 1976, pronto seguida por la española de 1978, constituciones como la de Colombia (1991, art. 93), Venezuela (1999, art. 23), Bolivia (2009, art. 13.4) o México (2011, art. 1) han adoptado disposiciones más o menos semejantes, dando lugar a lo que en la doctrina mexicana se ha denominado “bloque de constitucionalidad”¹⁷ para aludir a la incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos con rango constitucional, e incluso con predominio sobre la Constitución si fuera el caso de que la normativa internacional es más favorable (o principio *pro persona*)¹⁸. En este marco, la sentencia *Artavia Murillo* se ocupa de interpretar el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por primera vez en relación con los derechos reproductivos. La interpretación que hace en relación con el derecho a la vida y el derecho a la libertad no puede dejar de influir en el modo en que la doctrina y la jurisprudencia nacional interpretan los derechos respectivos garantizados en la Constitución chilena.

La constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos no sólo permite sino que *exige* una cierta convergencia en los significados centrales y más relevantes de los derechos en consideración, lo que puede comportar dar cabida a las interpretaciones que la Corte hace de cada uno de los derechos garantizados por la Convención Americana. En efecto, entre las principales reglas interpretativas que se aplican a los derechos fundamentales se debe destacar

¹⁵ MEDINA (1996), NASH (2003).

¹⁶ NASH (2003), pp. 8-9.

¹⁷ Conviene advertir, no obstante, que la expresión “bloque de constitucionalidad”, con el significado general de principios y disposiciones que, sin formar parte del texto constitucional, se consideran materialmente constitucionales, ha recibido en el sistema jurídico español un significado más específico, alusivo al conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental.

¹⁸ CABALLERO OCHOA (2012), pp. 115-116.

el citado *principio pro persona* (o *pro-homine*), que en su variante de *preferencia interpretativa* obliga al intérprete a preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental. Este criterio, que puede dar lugar a complejas y hasta discutibles ponderaciones cuando se encuentran en conflicto dos derechos fundamentales, es de más sencilla aplicación cuando lo que se oponen en la práctica son un derecho fundamental frente a un bien jurídico que no constituye tal derecho.

En la misma línea del anterior, el principio de *mayor protección de los derechos* entiende que la regulación constitucional de un derecho es solamente un estándar mínimo que, si es posible, debe ser ampliado por los operadores jurídicos en el momento de definir su contenido. Esta regla se dirige no sólo al intérprete judicial, sino también al legislador y a la administración pública. Claramente, un primer elemento de mayor protección de los derechos puede encontrarse *en los tratados internacionales de derechos humanos, que deben ser correctamente aplicados por los jueces nacionales teniendo en cuenta el acervo interpretativo que las cortes internacionales les han dado*¹⁹.

A lo anterior es necesario sumar una importante obligación de los Estados que han ratificado un tratado internacional: la obligación de adecuar su legislación interna para dar así cumplimiento a las normas de derechos humanos contenidas en él, conforme se deduce de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y de los artículos 1º y 2º de la Convención Americana. Así, el artículo 27 de la Convención de Viena dice, a propósito del “derecho interno y la observancia de los tratados”, que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Asimismo, el artículo 1º de la Convención establece que los Estados Parte en ella “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, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. A su turno, el artículo 2º dispone que “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte 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”.

¹⁹ CARPIO MARCOS (2004).

La constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos obligaría a los Estados a adecuar su legislación y su interpretación judicial no sólo a los tratados relevantes, sino incluso a las *interpretaciones* de los tribunales internacionales competentes, que en el caso de los países firmantes de la Convención Americana, como Chile, es la Corte Interamericana. En realidad, estas dos últimas afirmaciones, y con mayor razón la última, no tienen por qué entenderse en su sentido más fuerte, en cuanto reconocimiento de los tratados y sus interpretaciones por tribunales internacionales como fuentes formales y directas de un determinado Derecho interno. Un Tribunal Constitucional como el español, sin duda celoso de su competencia como intérprete supremo de la propia Constitución, ha matizado que la mera contradicción entre una ley española y un tratado vigente relativo a los derechos humanos no “convertiría de por sí el tratado en medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional”(STC 28/1991, FJ 5; doctrina recientemente repetida en STC 12/2008, FJ 2).

Ahora bien, el doble matiz de que lo que se interpreta es una Constitución y de que quien interpreta es al fin y al cabo un tribunal nacional no ha impedido que en la práctica el Tribunal Constitucional español haya tenido en cuenta sistemáticamente las interpretaciones que sobre los derechos fundamentales viene llevando a cabo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En todo caso, la reserva sobre la supremacía formal de la correspondiente Constitución y de su supremo intérprete nacional comporta que las interpretaciones de los tribunales puedan ser sustantivamente evaluadas respecto de su corrección y no simplemente ser alegadas como mera decisión formalmente aplicable. En esa convicción de que *las interpretaciones judiciales valen sobre todo por la fuerza de su autoridad más que por la autoridad de su fuerza* –es decir, por la autoridad de sus argumentos y no sólo por su mera fuerza jurídico-formal–, las páginas que siguen se adentran en buena medida en la discusión sustantiva de las razones argumentadas en la sentencia *Artavia Murillo*.

Para ello, se atenderá también a los argumentos contrarios del único voto disidente, emitido por el Ministro Vio Grossi. Se verá así que las mejores razones están, en todos los puntos disputados importantes, de parte de la sentencia. Todo ello permitirá concluir que, incluso por razones sustantivas y más allá de las razones formales sobre el cumplimiento del Derecho internacional de los derechos humanos, no sólo el legislador chileno está obligado a reformar tanto la ley de 1989

que prohíbe de manera absoluta cualquier forma de aborto, como la penalización indiscriminada de toda forma de aborto consentido por la mujer, sino incluso que el Tribunal Constitucional, dentro del procedimiento adecuado, debería considerar inconstitucionales dichas leyes en el caso de que el legislador no las hubiera reformado antes estableciendo reglas que garanticen suficientemente los derechos de las mujeres.

3. *ARTAVIA MURILLO*: TITULARIDAD Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA VIDA

Hasta el momento de dictarse la sentencia *Artavia*, la única resolución que el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos había adoptado en interpretación del artículo 4.1 de la Convención fue la Resolución del año 1981 N° 23/81, en el Caso 2141 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamado “Baby Boy”. En tal decisión, la Comisión consideró que la frase “en general” contenida en el artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica se introdujo para evitar una interpretación restrictiva que pudiera ser entendida como excluyente de la permisión de diversas formas de aborto prevista por la mayoría de los Estados americanos. En tal sentido, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la norma de la Convención sólo puede interpretarse de modo que armonice con la realidad legal de los países de la región, que no establecen una protección absoluta de la vida del embrión sino que, muy al contrario, han despenalizado el aborto en determinadas circunstancias. La doctrina mayoritaria en Chile sostiene que la normativa nacional que excluye la licitud jurídica de cualquier tipo de aborto sería armónica con los compromisos internacionales adquiridos por Chile en el momento de ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 4.1 también contemplaría una protección absoluta de la vida del *nasciturus*. A continuación, vamos a ver que esta interpretación es claramente errónea, especialmente, aunque no sólo, a la luz de la interpretación de la Corte Interamericana en la reciente sentencia del caso *Artavia Murillo*.

En esa línea, para quienes están familiarizados con la doctrina y jurisprudencia internacional en materia de aborto, la sentencia *Artavia Murillo* no constituye realmente una novedad, pues la gran mayoría de las organizaciones internacionales de protección de derechos humanos apoyan la despenalización del aborto. Así, uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio relativo a la mejora de la Salud Materna, que se ha propuesto alcanzar la Organización Mundial de la Salud, es precisamente la despenalización del aborto²⁰. Se suman las organizaciones Hu-

²⁰ Organización Mundial de la Salud (2012).

man Rights Watch²¹, Amnistía Internacional²², la Comisión Interamericana de DD.HH., el Comité de DD.HH. de ONU²³, el Comité contra la Tortura²⁴, por indicar los casos más significativos. Como se pregunta Bascuñán: “¿Todas ellas promotoras de crímenes contra la humanidad? ¿Cómo es posible que esas organizaciones se equivoquen de un modo tan grave respecto de una cuestión moral tan obvia? ¿Están animadas por propósitos perversos? ¿Son dirigidas por seres irracionales?”²⁵. Nada de eso, como veremos, varios de los argumentos morales y jurídicos que esas organizaciones esgrimen a favor de la despenalización del aborto fueron incorporados en la sentencia *Artavia Murillo*.

Para empezar, la Corte revisó la demanda por violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la prohibición general de practicar la Fecundación *in vitro* (en adelante “FIV”) vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Las personas demandantes alegaron que la prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar, a formar una familia, a la igualdad de las víctimas, a la integridad personal²⁶ y libertad personal²⁷. Además, los demandantes también sostuvieron que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres. Revisemos con cierto detalle los principales argumentos de la sentencia que aceptó la sustancia de los alegatos de la demanda.

²¹ Human Rights Watch (2007).

²² Amnistía Internacional (2009).

²³ Comité de Derechos Humanos de la ONU (2013).

²⁴ Comité contra la Tortura (2004) ha expresado su preocupación por “el hecho de que se condicione la atención médica a las mujeres cuya vida está en peligro por las complicaciones derivadas de abortos clandestinos, a que las mismas proporcionen información sobre quienes practicaron dichos abortos. Esas confesiones se utilizarían posteriormente en causas instruidas contra ellas y terceras partes, contraviniendo así lo preceptuado por la Convención”. *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, Chile. 14/06/2004. CAT/C/CR/32/5*, párr. 6 (j).

²⁵ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2009). “La imposición estatal del embarazo”. Facultad de Derecho. Universidad Adolfo Ibáñez, Chile.

²⁶ El artículo 5 de la Convención Americana (Derecho a la Integridad Personal), en lo pertinente, indica: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. [...]”.

²⁷ El artículo 7 de la Convención Americana (Derecho a la Libertad Personal), en lo pertinente, indica: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”

3.1. *El derecho a la vida*

El artículo 4.1 de la Convención dice: “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”. Por su parte, el artículo 1.2 precisa: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. Pues bien, en su análisis del significado de estos dos preceptos –y en particular en relación con las palabras *persona*, *ser humano*, *concepción* y *en general*–, la Corte despliega varios criterios de interpretación (“conforme al sentido corriente de los términos”, interpretación sistemática, histórica y evolutiva) que pueden sintetizarse en dos afirmaciones esenciales:

i) Como afirmación más general, el ser concebido y no nacido, si bien no es persona o ser humano en el sentido de la Convención, debe ser legalmente protegido desde el momento de la concepción “*en general*”, es decir, *con las excepciones que se derivan del posible conflicto entre el valor “gradual e incremental” de esa vida y los derechos a la vida y a la autonomía de la mujer embarazada*.

ii) Como segunda afirmación, más específica, la concepción consiste en la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero, por lo que hasta ese momento el artículo 4 de la Convención no resulta aplicable y no impone en absoluto ninguna obligación legal de protección del cigoto.

Antes de entrar con más detalle en los puntos más relevantes de las anteriores afirmaciones, conviene hacer una observación general sobre el uso del término “embrión” y otros relacionados con él en la sentencia *Artavia Murillo* y en este trabajo. En sentido técnico parece haber acuerdo entre los biólogos en realizar una distinción terminológica entre el *embrión*, que da un significado restringido a la palabra, en referencia al óvulo fecundado hasta la octava semana de gestación, y el *feto*, en referencia al ser en gestación desde la octava semana hasta el parto²⁸. En cambio, no existe acuerdo entre los científicos en diferenciar entre *embrión* y *preembrión*, en referencia con este último término al cigoto antes de la implantación en el útero (lo que ocurre a partir del octavo día desde la fecundación), y aquí no se utilizará esa distinción, bastando para marcar la misma diferencia hablar del embrión antes (el embrión preimplantatorio) y después de la implantación²⁹. Por lo demás, aunque aquí utilizaremos el término “embrión” en el sentido técnico

²⁸ CUNNINGHAM, F.G.; LEVENO, K.J.; BLOOM, S.L., et al. (2010), pp. 78 y ss.

²⁹ Respecto de la distinción entre embrión y feto, sin embargo, no es en absoluto inusual emplear ambos términos como sinónimos, con un significado amplio, para referirse al ser durante todo el período de la gestación, como lo hace, sin ir más lejos, el Diccionario de la Real Academia Española cuando define “feto”,

indicado, como diferenciable del feto, es importante despejar en qué sentido lo emplea la sentencia *Artavia Murillo*, pues si bien en muchos de sus considerandos hace un uso directamente identificable con el significado técnico, o en todo caso compatible con él (por ejemplo, en los §§ 247-253), sin embargo, hay varias ocasiones en las que utiliza el término “embrión” en el sentido amplio de concebido y no nacido, refiriéndose decisivamente a casos en los que está en juego el conflicto que plantea el aborto, y no meramente la FIV, entre los derechos de la mujer y los del no nacido (Cfr. §§ 222-223, 226, 244, 264 y 273). Lo señalaremos en su momento expresamente.

i) El derecho “no absoluto” a la vida del no nacido

El primer fundamento de la afirmación de la Corte de que el concebido y no nacido no es persona, en el sentido de la Convención, descansa en la interpretación de la expresión “en general” empleada en el artículo 4.1. Conviene comenzar diciendo que la lectura literal de dicho precepto produce cierta perplejidad, pues de un lado parece estar afirmando el derecho de toda persona a la vida y el deber de protegerlo legalmente a partir de la concepción, mientras de otro lado parece pretender distinguir entre el derecho a la vida de las personas y la protección de la vida tras la concepción (y antes del nacimiento). La oscilación entre ambas posiciones la produce la expresión “y, en general,”. Si faltara tal expresión la perplejidad desaparecería, pues se estaría afirmando el derecho a la vida como absoluto desde el momento de la concepción. Sin embargo, la introducción de la expresión “y, en general, a partir del momento de la concepción” indica claramente que se pretendía establecer una importante *cualificación* respecto a la vida del concebido y no nacido.

Es esta perplejidad, derivada del “sentido corriente de los términos” (lo que la doctrina suele denominar interpretación gramatical), la que da sentido a la advertencia previa de la Corte sobre los medios de interpretación admisibles en Derecho internacional y el uso que pretende hacer de la interpretación histórica: “Según el artículo 32 de la Convención de Viena, los medios complementarios de interpretación, en especial los trabajos preparatorios del tratado, son utilizables para confirmar el sentido resultante de aquella interpretación o cuando ésta deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo

en su primera acepción, como “embrión de los mamíferos placentarios y marsupiales, desde que se implanta en el útero hasta el momento del parto”.

o irrazonable. Lo anterior, implica que suelen ser utilizados sólo en forma subsidiaria después de haber utilizado los métodos de interpretación consagrados en el artículo 31 de la Convención de Viena, con el objeto de confirmar el sentido que se encontró o para establecer si subsiste una ambigüedad en la interpretación o si la aplicación es absurda o irrazonable. Sin embargo, en el presente caso, la Corte considera relevante 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. Por tanto, la interpretación del texto del artículo 4.1 de la Convención se relaciona directamente con el significado que los Estados Parte de la Convención Americana pretendían asignarle (§ 193)".

Por eso, teniendo presente que, de modo excepcional, el caso exigía dar relevancia a la regla de interpretación histórica, la Corte recuerda los trabajos preparatorios de la Convención Americana, que ya fueron revisados detalladamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el famoso caso *Baby Boy v. Estados Unidos de América*, que hasta la sentencia *Artavia Murillo*, era la única resolución adoptada en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos en interpretación del artículo 4.1 de la Convención³⁰. En el caso *Baby Boy*, como ya vimos, se rechazó la solicitud de declarar violatorias de la Declaración Americana dos sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos que habían considerado inconstitucional la penalización de todo aborto consentido por la mujer antes de la viabilidad fetal. Lo decisivo en el caso fue que la Comisión argumentó convincentemente que la expresión "y, en general," del artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica se introdujo expresamente para evitar una interpretación restrictiva del artículo 4 que pudiera ser entendida como excluyente de la permisión de diversas formas de aborto prevista por la mayoría de los Estados americanos (Cfr. §§ 194-221). Incluyendo, por cierto, Chile.

ii) Las insuficiencias del voto disidente de Vio Grossi

La anterior interpretación de la sentencia *Artavia Murillo* sobre la expresión "y, en general," fue objeto de una prolífica objeción en el voto disidente del Ministro Vio Grossi (Cfr. § I.B.2.b). Sus argumentos son dos. Primero, en referencia a los antecedentes del Tratado, Vio Grossi alega que hubo tres países que propusieron,

³⁰ Resolución del año 1981 Nº 23/81, en el Caso 2141 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

a los efectos de que no se prohibiera el aborto, la eliminación de la frase “y, en general, a partir del momento de la concepción”. Este argumento, sin embargo, resulta particularmente débil, y no sólo porque, como recuerda la propia sentencia, también hubo dos países que, con la pretensión absolutamente opuesta, propusieron eliminar la cláusula “en general” (Cfr. § 211), sino sobre todo porque lo que Estados americanos firmaron fue precisamente el texto que discutimos y no tal o cual enmienda más o menos expresiva de la opinión de unos u otros Estados participantes en el momento concreto de su preparación.

El segundo argumento del voto disidente, con apoyo en definiciones del diccionario que contraponen las ideas de “común, frecuente, usual” a las de “particular, especial, singular, extraordinario” etc., pretende una lectura del articulado que su autor considera literal o “corriente”, pero que en nuestra opinión resulta, en este caso sí, bien singular y hasta extraña: “que 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. [...] 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 aun 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. [...] En suma, la expresión ‘en general’ no alude a una excepción, a una exclusión, es, por el contrario, es [sic] inclusiva, hace aplicable la obligación de proteger por ley el derecho de toda persona a que se respete su vida desde la concepción”. (§ I.B.2.b).

Si no lo estamos entendiendo mal –y digan lo que digan los diccionarios, que como el papel también parecen aguantarlo todo–, lo que Vio Grossi viene a sostener es que lo que dice y significa la frase “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” es, en realidad, “Este derecho estará protegido por la ley y, en particular, a partir del momento de la concepción”. Lo cierto es que no se alcanza a comprender la insistencia en defender como corriente una lectura tan opuesta al sentido literal de una expresión como “en general”, que implica necesariamente la admisión de excepciones o cualificaciones.

Así pues, si la perplejidad de la redacción literal del art. 4.1 ha de resolverse sin duda aceptando la posibilidad de establecer excepciones o cualificaciones a la protección de la vida del concebido y no nacido, resulta perfectamente razonable asumir la conclusión de la Corte de que en el sistema Interamericano “*no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión*” (§ 223, donde, por los considerandos antecedentes, es claro que “embrión” significa “no nacido”). La Corte añade dos argumentos sistemáticos para reforzar esta conclusión: primero, que la Convención utiliza la expresión “toda persona” en numerosos artículos cuyo análisis indica que “no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos”; y segundo, que “el objeto directo de protección [del art. 4.1] es fundamentalmente la mujer embarazada” (§ 222)³¹. Estas dos razones parecerían sugerir que, debido a que carece del estatus de persona, el concebido y no nacido tampoco es titular del derecho a la vida, al menos de un derecho a la vida similar al de las personas, de modo que el segundo inciso del art. 4.1 de la Convención debería leerse de la siguiente manera: “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, [la vida estará protegida] a partir del momento de la concepción”. Ello podría significar que, como sentenció en su momento el Tribunal Constitucional alemán, al que siguió después el español, la vida del concebido y no nacido es un *bien jurídico* que merece alguna protección, aun cuando no sea propiamente titular de un derecho³².

Ahora, esta razonable interpretación que habría de seguirse del carácter de “no persona” del no nacido se torna confusa cuando la Corte, en el marco de su interpretación teleológica, establece que la Convención Americana sí considera que la vida desde la concepción y antes del nacimiento es un derecho, aunque excepcionable o limitable en la medida en que entre en conflicto con otros derechos (como, según veremos enseguida, los derechos de autonomía de la mujer embarazada). Por ello, arguye que “la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula ‘en general’ tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible

³¹ La Corte argumenta, por un lado, remitiendo a sus afirmaciones previas que “la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (§§ 186 y 187)” y, por otro, que “la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra “el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales” (§ 222).

³² A ambos hace referencia la sentencia *Artavia Murillo* en los §§ 260-261.

invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención 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” (§ 258).

En la misma línea, pensando implícitamente en los derechos de autonomía de la mujer, la Corte utiliza el principio de interpretación más favorable de los derechos y libertades reconocido en la Convención para declarar inadmisible la protección absoluta del derecho a la vida. Según la Corte, dicho principio excluye una protección absoluta que comporte “la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella” (§ 259).

Luego, sea que se sostenga que se debe proteger el *derecho* a la vida desde el momento de la concepción o sólo el *bien jurídico* de la vida de los concebidos, las consecuencias jurídicas de ambas posibilidades son similares, de cara a la necesidad de ponderar las situaciones jurídicas en conflicto. Porque, en efecto, el trasfondo común a ambas resulta ser que después de la concepción y antes del nacimiento no estamos ante una persona propiamente dicha, sino, si acaso, ante una persona potencial, de modo semejante a como una bellota germinada no es un roble en absoluto, sino sólo un roble en potencia. De ahí que una persona meramente potencial no tenga un derecho ilimitado o absoluto a la vida, sino limitado por la concurrencia de otros derechos, como los de la mujer embarazada, según veremos con más detalle después.

Es oportuno observar aquí que la noción de potencialidad resulta perfectamente compatible con la cualificación de que la protección del no nacido, como dice en uno de sus considerandos más relevantes la propia sentencia *Artavia Murillo*, “es gradual e incremental según su desarrollo” (§ 264); es decir, que puede y debe tener grados diferentes según la menor o mayor cercanía a su efectiva actualización como persona. La inmensa mayoría de las legislaciones que consideran lícita la interrupción voluntaria del embarazo reconocen esta gradualidad al distinguir, usualmente, entre su mayor permisividad en el primer trimestre de gestación y su prohibición casi absoluta en el último (si bien, razonablemente, excluyendo el peligro para la vida de la madre).

Esta interpretación resulta confirmada por el acervo del Derecho internacional de los derechos humanos, sistema en el que se inscribe la Convención Americana, y que en la sentencia se trata en un epígrafe titulado “Interpretación sistemática e histórica”. La conclusión de este epígrafe es que en ninguno de los instrumentos internacionales citados por la decisión judicial de Costa Rica so-

metida a su enjuiciamiento (de la Declaración Universal al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la propia Convención Americana) “es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención” (§ 244). De igual manera, la sentencia *Artavia Murillo* extiende su análisis sobre este punto no sólo al Sistema Universal de Derechos Humanos, sino también al Sistema Europeo y al Sistema Africano.

Así, en primer lugar, la Corte estima que la correcta interpretación en torno a la Declaración Universal de Derechos Humanos hace necesario concluir que “según los trabajos preparatorios de dicho instrumento, el término ‘nacen’ se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración” (§ 224; destacado agregado). A su turno, en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), resalta que ni en la Observación General Nº 6, sobre el alcance del “derecho a la vida”, ni en la Nº 17, sobre los Derechos del Niño, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el derecho a la vida del no nacido. Por el contrario, en sus observaciones finales a los informes de los Estados, dicho Comité de Naciones Unidas ha señalado que “se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir. Estas decisiones –concluye la Corte– permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión” (§ 226).

Las sentencias destacadas por la Corte Interamericana en torno al Sistema Europeo muestran que se trata del sistema que con mayor frecuencia ha reflexionado en torno al estatuto jurídico del no nacido. En relación con las consideraciones de la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, la Corte repasa los casos *Paton v. Reino Unido*, de 1980, *R.H. v. Noruega* (1992) y *Boso v. Italia* (2002), todos los cuales permiten concluir que los términos en que está redactado el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) “tienden a corroborar la apreciación de que el artículo 2 no incluye al que está por nacer” (§ 236). En la misma línea, destaca el caso *Vo v. Francia* (2004), donde tras reconocer margen de apreciación a los Estados en una materia sin consenso europeo, el Tribunal rehusó “contestar en abstracto si un no nacido es una persona a los efectos del artículo 2 de la Convención” afirmando, a la vez, que el acuerdo mínimo entre los Estados europeos llega a considerar al no nacido como parte de la especie humana con una potencialidad de convertirse en persona que “requiere protección en el nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una ‘persona’ con el ‘derecho a la vida’ a los efectos del artículo 2” (cit. en § 237).

Una decisión similar se ha adoptado en el más reciente caso *A, B y C v. Irlanda* (2010), en el que el Tribunal Europeo ha reiterado que, dado que “los derechos reclamados en nombre del feto y los derechos de la madre están inextricablemente interconectados”, los Estados tienen un margen de apreciación para ponderar “la protección del no nacido [...] con los derechos en conflicto de la madre” que “*no es ilimitado*”. Por ello, el Tribunal se reserva la facultad de “supervisar si la interferencia constituye una ponderación proporcionada de los intereses contradictorios involucrados” afirmando que “una prohibición de abortar para proteger la vida no nacida no está automáticamente justificada conforme al Convenio sobre la base de una deferencia sin limitaciones a la protección de la vida prenatal o sobre la base de que el derecho de la madre embarazada al respeto de su vida privada es de menor importancia” (§§ 238-239)³³.

En fin, respecto a casos relativos a la práctica de la FIV (caso *Evans v. Reino Unido*, 2007), el TEDH reiteró su jurisprudencia establecida en el caso *Vo v. Francia* sobre el margen de apreciación de los Estados, afirmando la admisibilidad de la tesis británica de que “un embrión no tiene derechos ni intereses independientes y no puede alegar –ni se puede alegar en su nombre– un derecho a la vida dentro del artículo 2” (§ 240).

Sobre el Sistema Africano de Derechos Humanos, la Corte destaca el texto del artículo 4 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos: “Los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona”. En la redacción de este precepto, añade la Corte, se descartó expresamente una terminología que protegiera el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Asimismo, añade que en el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer (Protocolo de Maputo) se establece que los Estados deben tomar medidas adecuadas para “proteger los derechos reproductivos de la mujer, permitiendo el aborto con medicamentos en casos de agresión sexual, violación e

³³ En esta parte, respecto de dos de las mujeres demandantes, la conclusión del caso fue deferente hacia Irlanda por parte del TEDH, que consideró que la prohibición del aborto por causa de la salud o el bienestar de la mujer está dentro del margen de apreciación del Estado irlandés en la medida en que, a la vez, la Constitución irlandesa reconoce los derechos de toda mujer adulta a viajar fuera del país para abortar y a obtener información en Irlanda sobre ello (Cfr. *A, B y C v. Irlanda*, §§ 239-241). En cambio, respecto de una tercera demandante, que había solicitado un aborto por causa de riesgo para su vida, el TEDH consideró que Irlanda había violado el derecho a su vida privada por carecer de un procedimiento adecuado para verificar su derecho a abortar (Cfr. *ibidem*, §§ 250-268).

incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la embarazada o la vida de la embarazada o del feto” (cf. § 243).

En lo que se refiere al derecho a la vida, la Corte repasa también el criterio de interpretación evolutiva, que le parece especialmente relevante para tratar un caso como el de la FIV, inexistente al momento de la redacción de la Convención. En lo esencial, la Corte recoge varias decisiones de tribunales internacionales sobre la FIV y el tratamiento de embriones, así como el régimen legal de la FIV en el ámbito americano, para concluir que la mayoría de los Estados americanos permiten de hecho o de derecho la práctica de la FIV (cf. § 256) y que “las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida” (§ 253).

*iii) El estatus del embrión no implantado:
Fecundación e implantación*

Junto a la afirmación general sobre el *derecho no absoluto* a la vida del no nacido, la sentencia *Artavia Murillo* hace también la afirmación más limitada y específica de que el artículo 4.1 de la Convención no resulta aplicable antes de la implantación del embrión en el útero materno, de modo que la Convención no impone obligación legal alguna de protección de los embriones no implantados. La justificación de esta tesis, que resulta cuestionada por el voto particular del Ministro Vio Grossi, parte de la diferencia entre dos nociones posibles del término “concepción” que se han puesto claramente de manifiesto con posterioridad a la redacción de la Convención por obra de los hallazgos científico-técnicos que están detrás de técnicas como la FIV: uno, equivalente a *fecundación*, consistente en la unión del óvulo y el espermatozoide, y otro, equivalente a *implantación*, que se produce cuando el cigoto anida en el útero materno (a partir del octavo día de su desarrollo) (§ 180). Entre ambos conceptos la Corte se decanta por el segundo por tres razones distintas. La primera es 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” (§ 187, con remisión al § 181).

La segunda, que existen “dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción” (§ 186); “el término ‘concepción’ no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no

sucede”³⁴ (§ 187). Y, en fin, la tercera, alegada como prueba de la precedente, es que “sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada ‘Gonadotropina Coriónica’, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación” (§ 187).

Pues bien, a nuestro modo de ver, las tres razones son inconcluyentes. La primera razón apela a una interpretación originalista o histórica del texto que exigiría no sólo que los firmantes hubieran tenido presente una determinada noción del término, sino además, por recoger la conocida distinción de Dworkin entre concepto y concepción, que el texto mismo expresa una idea precisa y cerrada del término (un concepto) y no una visión de éste justificada en una argumentación sustantiva (una concepción). Ante un significado dudoso, por vago o ambiguo, como reconoce la Corte que ocurre en este caso, el sentido usual o “corriente” de los términos, que es lo que un diccionario indica, no puede ser de mucha ayuda. Si en la versión del Diccionario de la Real Academia Española utilizada por la Corte, de 1956, se definía “concebir” como “quedar preñada la hembra” y “fecundar” como “unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser”, en la edición de 1970 se definía también “preñar” como “fecundar o hacer concebir a la mujer”³⁵. Luego, concluir de esas definiciones que el significado del término “concepción” según la Convención es la implantación y no la fecundación, como pretende sea la Corte, o la fecundación y no la implantación, como asevera dogmáticamente el voto particular de Vio Grossi³⁶, es otorgar a los diccionarios una autoridad que no

³⁴ Insistiendo en esta última idea, la Corte dice que “si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ‘ser humano’, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo” (§ 186).

³⁵ Así lo recoge el voto particular de Vio Grossi, en el texto correspondiente a las notas 28 y 29.

³⁶ Este voto particular prescinde palatinamente de la ambigüedad del término “concebir” en las distintas versiones del diccionario de la RAE que cita, donde se aprecia que puede significar tanto fecundar como preñar o embarazar. Aunque, insistimos, el diccionario no puede ser la última palabra en un debate como este, no resulta rigurosa la pretensión de Vio Grossi de que “concepción” en la Convención “se expresa en el sentido corriente de esa palabra, expresada en el diccionario”, sentido según el cual “fecundar” y “preñar” serían sinónimos, según el voto, porque la “criatura” producto de la fecundación “se encuentra en el ‘vientre’ de la mujer” (I.B.2.c; destacado agregado); en realidad, el embarazo siempre se ha considerado, y así continúa siéndolo, un proceso que ocurre en el cuerpo de la mujer y no en el embrión, caracterizándose por

les corresponde. Si la concepción haya de entenderse como fecundación o como implantación tiene que depender de razones más sustantivas.

Ahora bien, tampoco las otras dos razones que aduce la Corte son suficientemente relevantes. La segunda razón, sobre la imposibilidad de supervivencia del embrión sin implantación, apunta a un significado tradicional y sin duda relevante de la concepción como algo que no sólo ocurre en el cuerpo de la mujer, sino *que le ocurre a la mujer*. Pero tal fenómeno involucra también al concebido y aunque el art. 4.1 habla del “momento de la concepción”, sin duda lo hace para establecer una cierta protección de la vida del concebido. Y en tal contexto, que la concepción se refiera al momento de la fecundación o de la implantación no parece que deba depender de las posibilidades de supervivencia del embrión. En realidad, tales posibilidades son una cuestión contingente que resultan del estado de la ciencia: al igual que sólo desde hace unas pocas décadas es posible fecundar embriones fuera del útero de la mujer, no es en absoluto excluible que en un futuro se pueda llevar a término una gestación en forma artificial. ¿Significaría eso que el art. 4.1 de la Convención excluiría la protección del embrión en el octavo mes de su gestación?

Algo muy similar, y de manera más clara, debe decirse de la tercera razón alegada por la Corte: que en una fecundación natural no sea posible determinar la existencia del embrión antes de la implantación en el útero es una contingencia técnica que podría cambiar en un futuro. Así como hoy es posible observar en microscopio los embriones fecundados *in vitro*, nada impide que se descubra una técnica que permita detectar la existencia de un embrión en el útero. En todo caso, que se pueda determinar si existe o no un embrión no aporta nada finalmente para responder a la pregunta de si la concepción debe entenderse como fecundación o como implantación.

En este punto, por exclusión, se diría que la posición más relevante para definir el momento de la concepción es el criterio de la fecundación, a partir del cual ya hay (con alguna salvedad que haremos enseguida) un ser vivo con un código genético propio y capaz de desarrollo gradual, dadas otras condiciones, hasta el nacimiento. Y, por lo demás, ¿qué problema puede haber en tal definición? Se trata de una concepción que compartimos plenamente y que sostiene que el embrión no

ciertos signos externos, que tradicionalmente sólo eran constatables por la pérdida del período y que hoy no es posible determinar antes de la implantación; por eso, las ediciones de 1956 y 1970 del diccionario de la RAE definen la voz “preñada” (que curiosamente Vio no cita): “Dícese de la mujer, o de la hembra de cualquier especie, que ha concebido y tiene el feto o la criatura en el vientre”; y las mismas ediciones definen “embarazar” (que tampoco se cita en el voto) como “poner encinta a una mujer”.

es persona sino potencialmente y que el valor de su vida es gradual y progresivo, sin que en ningún momento de su desarrollo sea titular de un derecho a la vida equivalente al de una persona ya nacida. En realidad, la propia sentencia *Artavia Moreno* termina por adoptar este enfoque, desmintiendo sus afirmaciones sobre la inaplicabilidad del art. 4.1 al embrión no implantado, en la parte dedicada a la “proporcionalidad de la medida de prohibición” (§§ 265-317). Allí, en el contexto de la prohibición absoluta de la fecundación *in vitro* por Costa Rica (§ 273), es decir, de la protección del embrión no implantado, la Corte desarrolla una ponderación entre “la protección de la vida prenatal” y los derechos de las mujeres afectadas (§ 275), que concluye así: “Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos” (§ 315)³⁷.

Es importante insistir en que adoptar el criterio de que la concepción coincide con el momento de la fecundación no supone reconocer un derecho a la vida ilimitado al embrión desde ese mismo momento. En realidad, en una visión gradual a propósito del valor de la vida potencial –como la que bien razonablemente mantiene la Corte, entre otros muchos tribunales últimos de carácter nacional–, la distinción entre fecundación e implantación y las relevantes diferencias entre ambas justifican que el grado de protección del embrión en esa primera fase sea el menor en el proceso del desarrollo del concebido y no nacido.

Adviértase que el grado de protección del embrión no implantado puede ser más o menos similar al que en muchos ordenamientos se confiere a órganos y otros componentes vitales como los riñones, el plasma sanguíneo o los óvulos y el semen, respecto de los que suele estar legalmente prohibida la compraventa³⁸.

³⁷ Los dos siguientes considerandos producen cierta perplejidad porque, por un lado, se recuerda el criterio de la Corte del § 264 de que “el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención” (§ 316), pero, por otro lado, se acepta que “el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural” (§ 316) y se concluye que la interferencia en los derechos de las mujeres afectadas por la decisión de Costa Rica fue “desproporcionada” por “no ponderar ni tener en cuenta *los otros derechos* en conflicto” (§ 317; destacado agregado). A nuestro modo de ver, si el embrión preimplantado estuviera protegido por el art. 4.1, no habría lugar a aceptar ningún impacto en el embrión, por leve que fuera, ni a ponderar tal impacto con derechos reconocidos en la Convención.

³⁸ Los ejemplos están elegidos para poner de relieve una cierta banda de mayor o menor protegibilidad: así, mientras resulta sensato sostener que la venta de riñones, o su extracción forzosa, es mucho más grave que

Por lo demás, se trata de una fase en la que parece impropio hablar de aborto tanto si los embriones se encuentran en el cuerpo de la madre cuanto, obviamente, si se han producido *in vitro*. Esa evaluación, por lo demás, coincide con la consideración que la Organización Mundial de la Salud hace del uso de métodos de “anticoncepción postcoital de emergencia”, conocidos como “píldora del día siguiente” (la denominación es imprecisa, pues la categoría incluye una píldora de los cinco días siguientes, así como, entre otras variantes, la RU-486 en dosis bajas), que al igual que los dispositivos intrauterinos (DIU) pueden destruir el óvulo o el espermatozoide e incluso tener el efecto de impedir la implantación del embrión³⁹.

iv) El valor gradual y progresivo de la vida del no nacido

La argumentación anterior es coherente con una razonable visión sobre el valor de la vida del concebido y no nacido como gradual y progresiva (o “incremental”, según dice la propia sentencia *Artavia Murillo* en los §§ 257, 265 y 316), que es la justificación última de las numerosas regulaciones nacionales que permiten no sólo el tratamiento científico de embriones, sino también distintas formas de interrupción voluntaria del embarazo. Conviene dedicar un cierto espacio a comentar el fundamento básico de esa atribución gradual y progresiva, que también equivale a negar, cuando menos, el carácter absoluto del derecho a la vida del no nacido.

Para abordarlo, nos parece importante deslindar tres planos diferentes, que muchas veces tienden a confundirse dando lugar a soluciones erróneas e inaceptables: el plano científico, el religioso y el ético-jurídico. La sentencia *Artavia Murillo* hace un buen planteamiento cuando afirma que “respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a

la de los óvulos, el semen o la sangre, el grado de gravedad de la venta de embriones podría situarse entre ambos tipos de casos (que a su vez pueden graduarse de mayor a menor gravedad).

³⁹ WHO (1998).

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” (§ 185).

Avancemos un poco más en el deslinde de dos ideas diferentes: primero, la relación entre afirmaciones científicas y evaluaciones éticas y, segundo, la relación entre presupuestos religiosos y criterios ético-jurídicos en lo que afecta a la imposición coactiva del Derecho. Respecto al primer punto, es necesario salir al paso de la engañosa pretensión, habitual en los debates sobre la despenalización del aborto, de utilizar criterios científicos con propósitos de juicio ético o jurídico. El falaz argumento se puede exemplificar fácilmente con el texto de un manifiesto de más de 2.000 científicos y otros profesores de distintas materias denominado “Declaración (o Manifiesto) de Madrid”, fechado el 17 de marzo de 2009, como reacción frente a una propuesta socialista de ampliar la legislación española sobre el aborto⁴⁰. El texto consta de un encabezamiento en el que, reclamando “una correcta interpretación de los datos de la ciencia en relación con la vida humana en todas sus etapas”, pide que “se tengan en consideración los siguientes hechos”. Pues bien, entre los “hechos” que se enumeran pueden encontrarse, por un lado, afirmaciones científicas relativas a hechos, como que “la vida comienza en el momento de la fecundación” a partir de una única célula inicial, el cigoto, que, “en una combinación nueva y singular” tiene la propiedad de desenvolverse “sin solución de continuidad” desde la fecundación (puntos a-b). Y, por otro lado –sin solución de continuidad alguna–, afirmaciones que no son científicas sino evaluaciones de carácter ético, como las siguientes: “un aborto no es sólo la ‘interrupción voluntaria del embarazo’ sino un acto simple y *cruel* de ‘interrupción de una vida humana’”, “el aborto es un *drama* con dos *víctimas*” y “una *tragedia* para la sociedad”, “una Ley del aborto sin limitaciones fijaría a la mujer como la única responsable de un *acto violento* contra la vida de su propio hijo” (puntos e, g, j y k; destacados agregados).

Estas últimas aseveraciones no sólo no pueden considerarse descriptivas de hechos (pues son producto de una valoración), sino que no se pueden deducir de las afirmaciones fácticas iniciales. Cuándo empieza la vida humana como hecho y qué valor ha de darse a esa vida en sus distintas fases de desarrollo son cuestiones en planos distintos, y, como replicó al anterior un manifiesto de más de mil científicos españoles bajo el título “En contra de la utilización ideológica de los hechos científicos”: “El momento en que puede considerarse humano un

⁴⁰ Cfr. <http://derechoavivir.org /declaración de Madrid/>

ser no puede establecerse mediante criterios científicos; el conocimiento científico puede clarificar características funcionales determinadas, pero no puede afirmar o negar si esas características confieren al embrión la condición de ser humano, tal y como se aplica a los individuos desarrollados de la especie humana. Esto entra en el ámbito de las creencias personales, ideológicas o religiosas”⁴¹.

Para verlo con mayor profundidad se debe observar que dos importantes afirmaciones del primer manifiesto no son meramente fácticas. En primer lugar, la idea de la continuidad de la vida es una noción ambigua que tiende a sugerir indebidamente que no hay diferencias ni saltos cualitativos entre los distintos momentos del proceso de desarrollo de la vida humana. Para situarlo en un contexto más amplio, tanto el desarrollo de la materia en el cosmos desde el *big bang*, la aparición de la vida más simple y su evolución posterior hasta formas más complejas, han sido resultado de procesos que deben verse como continuos, en los que las nuevas formas proceden de elementos preexistentes, sin que nada de ello obligue a negar que se trata de un proceso en el que es posible establecer momentos y fases distintos.

En el caso de la evolución del embrión, no es cierto que no quepa establecer soluciones de continuidad en el proceso gradual de su desarrollo: no sólo las ciencias biológicas y médicas hacen importantes distinciones (por ejemplo entre antes y después de la implantación –entre embrión y feto– o en el momento de la formación de la corteza cerebral o en el momento de la viabilidad, etc.), sino que la propia expresión “código genético”, competentemente interpretada, no alude a una mera información predeterminada a modo de programa autónomo por el que el embrión pueda desarrollarse por sí solo, pues tal código no puede ser realizado sin la adición de información exterior⁴². Y todo ello puede ser

⁴¹ Puede verse en http://www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/200903/27/sociedad/20090327elpepisoc_1_Pes_PDF.doc; para una contextualización de ambos manifiestos, véase Javier Sampedro, “El aborto enciende a los científicos”, *El País*, 6 abril 2009 (http://elpais.com/diario/2009/04/06/sociedad/1238968805_850215.html).

⁴² La bióloga y Premio Nobel alemana Christiane Nüsslein-Volhard ha escrito: “El óvulo fecundado (aunque no todos, pues más de la mitad de los huevos no son viables) tiene la herencia completa –la suma de todos los genes de un ser humano y por tanto su programa genético. Para que llegue a estar en condiciones de ejecutarse, necesita, sin embargo, adicionalmente el intercambio intensivo, la simbiosis, con el organismo materno. Éste es imprescindible e irreemplazable. Por tanto sólo con la anidación en el útero está completo el programa para convertirse en una persona y sólo con el nacimiento está ejecutado. Sólo con el nacimiento ha surgido el ser humano que estaba haciéndose un organismo autónomo que respira y tiene su propio e independiente intercambio de energía. Ciertamente el bebé está aún necesitado de cuidados, pero ahora se

perfectamente relevante para establecer una diferente protección gradual del no nacido en función de ciertos criterios éticos, como la distinta consideración social de la interacción con embriones preimplantatorios, embriones, fetos viables y ya nacidos, la incapacidad o capacidad de sentir y sufrir, la viabilidad, el nacimiento, etc., sobre los cuales los códigos penales suelen establecer diferencias difíciles de explicar sin acudir a una graduación en la valoración ético-jurídica de las distintas fases de la vida anterior al nacimiento.

En segundo lugar, el manifiesto hace generalizaciones sin precisar que admiten excepciones que pueden ser relevantes para la evaluación ética de la cuestión. Así ocurre con la afirmación de que el cigoto es “una combinación nueva y singular”, que tiene excepciones conocidas tanto en el caso de los gemelos biológicamente idénticos, que proceden del mismo cigoto, como en la posibilidad técnica de la clonación, que hace factible un cigoto con una combinación que, al menos en un sentido importante, no es nueva ni singular, aunque pueda concluir con un individuo nuevo y distinto⁴³. En el contexto del debate ético ante la opinión pública, ocultar estas precisiones puede no ser tanto una cuestión de simplificación para la divulgación como más bien de manipulación de la ciencia al servicio de la propia posición ideológica, encaminada a negar la tesis de la gradualidad mediante la doble idea de que desde el primer momento hay un individuo único y de que tal individuo tiene todas las posibilidades de autodesarrollarse sin más. Sin embargo, insistimos, *ni la individualidad específica ni la capacidad de autodesarrollo tanto de un embrión humano como de una bellota recién germinada hacen de uno y otro una persona o un roble*, como no niegan la posibilidad de considerar gradual el desarrollo de esos seres potenciales hasta que se convierten en actuales, por decirlo en términos aristotélicos⁴⁴.

En cuanto a la relación entre presupuestos religiosos y criterios ético-jurídicos, que es el segundo punto pendiente suscitado por la sentencia *Artavia Murillo* (§ 185), se apunta en la dirección correcta cuando concluye que ciertas creencias

alimenta de fuera y puede por tanto en caso de necesidad sobrevivir sin su madre. Entonces el ser humano es una persona. Y ahí estamos todos de acuerdo” (ponencia presentada al Congreso *Genetik und die Zukunft des Menschen- Positionen aus dem Ethikrat*, celebrado en Schloß Elmau, del 19 al 21 de julio de 2002, así como ante la *Juristische Studiengesellschaft* de Karlsruhe, Bundesgerichtshof, el 10 de octubre de 2002; disponible en http://www.eb.tuebingen.mpg.de/papers/pop_wiss_pub/mensch.htm); cit., junto con otra bibliografía relevante, en PEÑARANDA (2006), pp. 104-105.

⁴³ LASSEN, J.; GJERRIS, M., & SANDØE, P. (2005).

⁴⁴ Para una ampliación de los anteriores argumentos, además de a PEÑARANDA (2006), espec. pp. 99 y ss., remitimos a RUIZ MIGUEL (1990), cap. 2, y (2002), § 3.

específicas que otorgan atributos metafísicos a los embriones no pueden imponerse a las personas que no las comparten. Esta afirmación nos parece particularmente pertinente cuando aquellas creencias son de carácter religioso, ancladas por tanto en una posición que los propios practicantes deben considerar materia de fe personal e idiosincrásica y, por tanto, no exigible a terceras personas⁴⁵. Quien considera la vida humana del no nacido como un derecho absoluto debería preguntarse honestamente si el peso esencial de su rechazo del valor gradual y progresivo de tal vida se debe no a la simple afirmación –matizable, como hemos dicho– de que hay un código genético individualizado y con capacidad de autodesarrollo desde la fecundación, sino sobre todo a la suposición religiosa de que en ese momento el dios de su creencia infunde un alma inmortal a dicho ser⁴⁶. Si es así, resulta obligada la distinción que atraviesa el importante libro de Ronald Dworkin sobre el tema, *Life's Dominion*⁴⁷, entre criterios de virtud o bondad y criterios de corrección o justicia. Los primeros, entre los que se incluyen los preceptos y modelos religiosos, son ideales personales de vida buena que uno puede exigirse a sí mismo, pero que es injusto imponer coactivamente a los demás.

Hasta aquí, la argumentación de la Corte sobre el artículo 4.1., así como nuestra propia argumentación, parecería tener casi, por así decirlo, un alcance eminentemente negativo, dirigido sobre todo a excluir el carácter no absoluto del derecho a la vida del concebido y no nacido⁴⁸. Si la sentencia no hubiera ido más

⁴⁵ Sobre ello remitimos a RUIZ MIGUEL (2010).

⁴⁶ Para decirlo en palabras de Seleme: “Que un católico afirme la incorrección moral del aborto no lo compromete con afirmar la corrección del ejercicio de la coerción estatal para prohibirlo. No es el objeto propio del Catolicismo la valoración moral del ejercicio de la coerción. Abortar y coaccionar son dos conductas distintas por lo que de afirmar la incorrección de una no se sigue nada respecto de la otra. El ejercicio de la coerción, en cambio, si es el objeto propio del Liberalismo. La situación es exactamente la inversa a la del Catolicismo. No es su preocupación establecer si conductas tales como el abortar o el blasfemar, son moralmente correctas o incorrectas. Su preocupación consiste en determinar cuándo es moralmente correcto el diseño de un esquema institucional que se aplica coercitivamente, esto es con independencia de si lo desean o no, a los ciudadanos. [...] el Liberalismo señala que la coacción está justificada cuando se ejerce con base en razones que todos pueden aceptar”. SELEME (2007).

⁴⁷ DWORKIN (1994).

⁴⁸ El voto particular del juez Vio Grossi dedica un apartado a criticar a la Corte por la “perspectiva con que aborda el caso”, porque la sentencia procedió primero “a determinar el alcance de los derechos a la integridad personal y a la vida privada y familiar”, en vez de haber comenzado por la elucidación de si la resolución de Costa Rica impugnada era o no conforme a lo dispuesto en el art. 4.1 de la Convención. Por nuestra parte, no sólo no encontramos sustancia alguna en el sorprendente reproche del disidente de que la sentencia siga “la lógica procesal y argumental que legítimamente plantearon la Comisión y los Representantes”, sino que es del todo infundado sugerir que se trata de una estrategia que “minimiza o subordina todo lo referente al

allá, casi podría decirse que se habría limitado a afirmar que la Convención no tiene en cuenta a los embriones no implantados ni consagra un derecho absoluto a la vida desde la concepción, pero sin excluir necesariamente que los Estados Parte, en su libre margen de apreciación, pudieran extender la protección jurídica de la vida humana más allá de lo establecido por la Convención. Sin embargo, como se ha podido observar en varias ocasiones, la interpretación del art. 4.1 que hace la Corte Interamericana no puede disociarse en absoluto de su clara y decidida defensa de la especial relevancia de los posibles derechos de la mujer en conflicto. Y en ese punto, los argumentos de la Corte dejan ver claramente que el margen de apreciación de los Estados tiene límites sustanciales: por un lado, el derecho a la autonomía de la mujer (relacionados con su derecho a la vida privada y familiar) y, por otro lado, el derecho a no ser discriminada.

v) El derecho a la autonomía y a la vida privada de la mujer

En Chile el derecho a la libertad individual se consagra en el artículo 19 Nº 7 (“La Constitución asegura a todas las personas (...) derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”) en términos bien estrechos. La doctrina y jurisprudencia lo han asociado al derecho a la libertad de movilización, locomoción o ambulatoria, que se traduce en la posibilidad de permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir del territorio nacional, sin más limitaciones que las establecidas por la ley y los derechos de terceros. A su turno, “el respeto y protección a la vida privada” (art. 19 Nº 4) se concibe como la facultad de las personas de mantener un ámbito de su vida fuera del conocimiento público, en el cual desarrolla acciones que se inician y concluyen en el sujeto que las realiza, como asimismo se concreta en relaciones francas, relajadas y cerradas que trascienden sólo a la familia o a aquellos con los que cada cual decide compartir, siempre y cuando tales actuaciones y relaciones no dañen a otros, no sean delitos o no sean hechos de relevancia pública o que afecten al bien común⁴⁹.

‘derecho a la vida’ [...] tiene un efecto práctico muy relevante, puesto que conduce, en última instancia, a privilegiar esos derechos por sobre el ‘derecho a la vida’” (§ I.A). Prueba fehaciente de que estas objeciones de Vio Grossi son peregrinas es el orden seguido en este artículo, que se acomoda a la lógica procedural preferida por él, si bien con el mismo efecto, para él indeseado pero bien defendible, de no privilegiar el derecho a la vida del no nacido.

⁴⁹ NOGUEIRA ALCALÁ (2004).

Como se puede apreciar en la sentencia *Artavia Murillo*, ambos derechos poseen una comprensión más amplia y rica en la Convención Americana. Así, en primer lugar, el concepto de “libertad individual” que maneja la Corte (artículo 7 de la Convención Americana) incluye una noción de libertad que, en palabras de Dworkin, podemos denominar *libertad como independencia*. En efecto, Dworkin distingue entre la libertad como licencia y la libertad como independencia, definiendo la primera como el grado en que una persona está libre de restricción social o jurídica para hacer lo que pueda desear. La libertad como independencia, en cambio, supone el reconocimiento de la autonomía, del derecho que tiene cada ser humano a establecer su propio plan de vida y actuar conforme a él⁵⁰. Se trata de negar que una persona esté moralmente subordinada a otra, puesto que si de hecho lo estuviera, esto significaría que la sociedad la considera incapacitada de tomar las opciones morales que guiarán su vida. Esta concepción de la libertad permite una íntima relación con la igualdad, negando la clásica contraposición entre la libertad –entendida como libre arbitrio– e igualdad, pues la libertad como independencia es, precisamente, una igualdad que consiste en el derecho a ser tratado con igual consideración y respeto.

Este es, nos parece, el sentido en el que la Corte Interamericana sostiene que “La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones” (§142). Esta libertad permite reconocer a mujeres y hombres sus derechos sexuales y reproductivos, en tanto derechos emanados directamente de la autodeterminación moral y es la razón por la que el tribunal internacional relaciona estrechamente el derecho a la vida privada con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva.

El derecho a la *autonomía reproductiva* está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según la cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su

⁵⁰ DWORKIN (1984), p. 376.

fecundidad⁵¹, lo que incluye el acceso a servicios sanitarios seguros para ello. “La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica” (§ 147).

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW)⁵² ha dejado claro que “los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación” (§ 227). Por ello, en diversas oportunidades el Comité ha expresado su preocupación por el potencial que las leyes antiaborto tienen de atentar contra el derecho de la mujer a la vida y la salud, hasta llegar a afirmar, como si estuviera pensando en Chile, que “la prohibición absoluta del aborto, así como su penalización bajo determinadas circunstancias, vulnera lo dispuesto en la CEDAW” (§ 228).

CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: IMPLICANCIAS DEL CASO ARTAVIA PARA CHILE

El control de convencionalidad aparece hoy como una nueva herramienta de control del cumplimiento por parte de los Estados de los derechos humanos. La Constitución no es, ahora, el parámetro último de control, sino que lo es el sistema internacional de protección de derechos humanos, donde tanto las normas contenidas en los tratados como las interpretaciones que de ellas hacen los tribunales internacionales resultan obligatorias.

Frente a la pregunta sobre si el legislador chileno puede darle al *nasciturus* una protección absoluta, es de vital importancia detallar las conclusiones más relevantes de la sentencia *Artavia Murillo* que nos obliga a responder *negativamente*. Veamos:

1. El articulado de la Convención Americana sobre derechos humanos no hace *procedente otorgar el estatus de persona al embrión* (§ 223).
2. El objeto directo de protección del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos es fundamentalmente la mujer embarazada (§ 223).

⁵¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 24 (02/02/99).

⁵² Esta Convención fue ratificada por el Estado de Chile el año 1989.

3. El objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención Americana es que no se entienda el derecho a la vida del concebido como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos (§ 258).

4. A la luz del Pacto de San José de Costa Rica, la vida desde la concepción y antes del nacimiento es un derecho excepcional o limitable en la medida en que entre en conflicto con otros derechos, como en especial los derechos de autonomía de la mujer embarazada, que es el objeto directo de protección de la Convención (§§ 223 y 264).

5. Sobre la base del principio de interpretación más favorable de los derechos y libertades reconocido en la Convención Americana, se declara inadmisible la protección absoluta del derecho a la vida. En especial, aquella que comporte “la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o los límite en mayor medida que la prevista en ella” (§ 259).

6. La protección del no nacido “es gradual e incremental según su desarrollo” (§ 257, 264, 265 y 316).

Estas conclusiones, de ser recogidas por los tribunales chilenos en el momento de dar contenido a la norma de la Constitución que encarga al legislador proteger la vida del que está por nacer, deberían motivar un cambio radical en su jurisprudencia en relación con el aborto, los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, la píldora del día después y, en general, los derechos a la igualdad y libertad de las mujeres.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALEXY, Robert (2002): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2009): *La prohibición total del aborto en Nicaragua. La salud reproductiva es un derecho humano* (Madrid, Editorial AI).

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. (2004): “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, en *Estudios Públicos* (Nº 95).

BIDART CAMPOS (1995): *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa* (Buenos Aires, Ediar).

CABALLERO OCHOA (2012): “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coord.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma* (México, Suprema Corte de Justicia de la Nación), 103-133.

CARPIO MARCOS (2004): *La Interpretación de los Derechos Fundamentales* (Lima, Palestra Editores).

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2013): *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Perú*, disponible en <http://www2.ohcabprehr.org/english/bodies/hrc/hrcs107.htm>.

CUNNINGHAM, LEVENO, BLOOM, HAUTH, ROUSE, SPONG (2009): “Prenatal Diagnosis and Fetal Therapy”, en Cunningham y otros (eds), *Williams Obstetrics*, 23rd edición (New York, McGraw-Hill).

DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel).

_____ (1994): *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom* (New York, Vintage Books).

FIGUEROA, Rodolfo (2007): “Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* (Vol. XX, Nº 2).

HUMAN RIGHTS WATCH (2010): *Por sobre sus cadáveres. Denegación de acceso a la atención obstétrica de emergencia y el aborto terapéutico en Nicaragua*. Serie Reporte, Vol. 19, Nº 2 (Washington, HRW).

LASSEN, J., GJERRIS, M., & SANDØE, P. (2005): “After Dolly-Ethical limits to the use of biotechnology on farm animals”. *Elsevier*, 65, 992-1004.

MEDINA, Cecilia (1996): “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en C. Medina y J. Mera, *Sistema jurídico y Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Serie Publicaciones Especiales Nº 6 (Santiago, Universidad Diego Portales).

NASH, Claudio (2003): *La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena*. Ponencia presentada en el “Curso Regional para Jueces, Fiscales y Abogados de Argentina, Chile y Uruguay”, organizado por UNICEF en Montevideo. Disponible en <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/30.pdf> (consulta: 22 de abril de 2013).

NOGUEIRA, Humberto (2008): “Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre el decreto supremo que regula la distribución de la píldora del día después (Levonorgestrel 0.75 MG)”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (año 6, Nº 1).

NOGUEIRA ALCALÁ (2004): “Pautas para Superar las Tensiones entre los Derechos a la Libertad de Opinión e Información y los Derechos a la Honra y la Vida Privada”, en *Revista de Derecho*, Valdivia (Vol. XVII).

- PEÑARANDA RAMOS (2006): “Bioética y derecho penal en el comienzo de la vida: algunas implicaciones jurídico-penales de las nuevas biotecnologías”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (“Derecho y genética: Un reto de la sociedad del siglo XXI”, ed. de Agustín Jorge Barreiro; número extraordinario), 75-106.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1990): *El aborto: problemas constitucionales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- _____ (2002): “El aborto, entre la ética y el Derecho”, en *Téλoς. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas* (XI, n. 2), 105-124.
- _____ (2010): “La laicidad y el eterno retorno de la religión”, en Vázquez, Ruiz Miguel y Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo).
- SELEME, Hugo (2007): “El desafío del católico liberal”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Nº 30), 471-490.
- WHO [World Health Organization-Organización Mundial de la Salud] (2012): *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*. Segunda edición. Departamento de Salud Reproductiva e Investigaciones Conexas (Ginebra, OMS).
- WHO [World Health Organization-Organización Mundial de la Salud] (1998): “Task Force on Postovulatory Methods of Fertility Regulation. Randomised controlled trial of levonorgestrel versus the Yuzpe regimen of combined oral contraceptives for emergency contraception”, en *Lancet*, 352 (9126).
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2002): *El Derecho Dúctil* (Madrid, Editorial Trotta).
- ZÚÑIGA FAJURI, A. (2011): “Aborto y derechos humanos”, en *Revista de Derecho* (Vol. XXIV, Nº 2).