Tomo
346

1933 - 2017
X Época

Anales de Jurisprudencia

Anales de Jurisprudencia

Marzo-Abril 2017

Contenido

Materia Civil

Juicio ordinario civil/ Saneamiento por evicción
Juicio ordinario civil/ Acto nulo por fallecimiento del mandante
Juicio ordinario civil/ Valor de la prueba documental

Materia Familiar

Juicio oral familiar/ Controversia sobre filiación/ Derecho a la identidad de niños y niñas

Materia Justicia para Adolescentes

Conducta tipificada como delito contra la salud en su modalidad de narcomenudeo/ Asistencia de defensor especializado

Materia Penal

Homicidio calificado en grado de tentativa/ Inculpado persona indígena/ Debido proceso y adecuado acceso a la justicia

Estudios Jurídicos

Sistema acusatorio, su incompatibilidad con el plazo constitucional
Sadot Javier Andrade Martínez

Reforma constitucional al artículo 19, respecto del auto de vinculación a proceso
Rafael Guerra Álvarez

Gobierno electrónico, justicia abierta y ciberjusticia en materia electoral (juicio en línea)
Moisés Vergara Trejo

Publicación Especial

Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación *in vitro*") vs. Costa Rica
Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones

Dirección de Anales de Jurisprudencia y Publicaciones
Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial
Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México

PUBLICACIÓN CREADA COMO
"DIARIO DE JURISPRUDENCIA" EN 1903,
Y CON LA PRESENTE DENOMINACIÓN
A PARTIR DE 1932

TOMO 346
DÉCIMA ÉPOCA
MARZO-ABRIL 2017

Informes y ventas de:
Anales de Jurisprudencia, Leyes y Códigos Tematizados, Colecciones *Doctrina y Clásicos del Derecho*, y demás obra editorial en la:

DIRECCIÓN GENERAL DE ANALES
DE JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL

Dr. Claudio Bernard No. 60, 1er. Piso, Colonia Doctores,
Delegación Cuauhtémoc, C. P. 06720, Ciudad de México.
Teléfonos: 51-34-14-41 y 51-34-13-23

AJ ANALES DE JURISPRUDENCIA, año 82, tomo 346, marzo-abril, 2017, es una publicación bimestral editada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Niños Héroes No. 132, Col. Doctores, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06720, Ciudad de México, Tel. 5134-1441, www.poderjudicialdf.gob.mx, analesjurisprudencia.publicaciones@tsjdf.gob.mx. Editor responsable: Raciel Garrido Maldonado. Reservas de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2010-073014561200-102; ISSN: 2007-1701; Licitud de Título y Contenido No. 14982, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

Colaboradores:
• *Erika Beatriz Ruiz Carballo* • *Sergio Casillas Macedo*
• *Gustavo Frías Esquivel* • *Joel Oswaldo Vega Viazcán*

Diseño y formato de interiores:
• *Ricardo Montañez Pérez*

Portada:
• *Sandra Juárez Galeote*

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

Dr. Álvaro Augusto Pérez Juárez
Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México

Lic. Raciel Garrido Maldonado
Director General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial

Director de Anales de Jurisprudencia y Publicaciones

Lic. José Castillo Larrañaga
Fundador

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México

Comité Editorial

Mgdo. Dr. Álvaro Augusto Pérez Juárez

Vocales

Dr. Jorge Martínez Arreguín
Consejero de la Judicatura

Dr. Juan Luis González A. Carrancá
Magistrado de la Cuarta Sala Familiar

Lic. Judith Cova Castillo
Juez Décimo de lo Civil

C.P. Israel Soberanis Nogueda
Oficial Mayor

Lic. Raciel Garrido Maldonado
Director General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial

Dr. René González de la Vega
Director General del Instituto de Estudios Judiciales

Materia Civil

Sexta sala civil

Magistrados

Lics. Delia Rosey Puebla, Francisco José Huber
Olea Contró y Edmundo Vásquez Martínez,
por Ministerio de Ley.

Ponente

Mgda. Delia Rosey Puebla.

Recurso de apelación interpuesto por las partes actora y demandada, en contra de la sentencia definitiva dictada en el juicio ordinario civil, saneamiento por evicción.

SUMARIO: SANEAMIENTO POR EVICCIÓN. ACCIÓN PARA SU PROCEDENCIA. El artículo 2119 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que la acción para que proceda el saneamiento para el caso de evicción, se da cuando el adquiriente es privado total o parcial por sentencia ejecutoria en razón de algún derecho anterior a la adquisición; lo que en la especie aconteció que el quejoso, quien persona diversa al actor en el presente juicio obtuvo la protección y el amparo de la justicia federal para efecto de que se dejara insubsistente primero, el emplazamiento practicado a dicha persona y como consecuencia de ello, también la adjudicación que se hizo a la Institución de crédito respecto del inmueble materia del presente juicio; en virtud de la cual la parte actora acreditó haber sido priva-

do de manera total de su bien inmueble materia de compraventa, en razón de la existencia de un mejor derecho que el suyo y por tanto resulta fundada su acción de saneamiento por evicción, criterio que se robustece con la tesis de jurisprudencia cuya voz es del tenor siguiente: "Evicción. Para la condena al saneamiento por dicha hipótesis, bastará demostrar que mediante resolución el adquiriente de un bien o derecho lo perdió total o parcialmente por la declaratoria de existencia de un mejor derecho que el suyo."

Ciudad de México, veintiocho de febrero de dos mil diecisiete.

Vistos, los autos del toca número ***/2017, para resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes actora y demandada, en contra de la sentencia definitiva de fecha veintiocho de octubre de dos mil dieciséis, dictada por la C. Juez Vigésimo Quinto de lo Civil de esta ciudad, en los autos del juicio ordinario civil, seguido por PEDRO en contra de BANCO... a través de su liquidador SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN Y ENAJENACIÓN DE BIENES (SAE); y

RESULTANDO:

1. La sentencia definitiva concluyó con los siguientes puntos resolutivos:

Primero. Ha sido procedente la vía elegida para este asunto, en donde el actor PEDRO acreditó parcialmente su acción y el demandado BANCO... a través de su liquidador, SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN Y ENAJENACIÓN DE BIENES (SAE) demostró parcialmente sus excepciones y defensas, en consecuencia:

Segundo. Se condena a la parte demandada a través de su liquidador, a devolver a la actora o a quien legalmente represente sus derechos en el término de cinco días siguientes a aquel en que sea legalmente ejecutable el presente fallo, el precio íntegro que se dio con motivo de la compraventa materia de la controversia, y que actualmente asciende a $57,000.00 (cincuenta y siete mil pesos 00/100M.N. *(sic)*),

más las cantidades que el accionante hubiere erogó *(sic)* con motivo de la escrituración del contrato de compraventa base de la acción, importes que se cuantificaran y acreditaran en ejecución de sentencia mediante el incidente respectivo; asimismo, la enjuiciada por conducto de su liquidador, tendrá que responder de los "daños y perjuicios" que se generaron al actor con motivo de la celebración del contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria de fecha quince de octubre de mil novecientos noventa y dos, para la adquisición del inmueble materia de la litis, "daños y perjuicios" que se traducen únicamente en el importe de los intereses que hubiere liquidado el actor por la cantidad dada en mutuo, dados los razonamientos expresados en este fallo.

Tercero. Se absuelve a la enjuiciada de la actualización de los conceptos a que fue condenada y detallados en el párrafo que antecede.

Cuarto. Se absuelve a la parte demandada de las prestaciones marcadas con los incisos *c)* y *e)* consistentes en el pago de las mejoras realizadas al inmueble y el pago de gastos y costas generados por los juicios que se intentaron con el objeto de mantener la posesión y propiedad del inmueble controvertido.

Quinto. No se hace condena en gastos y costas del juicio.

Sexto. Notifíquese.

2. Inconformes las partes actora y demandada, con la sentencia definitiva antes transcrita, interpusieron recurso de apelación, mismo que les fue admitido en ambos efectos y tramitado que fue conforme a derecho, se citó a las partes para oír sentencia definitiva en base a los siguientes

CONSIDERANDOS:

I. Las partes inconformes, expresaron como agravios los que constan en sus escritos de fechas dieciocho y veintinueve noviembre de dos mil dieciséis, mismos que se tienen aquí por reproducidos a la letra en obvio de repeticiones innecesarias.

II. En virtud de que la parte actora y demandada promovieron sendos recursos de apelación, se procede en primer término al estudio de los agravios hechos valer por la primera de las nombradas, lo que se hace en los términos siguientes:

El primer agravio que hace valer el actor PEDRO resulta fundado y suficiente para modificar en su parte conducente la sentencia definitiva recurrida, toda vez que de la lectura al escrito inicial de demanda se desprende, que el actor en la vía ordinaria civil, reclamó la acción de saneamiento por evicción y al efecto exhibió, entre otros documentos, la documental pública, consistente en las copias certificadas de la resolución de amparo en revisión con número ***/2013 de fecha dieciséis de mayo de dos mil catorce, dictada por el Tribunal Colegiado Trigésimo Segundo Circuito, de la que se advierte, que dicha autoridad confirmó la ejecutoria de fecha treinta y uno de octubre de dos mil trece, dictada por el Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Colima, en el que concedió el amparo y protección a ROBERTO JUAN, quien fue parte demandada en el juicio Ejecutivo Mercantil, identificado con el número de expediente ***/1990, para el efecto de que se dejara insubsistente el emplazamiento practicado a dicha persona y como consecuencia de ello, que se dejara insubsistente la adjudicación que se hizo al Banco… (quien fue parte actora en dicho juicio y demandada en el juicio que ahora nos ocupa), respecto del inmueble identificado como finca número *** de la avenida José Antonio Díaz, fraccionamiento Placetas Estadio, Colima, manzana ** antes ***, con las medidas y colindancias ahí precisadas, así como la escritura respectiva de adjudicación que en su momento tiró el Notario Público número 1 de la ciudad de Colima, así también se dejó sin efectos el gravamen inscrito en el Registro Público de la Propiedad del estado de Colima a favor del BANCO... respecto del inmueble antes mencionado, de lo que se colige, que la acción que instauró el actor apelante, es la de saneamiento por evicción, pues el artículo 2119 del Código Civil para el

Distrito Federal establece que habrá evicción cuando el que adquirió alguna cosa, fuere privado del todo o parte de ella por sentencia que cause ejecutoria en razón de algún derecho anterior a la adquisición. Sirve de apoyo a lo anterior, la siguiente jurisprudencia bajo el rubro:

Evicción. Para la condena al saneamiento por dicha hipótesis, bastará demostrar que mediante resolución el adquirente de un bien o derecho lo perdió total o parcialmente por la declaratoria de existencia de un mejor derecho que el suyo (legislaciones de los estados de México y Jalisco) De los artículos 1948 al 1969 del Código Civil para el Estado de México promulgado el veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis (abrogado el siete de junio de dos mil dos); y 1622 a 1645 del ordenamiento estatal del mismo nombre pero para el Estado de Jalisco, se desprende que la condena al saneamiento en el caso específico de la evicción y en agravio del transferente de un bien o derecho, procederá cuando el adquirente sufra su pérdida total o parcial mediante una declaratoria de existencia de un mejor derecho que el suyo y de persona ajena, y a pesar de que el bien o derecho se hubiera transmitido de buena fe mediante contrato de compraventa, permuta, arrendamiento y, en general, por cualquier acto traslativo de dominio o de uso, pero siempre que esa declaración se encuentre en sentencia y en la cual se contenga el reconocimiento de la existencia de un mejor derecho que supere al invocado por éste, trayendo como resultado dicha pérdida total o parcial.

Época: Novena Época. Registro: 164593. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXXI, Mayo de 2010. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 41/2010. Página: 464

Contradicción de tesis 297/2009. Entre las sustentadas por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. 20 de enero de 2010. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Emmanuel Rosales Guerrero.

Tesis de jurisprudencia 41/2010. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diecisiete de marzo de dos mil diez.

De lo anterior, se concluye que la juzgadora varió la litis en el presente juicio y analizó como acción principal la reparación del daño derivado de una relación contractual que tenía con Banco por la privación física que sufrió del inmueble materia de litis —responsabilidad civil contractual— sin que él diera motivo para ello, lo que no resultó procedente, ya que se reitera, del escrito de demanda se aprecia claramente, que la acción que instauró el actor en el presente juicio, es el Saneamiento por Evicción, pues lo que el inconforme pidió con dicha acción, es el resarcimiento de la pérdida total del bien inmueble, por virtud de la declaratoria de un mejor derecho que el suyo.

Por lo anteriormente expuesto y tomando en consideración que la juzgadora no entró al estudio de la acción de saneamiento por evicción en los términos en que el actor apelante la hizo valer en su escrito de demanda, esta Alzada con plenitud de jurisdicción, procede a su estudio, como más adelante se establece. Sirve de apoyo a lo anterior, la jurisprudencia bajo el rubro:

> Apelación, Facultades del tribunal de. En el sistema procesal en que no existe reenvío, el tribunal de apelación debe examinar y resolver, con plenitud de jurisdicción, las cuestiones indebidamente omitidas en la sentencia apelada, reclamadas en los agravios, sin limitarse a ordenar al inferior que las subsane, porque debe corregirlas por sí mismo.
>
> Precedentes: Sexta Época, Cuarta Parte: Volumen XXIV, pág. 30. Amparo directo 5430/57. Abraham Razu R. 5 de junio de 1959. 5 votos. Ponente: osé Castro Estrada. Volumen XXV, pág. 65. Amparo directo 6806/58. Luis G. Durán. 13 de julio de 1959. 5 votos. Ponente: Gabriel García Rojas.
>
> Volumen XXVIII, pág. 55. Amparo directo 3095/58. Pinkas Goldberg. 7 de julio de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.
>
> Volumen LXII, pág. 23. Amparo directo 8352/61. Jesús Vázquez. 16 de agosto de 1962. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela.

Volumen LXXIII, pág. 9. Amparo directo 2238/62. José Merino Coronado. 25 de julio de 1963. Unanimidad de 4 votos. Ponente: José Castro Estrada.

Instancia Tercera Sala Fuente: Apéndice 1985 Parte: IV Tesis: 41 Página: 107

Asimismo, la parte actora en su escrito inicial de demanda reclamó de BANCO…, a través de su liquidador SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN Y ENAJENACIÓN DE BIENES (SAE), las siguientes prestaciones:

a) La devolución del precio íntegro que la demandada (BNCI) recibió por la venta del bien inmueble, con la debida actualización del mismo.

b) Los gastos erogados con motivo de la formalización del acto, en la cual se adquirió el inmueble materia de la evicción, con la debida actualización del mismo.

c) Las cantidades que se acreditaran con motivo de las mejoras realizadas al inmueble, con la debida actualización del mismo.

d) Las cantidades que resulten por los daños y perjuicios ocasionados, ya que para el pago del bien inmueble se solicitó un crédito con interés y garantía hipotecaria, mismo que ocasionó pagar el costo financiero de las cantidades en crédito, con la debida actualización del mismo.

e) Los gastos y costas generados con motivos de los juicios que se intentaron con el objeto de mantener la posesión y propiedad del inmueble sujeto a la evicción, con la debida actualización del mismo.

f) Los gastos y costas que se generen con motivo de la tramitación de este asunto.

Con fecha seis de marzo de dos mil dieciséis (fojas 9 del expediente principal), se admitió a trámite la demanda en la vía y forma propuesta y mediante escrito presentado el doce de mayo de dos mil dieciséis (foja 38 de autos), el C. Jaime, en su carácter de apoderado legal del Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE), en su calidad

de liquidador del Banco … Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE), contestó la demanda haciendo valer las excepciones y defensas que estimó pertinentes, por lo que por auto de dieciséis de mayo de dos mil dieciséis (foja 91), se tuvo por contestada en tiempo la demanda, dándose vista a la contraria para que manifestara lo que a su derecho conviniera respecto a las excepciones y defensas hechas valer, hecho lo cual por auto de siete de julio del mismo año (fojas 116), se admitieron las pruebas ofrecidas por las partes, mismas que fueron desahogadas en auto dictado en audiencia de veintiuno de septiembre de dos mil dieciséis (foja 120).

Ahora bien, el actor PEDRO, a efecto de acreditar su acción, ofreció las siguientes pruebas:

1) La documental pública consistente en copia certificada del instrumento público número … de fecha quince de octubre de mil novecientos noventa y dos, pasada ante la fe del licenciado Salvador Armenta Padilla, Notario Adscrito a la Notaria Pública número ** de la ciudad de Colima, documental que hace prueba plena en términos del artículo 403 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y con la que acredita la operación de compra venta celebrada entre el hoy actor PEDRO, en su calidad de comprador y Banco…, en su calidad de vendedor, pactando como precio de la operación, la cantidad de $57'000,000.00 (cincuenta y siete millones de viejos pesos 00/100 M.N.), respecto al inmueble identificado como finca marcada con el número *** de la avenida José Antonio Díaz, manzana ** del fraccionamiento Placetas Estadio, Sección Primera de la ciudad de Colima, Colima; inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del estado de Colima en folio real número *****.

2) La documental pública consistente en el instrumento público número … de fecha del quince de octubre del año mil novecientos noventa y dos, pasada ante la fe del licenciado Salvador Armenta Padilla, No-

tario Público número ** de la ciudad de Colima, documental que hace prueba plena en términos del artículo 403 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y con la que acredita, la celebración del contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria entre el hoy actor PEDRO y el Banco…, por la cantidad de $57'000,000.00 (cincuenta y siete millones de viejos pesos 00/100 M/N) mismo que se destinó para la compraventa ya descrita, contrato de mutuo que quedó debidamente inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del estado Colima en el folio real número ****.

3) La documental pública, consistente en el certificado de libertad de gravámenes, de fecha veinte de mayo del dos mil once, documental que hace prueba plena en términos del artículo 403 del Código procesal civil y con la que acredita que el inmueble materia de la compraventa aparece registrado a nombre de actor PEDRO.

4) La documental pública consistente en el legajo de copias certificadas de la resolución de amparo indirecto con número ***/2012-II.M de fecha ocho de mayo de dos mil doce, documental que surte plenos efectos probatorios de conformidad con el artículo 403 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y que acredita que el quejoso Roberto Juan obtuvo la protección y amparo de la justicia federal, quien fue parte demandada en el juicio ejecutivo mercantil, identificado con el número de expediente ***/1990, para el efecto de que se dejara insubsistente el emplazamiento practicado a dicha persona y como consecuencia de ello, que se dejara insubsistente la adjudicación que se hizo al Banco (quien fue parte actora en dicho juicio y demandada en el juicio que ahora nos ocupa), respecto del inmueble identificado como finca número *** de la avenida José Antonio Díaz, fraccionamiento Placetas Estadio, Colima, manzana **, antes ***, con las medidas y colindancias ahí precisadas, así como la escritura respectiva de adjudicación que en su momento tiró el Notario Público número 1 de la ciudad de

Colima, así también se dejó sin efectos el gravamen inscrito en el Registro Público de la Propiedad del Estado de Colima a favor del BANCO... respecto del inmueble antes mencionado.

5) La documental pública consistente en el legajo de copias certificadas de la resolución de amparo en revisión con número ***/2013 de fecha dieciséis de mayo de dos mil catorce, dictada por el Tribunal Colegiado del Trigésimo Segundo Circuito, documental que hace prueba plena en términos del artículo 403 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal lo que acredita que dicha autoridad, confirmó la ejecutoria de fecha treinta y uno de octubre de dos mil trece, dictada por el Juzgado Primero de Distrito en el estado de Colima y por consiguiente se ordenó de nueva cuenta la cancelación de las actuaciones del juicio mercantil ejecutivo con número de expediente ***/1990 del Juzgado Primero Mercantil de Colima y, por consecuencia, todas las actuaciones y actos jurídicos emanados del juicio.

6) La documental pública consistente en cuatro impresiones de pantalla electrónica, relativas al folio real *****, documental que hace prueba plena de conformidad con el artículo 403 del Código de Procedimientos Civiles y que acredita que actualmente el inmueble registralmente se encuentra a nombre del señor Roberto Juan, ello en virtud de lo ordenado en las ejecutorias de amparo antes mencionadas.

7) La documental pública consistente en diversos oficios números DCCM/CJC/***/2015 de fecha trece de agosto de dos mil quince, oficio DCCM/CJC/***/2015 de cinco de marzo de dos mil quince, oficio DCCM/CJC/***/2015 de dieciocho de marzo de dos mil quince, oficio DCCM/DEPAC/CP/***/16, de fecha veinticinco de abril de dos mil dieciséis, mismos que fueron expedidos por el Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE), documentales que hacen prueba plena de conformidad con el artículo 403 del Código de Procedimientos Civiles, y que acreditan la imposibilidad de dicha dependencia para

realizar de manera administrativa el pago de saneamiento por evicción al hoy actor, así como que dicho actor de manera extrajudicial solicitó en varias ocasiones ante el Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE), el resarcimiento del daño causado por la evicción sufrida.

8) La documental privada consistente en la copia simple de la póliza de aplicación de pago identificada con número de póliza **** de fecha del veinte de marzo del año mil novecientos noventa y ocho, documental que aunque fue objetada por la parte demandada, dicha objeción fue de manera lisa y llana, sin que el demandado ofrecida prueba alguna para acreditar tal objeción, por lo que la misma surte plenos efectos probatorios, de conformidad con el artículo 335 del Código de Procedimientos Civiles y con la que acredita, que en la fecha mencionada, el hoy actor efectuó un pago por la cantidad de $111,030.83 (ciento once mil treinta pesos 83/100 M.N.), derivado del préstamo hipotecario que se obtuvo del Banco…

9) La documental privada consistente en diversas impresiones de correos electrónicos dirigidos a funcionarios del Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE), documental que aunque que fue objetada por la parte demandada, dicha objeción fue de manera lisa y llana, sin que el demandado ofrecida prueba alguna para acreditar tal objeción, por lo que la misma surte plenos efectos probatorios, de conformidad con el artículo 335 del Código de Procedimientos Civiles y con la que acredita, la insistencia del hoy actor, respecto a la reparación del daño por la vía extrajudicial.

10) Documental privada, consistente en el avaluó de fecha veintitrés de julio del dos mil catorce, respecto al inmueble materia de la compraventa, documental a la que no es procedente concederle valor probatorio, ya que de la documental en cuestión se advierte, que dicho avalúo fue emitido por el ingeniero JOSÉ LUIS, quien es tercero ajeno al juicio, por lo que dicha documental sólo tiene valor indiciario y para su perfec-

cionamiento se requería de la ratificación de su emisor ante la presencia judicial, lo que no sucedió. Sirve de apoyo a lo anterior, la siguiente tesis, bajo el rubro:

> Documentos privados provenientes de terceros. Valor probatorio. Las documentales privadas ofrecidas en juicio y no objetadas por la contraparte, tienen el valor de un mero indicio, pues al haber sido expedidas por un tercero ajeno a juicio, no reúnen la calidad propiamente de documentos privados a que se refieren los artículos 334 y 335 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, sino de testimoniales rendidas en forma irregular en los términos consignados en el artículo 339 del mismo ordenamiento legal, que necesitaban para su perfeccionamiento de la ratificación de su emisor ante la presencia judicial, en razón de que los documentos privados que regulan los preceptos citados en primer término, sólo pueden ser los firmados o formados por las partes contendientes en el juicio.
>
> QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.
>
> Época: Octava Época. Registro: 226942. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo IV, Segunda Parte-1, Julio-Diciembre de 1989. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 227
>
> Amparo en revisión 825/89. Virginia Carbajal Jaimes. 6 de julio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Ponce Farías. Secretario: Daniel Patiño Pereznegrón.

Ahora bien, la parte demandada ofreció como pruebas, las siguientes:

Las documentales públicas que también fueron exhibidas por su contrario, consistentes en los oficios números DCCM/CJC/***/2015 de cinco de marzo de dos mil quince; oficio DCCM/CJC/***/2015 de dieciocho de marzo de dos mil quince; oficio DCCM/CJC/***/2015 de fecha

trece de agosto de dos mil quince, oficio DCCM/DEPAC/CP/***/16, de fecha veinticinco de abril de dos mil dieciséis, oficio CJBI/DEBI/DCB/***/2016 de fecha veintiséis de abril de dos mil dieciséis, mismos que fueron expedidos por diversos funcionarios del Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE), documental que hace prueba plena en términos del artículo 403 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, si bien con tales documentales se acredita la imposibilidad de dicha dependencia para realizar el pago de saneamiento por evicción al actor de manera administrativa, así como que en dicha dependencia no se encontraron antecedentes de la compraventa referida por el actor, cierto es también, que tal circunstancia no implica que el inmueble que refiere el actor en su demanda, no haya sido transferido al SAE, como lo pretende hacer valer el hoy demandado, ya que el propio Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE) al contestar la demanda reconoció expresamente que a la fecha tiene la representación —liquidador— del BANCO... en virtud de la liquidación de este último, por lo que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 transitorio de la Ley Federal de la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público, que establece, que: "Los mandatos y demás operaciones que hasta antes de la fecha de entrada en vigor del presente Decreto, tenga encomendados el Fideicomiso Liquidador de Instituciones y Organizaciones Auxiliares de Crédito, se entenderán conferidos al SAE…", de lo que se colige, que dicho demandado en la actualidad es quien vela y responde de todos los derechos y obligaciones del banco que fue declarado en liquidación.

La documental pública consistente en las copias certificadas del convenio de cesión de derechos y obligaciones a título gratuito que celebran por una parte BNCI (en liquidación) y el SAE, el veintinueve de agosto de dos mil ocho, con efectos al treinta y uno de agosto del mismo año, documental que hace prueba plena en términos del artículo

403 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y con la que acredita, que el Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE), no recibió la transferencia del inmueble que refiere el actor como finca marcada con número ***, de la avenida José Antonio Díaz, manzana **, del fraccionamiento Placetas Estadio, sección primera de la ciudad de Colima, Colima; sin embargo, ello no implica que el hoy demandado no cuente con legitimación pasiva en la causa en el presente juicio, puesto que el propio demandado al dar contestación a la demanda reconoció expresamente que a la fecha tiene la representación —liquidador— del Banco…, por lo que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 transitorio de la Ley Federal de la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público, dicho demandado se encuentra legitimado para responder por los conceptos que reclama el accionante en el presente juicio, ya que en la actualidad es quien vela y responde de todos los derechos y obligaciones del banco que fue declarado en liquidación

La documental consistente en la copia del *Diario Oficial de la Federación* de fecha veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y ocho, acredita que en dicha fecha el FIDELIQ fue nombrado liquidador del Banco…; sin embargo, como ya quedó precisado en el párrafo que antecede, el SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN Y ENAJENACIÓN DE BIENES (SAE) al contestar la demanda reconoció expresamente que a la fecha tiene la representación —liquidador— del BANCO... en virtud de la liquidación de este último, por lo que, dicho demandado se encuentra legitimado para responder de los conceptos que reclama el accionante en el presente juicio y por tanto, las documentales en mención, resultan insuficientes para acreditar que el demandado hoy apelante, no tiene legitimación pasiva en la causa.

La instrumental de actuaciones y la presuncional en su doble aspecto, no favorecen los intereses de su oferente, ya que el SERVICIO DE

ADMINISTRACIÓN Y ENAJENACIÓN DE BIENES (SAE) al contestar la demanda reconoció expresamente que a la fecha tiene la representación —liquidador— del BANCO... en virtud de la liquidación de este último y por tanto, es el propio demandado quien debe responder por los conceptos reclamados por su accionante.

Enseguida, se procede al estudio de las excepciones y defensas hechas valer por la parte demandada, lo que se hace como sigue:

Las excepciones marcadas con las letras A y B, se estudian de manera conjunta por la íntima relación que guardan entre sí, ya que las hace consistir básicamente en el hecho de que carece de la falta de legitimación pasiva en la causa, ya que no recibió la transferencia del inmueble que refiere el actor como finca marcada con número ***, de la avenida José Antonio Díaz, manzana **, del fraccionamiento Placetas Estadio, sección primera de la ciudad de Colima, Colima; resultan infundadas, ya que el propio demandado al dar contestación a la demanda instaurada en su contra, reconoció expresamente que a la fecha tiene la representación —liquidador— del Banco…, por lo que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 transitorio de la Ley Federal de la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público, dicho demandado se encuentra legitimado para responder por los conceptos que reclama el accionante en el presente juicio, ya que en la actualidad es quien vela y responde de todos los derechos y obligaciones del banco que fue declarado en liquidación.

La excepción de falta de acción y derecho y la de *sine actione agis*, se estudian en su conjunto dada la íntima relación que guardan entre sí, mismas que resultan infundadas, toda vez que el derecho de la parte actora para reclamar en la acción de saneamiento por evicción, las prestaciones que refiere, deviene de la resolución de amparo en revisión con número ***/2013 de fecha dieciséis de mayo de dos mil catorce, dictada por el Tribunal Colegiado Trigésimo Segundo Circuito, en la que dicha

autoridad confirmó la ejecutoria de fecha treinta y uno de octubre de dos mil trece, dictada por el Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Colima y por consiguiente se ordenó de nueva cuenta la cancelación de las actuaciones del juicio mercantil ejecutivo con número de expediente ***/1990 del Juzgado Primero Mercantil de Colima y por consecuencia todas las actuaciones y actos jurídicos emanados del juicio, entre los que se encuentran la celebración de los contratos de compraventa y mutuo con interés y garantía hipotecaria, ambos de fecha quince de octubre de mil novecientos noventa y dos, celebrados entre el actor PEDRO y Banco…, mismos que constan en los instrumentos notariales números *** y *** respectivamente.

Por todo lo anterior y valorados que fueron los medios probatorios aportados por las partes y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 402 y 403 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se concluye, que la parte actora acreditó haber sido privado de manera total del bien inmueble materia de la compraventa, en razón de la existencia de un mejor derecho que el suyo y por tanto, resulta fundada su acción de Saneamiento por Evicción y en consecuencia se debe condenar a la parte demandada Banco… a través de su liquidador, Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE), a la devolución del precio íntegro que la demandada Banco…, recibió por la venta del bien inmueble, esto es, la cantidad de $57'000,000.00 (cincuenta y siete millones de viejos pesos 00/100 M.N.) y que actualmente asciende a la cantidad de $57,000.00 (cincuenta y siete mil pesos 00/100 M.N.), lo anterior en razón del Decreto que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el veintidós de junio de mil novecientos noventa y dos, cantidad que deberá cubrir en el término de cinco días contados a partir de que cause ejecutoria la presente resolución.

No es procedente la actualización de la devolución del precio íntegro que la demandada … recibió por la venta del bien inmueble como lo

reclamó el actor, ya que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2127 del Código Civil para el Distrito Federal, la actualización que alude el apelante, sólo procede en aquellos casos en que el enajenante haya procedido de mala fe, lo cual en la especie no quedó acreditado por el actor, con medio de prueba alguno, por tanto, al presente asunto le resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 2126 del ordenamiento legal en cita, que regula los supuestos cuando el que enajenó hubiere procedido de buena fe, mismas que señala lo siguiente: "Que si el que enajenó hubiere procedido de buena fe, estará obligado a entregar al que sufrió la evicción: I. El precio íntegro que recibió por la cosa. II. Los gastos causados en el contrato, si fueren satisfechos por el adquirente; III. Los causados en el pleito de evicción y en el saneamiento; IV. El valor de las mejoras útiles y necesarias, siempre que en la sentencia no se determine que el vencedor satisfaga su importe.", sin que de tal normativo se advierta obligación para la parte demandada, por cuanto a devolver el precio íntegro que recibió por la cosa, con la actualización que alude el actor en su escrito de demanda.

Es procedente condenar a la parte demandada Banco…, a través de su liquidador, Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE), a pagar al actor PEDRO, los gastos erogados con motivo de la formalización del acto en el cual se adquirió el inmueble materia de la evicción, lo que se cuantificará en ejecución de sentencia, previo el incidente correspondiente, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en la fracción II del artículo 2126 del Código Civil para el Distrito Federal, sin que resulte procedente la actualización que alude el actor, lo anterior atento a lo razonado en el párrafo que antecede.

Se condena a la parte demandada Banco…, a través de su liquidador, Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE), a pagar al actor PEDRO, las cantidades que resulten con motivo de las mejoras realizadas al inmueble materia de la compraventa, lo anterior atento lo

establecido en la fracción III del ya aludido artículo 2126 del Código Civil, cantidades que se cuantificarán en ejecución de sentencia previo el incidente respectivo, sin que al caso resulte procedente la actualización que refiere el actor, atento lo razonado en párrafos que anteceden.

Se condena a la parte demandada Banco…, a través de su liquidador, Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE), a pagar al actor PEDRO, los gastos generados en el pleito de evicción, reclamados por el actora bajo el inciso *e)* de su escrito inicial de demanda, lo anterior de conformidad con lo dispuesto por la fracción III del artículo 2126 del Código Civil para el Distrito Federal, lo que se cuantificará en ejecución de sentencia previo el incidente correspondiente, sin que resulte procedente la actualización que alude el actor, lo anterior ante a lo razonado en párrafos que anteceden.

No es procedente condenar a la parte demandada Banco…, a través de su liquidador, Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE), a pagar al actor, los daños y perjuicios que reclama en el inciso *d)* de su escrito inicial, ya que no acreditó con medio de prueba alguno, cuales son los daños y perjuicios que le ocasionó el haber solicitado el crédito con interés y garantía hipotecaria que alude.

No es procedente condenar a la parte demandada al pago de gastos y costas en la Primera Instancia que reclama el actor en el inciso *f)* de su escrito de demanda, ya que no se da ninguna de la hipótesis del artículo 140 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En consecuencia, la sentencia definitiva recurrida debe quedar en los términos que mas adelante se establecerán.

El segundo agravio que hace valer el actor, resulta infundado, toda vez que lo relativo a la actualización de la devolución del preció íntegro del inmueble materia de la compraventa que alude el apelante, ya fue materia de análisis en el primer agravio, el apelante deberá estarse a lo ahí resuelto.

Los agravios que hace valer la parte demandada hoy apelante en el sentido de que ni el contrato de compraventa, ni el contrato de mutuo base de la acción, fueron recibidos o registrados en administración, por lo que, señala dicho inconforme, que con tales documentales demuestra su falta de legitimación pasiva en la causa, resultan infundados, debiendo estarse a lo resuelto en párrafos que anteceden.

Por cuanto a que la Juez no valoró las pruebas que alude el apelante, consistentes en diversos oficios emitidos por el SAE, así como la documental consistente en la copia del *Diario Oficial de la Federación* de fecha veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y ocho, que ofreció al dar contestación a la demanda, deberá estarse al análisis que esta Sala realizó respecto de las pruebas de la apelante.

Por otra parte, el argumento del apelante por cuanto a que el contrato de compraventa y el contrato de mutuo base de la acción, fueron celebrados el quince de octubre de mil novecientos noventa y dos, por lo que las operaciones anteriores al veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y ocho, fueron parte de la responsabilidad como liquidador de otrora FIDELIQ, pues en el área de Comercialización de Bienes Inmuebles del SAE, ni en el área de Residuales del Banco se localizó antecedente alguno relacionado con el inmueble, ni con la operación que refiere la actora, resulta infundado, toda vez que por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y ocho, se ordenó la disolución y liquidación del Banco…, designándose como liquidador al Fideicomiso Liquidador de Instituciones y Organizaciones Auxiliares de Crédito, también lo es, que por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el diecinueve de diciembre de dos mil dos, se expidió la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público y que en su artículo 8° transitorio, primer párrafo se estableció lo siguiente:

> Los mandatos y demás operaciones que hasta antes de la fecha de entrada en vigor del presente Decreto, tenga encomendados el Fideicomiso Liquidador de Instituciones y Organizaciones Auxiliares de Crédito, se entenderán conferidos al SAE, salvo que dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha indicada, el mandante o quien haya girado las instrucciones correspondientes manifieste por escrito ante el SAE su voluntad de dar por concluido el mandato. Así mismo, los recursos financieros, humanos y materiales asignados al citado Fideicomiso, pasarán a formar parte del patrimonio del SAE.

Por lo que resulta incuestionable que el Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE) es el actual liquidador del Banco…., y, por tanto, sí tiene legitimación pasiva en la causa, como liquidador del Banco, en el presente juicio; de ahí que las excepciones A y B hechas valer por JAIME, en su carácter de apoderado legal del Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE), en su carácter de liquidador del Banco, resultan infundadas.

Por cuanto a que el contrato de compraventa y el contrato de mutuo exhibidos como base de la acción, así como las copias certificadas de la resolución de amparo indirecto número ***/2012-II-M de fecha ocho de mayo de dos mil doce y la resolución de amparo en revisión con número ***/2013 de dieciséis de mayo de dos mil catorce, no demuestran que el Servicio de Administración y Enajenación de Bienes, haya recibido la transferencia del inmueble que refiere la actora, ni derecho sobre la hipoteca que refiere, resulta infundado, debiendo estarse el apelante a lo resuelto en las excepciones marcadas con las letras A y B de esta sentencia.

Por cuanto a que del escrito inicial de demanda se desprende, que el actor hizo valer la acción de saneamiento por evicción y no la reparación del daño, como lo resolvió la *a quo*, resulta fundado y suficiente, debiendo estarse el apelante a lo resuelto en esta sentencia.

Por cuanto a que el hoy apelante no recibió en administración por parte del Banco…, ni de FIDELIQ el inmueble adquirido por el actor, resulta infundado, debiendo estarse el inconforme a lo resuelto en esta sentencia.

En consecuencia, es procedente revocar la sentencia definitiva recurrida, para quedar como sigue:

Primero. Ha sido procedente la vía elegida para este asunto, en donde el actor PEDRO acreditó parcialmente su acción de saneamiento por evicción y el BANCO… a través de su liquidador, SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN (SAE) no acreditó sus excepciones y defensas, en consecuencia:

Segundo. Se condena a la parte demandada a través de su liquidador SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN Y ENAJENACIÓN DE BIENES (SAE), a devolver al actor PEDRO o a quien legalmente sus derechos represente, la cantidad de $57'000,000.00 (cincuenta y siete millones de viejos pesos 00/100 M.N.) y que actualmente asciende a la cantidad de $57,000.00 (cincuenta y siete mil pesos 00/100 M.N.), cantidad que deberá cubrir en el término de cinco días siguientes a aquel en que sea legalmente ejecutable el presente fallo.

Tercero. Se condena a la parte demandada BANCO…, a través de su liquidador, SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN Y ENAJENACIÓN DE BIENES (SAE), a pagar al actor PEDRO los gastos erogados con motivo de la formalización del acto, en el cual se adquirió el inmueble materia de la evicción, lo que se cuantificará en ejecución de sentencia previo el incidente correspondiente.

Cuarto. Se condena a la parte demandada BANCO…, a través de su liquidador, SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN Y ENAJENACIÓN DE BIENES (SAE), a pagar al actor PEDRO, las cantidades que resulten con motivo de las mejoras realizadas al inmueble materia de la compraventa, cantidades que se cuantificarán en ejecución de sentencia previo el incidente respectivo.

Quinto. Se condena a la parte demandada BANCO…, a través de su liquidador, SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN Y ENAJENACIÓN DE BIENES (SAE), a pagar

al actor PEDRO, los gastos generados en el pleito de evicción, reclamados por el actor bajo el inciso *e)* de su escrito inicial de demanda, lo que se cuantificará en ejecución se sentencia previo el incidente correspondiente.

Sexto. Se absuelve a la parte demandada BANCO…, a través de su liquidador, SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN Y ENAJENACIÓN DE BIENES (SAE), de la actualización que reclama bajo los incisos *a*), *b)*, *c)* y *e)* del escrito inicial de demanda.

Séptimo. Se absuelve a la parte demandada BANCO…, a través de su liquidador, SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN Y ENAJENACIÓN DE BIENES (SAE), del pago de los daños y perjuicios que reclama en el inciso *d)* de su escrito inicial.

Octavo. No se hace condena en gastos y costas en la primera instancia.

Noveno. Notifíquese.

III. Por no encontrarse el presente asunto dentro de los supuestos de la fracción IV del artículo 140 del Código de Procedimientos Civiles, no se hace especial condena a las partes en esta Segunda Instancia.

Por lo expuesto y fundado, es de resolverse y se

RESUELVE:

PRIMERO. Resultó fundado y suficiente el primer agravio hecho valer por el apelante actor e infundado el segundo agravio hecho valer.

SEGUNDO. Resultaron fundados los agravios hechos valer por el demandado por cuanto a la acción hecha valer por el actor e infundados los agravios por cuanto a la falta de legitimación pasiva en la causa hecha valer por el demandado.

TERCERO. Se revoca la sentencia definitiva recurrida, para quedar en los términos establecidos en la parte final del considerando segundo de la presente resolución.

CUARTO. No se hace especial condena en costas a las partes en esta segunda instancia.

QUINTO. Notifíquese con testimonio de la presente resolución, hágase conocimiento de la *a quo* y hecho que sea archívese el toca como asunto concluido.

Así, por unanimidad de votos, lo resolvieron y firman los CC. Magistrados que integran la Sexta Sala Civil del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, licenciados Delia Rosey Puebla, Francisco José Huber Olea Contró y Edmundo Vásquez Martínez, por Ministerio de Ley; siendo ponente la primera de los nombrados, ante el C. Secretario de Acuerdos, licenciado Juan Ulloa Cruz, quien autoriza y da fe.

Juzgado Décimo Primero en Materia Civil de Proceso Oral

Juez

Mtra. Minerva Tania Martínez Cisneros.

Sentencia definitiva dictada en materia civil, declarando judicialmente la nulidad del acto por fallecimiento.

SUMARIO: NULIDAD DEL ACTO. PODER Y MANDATO DEJAN DE TENER EFECTOS AL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO. De conformidad con el artículo 2595 fracción III del Código Civil de la Ciudad de México, que a la letra señala: "El mandato termina: III. Por la muerte del mandante o mandatario", esto consiste en la inexistencia del vínculo o nexo jurídico entre las partes al momento de la celebración del contrato; siendo que la nulidad de un acto puede invocarse por cualquier interesado y en el caso a estudio invocaron la nulidad de la escritura de compraventa, ya que el poder y mandato habían terminado dejando de surtir efectos jurídicos al momento del fallecimiento del mandante. Situación que se robustece con lo dispuesto en el articulado 1801 de la ley en comento, que dispone que ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley.

Ciudad de México, veintidós de febrero de dos mil diecisiete.

VISTOS, los autos para resolver en sentencia definitiva el juicio oral civil, promovido por ALFONSO, en contra de ISABEL e ILEANA ABI-

GAIL y LITISCONSORTES SANDRA ISABEL y MARCO ANTONIO, expediente número ***/2016; y

RESULTANDO

1. Por escrito presentado con fecha veintiocho de abril de dos mil dieciséis, ante la Oficialía de Partes Común Civil, Cuantía Menor, Oralidad, Familiar y Sección de Salas del Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad de México, y remitido a este Juzgado al día hábil siguiente, la parte actora ALFONSO, por su propio derecho, demandó en la vía oral civil de los codemandados ISABE e ILEANA ABIGAIL y litisconsortes SANDRA y MARCO ANTONIO, el cumplimiento de las siguientes prestaciones:

... 1. La declaración judicial de que el suscrito tiene dominio sobre la fracción del inmueble enclavado en el predio ubicado en Calle Juan A. Mateos ***, de la colonia Obrera de la delegación Cuauhtémoc, C.P. 06800, de esta Ciudad con los siguientes linderos y medidas:

Al Norte 3.76 metros con el predio de mi propiedad Juan A. Mateos número ***, Colonia Obrera, al sur 3.76 metros linda con calle Juan A. Mateos, al Oriente 9.2 metros linda con el predio de mi propiedad Juan A. Mateos número ***, colonia Obrera y al Poniente 9.2 linda con el predio de mi propiedad Juan A. Mateos número ***, colonia Obrera.

Con una superficie total aproximada de 34.79 metros cuadrados.

2. Como consecuencia de lo anterior, la condena a las demandadas a la desocupación inmediata y entrega al suscrito de la fracción del inmueble enclavado, en el predio ubicado en calle Juan A. Mateos ***, de la colonia Obrera, de la delegación Cuauhtémoc, C.P. 06800, en esta Ciudad con los siguientes linderos y medidas:

Al Norte 3.76 metros linda con el predio de mi propiedad Juan A. Mateos número ***, colonia Obrera, al sur 3.76 metros linda con Calle Juan A. Mateos, al

Oriente 9.2 metros linda con el predio de mi propiedad Juan A. Mateos número ***, colonia Obrera y al Poniente 9.2 metros linda con el predio de mi propiedad Juan A. Mateos número ***, colonia Obrera con una superficie total aproximada de 34.79 metros cuadrados con sus frutos y accesiones.

3. La condena a las demandadas al pago de daños y perjuicios ocasionados al suscrito y los que se sigan ocasionando en el inmueble objeto de la presente demanda que son consecuencia de la ilegal ocupación que ejerce en mi propiedad, cuyo monto será determinado a juicio de peritos en el incidente correspondiente.

4. La condena a las codemandadas al pago de gastos y costas, que origine el presente juicio y los incidentes que se deriven del mismo.... (*sic*)

Fundó su demanda en los hechos y consideraciones de derecho que expresó en su referido escrito, mismos que se tienen por reproducidos en su integridad, como si estuvieran insertados a la letra.

2. Mediante auto de fecha once de mayo de dos mil dieciséis (fojas 11 a 14 de autos), se admitió a trámite la demanda en la vía y forma propuestas, y se ordenó emplazar y correr traslado a las enjuiciadas ISABEL e ILEANA ABIGAIL lo que se realizó mediante diligencias de fechas diecinueve de mayo y veintitrés de Junio del año próximo pasado, practicada por el C. Secretario Actuario adscrito a este juzgado, actuaciones que obran a fajas 22 y 81 de autos, (anverso y reverso) y en proveídos de fechas quince de junio y diecinueve de agosto del año pasado, se mandó llamar como LITISCONSORTES SANDRA y MARCO ANTONIO; mediante escritos presentados con fechas uno de Junio y cinco Julio de dos mil dieciséis, ante la Oficialía de Partes Común Civil, Cuantía Menor, Oralidad, Familiar y Sección de Salas del Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad de México, y remitido a éste juzgado al día hábil siguiente, es decir, el dos de Junio y seis de Julio del año próximo pasado, las codemandadas ISABEL SILVA e ILEANA ABIGAIL y LITISCONSORTE SANDRA, por su propio derecho dieron

contestación a la demanda entablada en su contra (fojas de la 30 a la 40 y de la 90 a la 101 de constancias), oponiendo las excepciones y defensas que estimaron convenientes y reconviniendo a la parte actora en el principal, las siguientes prestaciones:

> ... *A)*. La declaración judicial que decrete la nulidad de la Escritura Pública no. cincuenta y dos mil ciento ochenta y siete, de fecha 19 de diciembre del año 2003, mediante la cual certifico y dio fe pública de la venta, celebrada entre el señor Alfonso y el mandatario y representante legal de la señora María Teresa, propietaria del inmueble ubicado en la calle de Juan A. Mateos número 102, colonia Obrera, delegación Cuauhtémoc, código Postal 06800, en esta Ciudad de México.
>
> *B)*. La declaración Judicial que decrete que la venta del inmueble antes referido no surten sus efectos jurídicos.
>
> *C)*. El pago de los gastos y costas que el presente juicio origine hasta su total solución... (*sic*)

Derivado que le fue notificada a la parte actora en el principal la reconvención mediante comparecencias de fechas siete de Junio y doce de Julio de dos mil dieciséis, mediante escritos presentados los días veinte de Junio y dos de Agosto de dos mil dieciséis dio contestación a la demanda reconvencional oponiendo las excepciones y defensas que considero pertinentes y por lo que hace al LITISCONSORTE MARCO ANTONIO, en proveído de fecha doce de Enero de dos mil diecisiete, se le tuvo por precluido su derecho para contestar.

Con fecha veinticinco de Enero de dos mil diecisiete, tuvo verificativo la audiencia preliminar, en la que se realizó la depuración del procedimiento, así como las etapas que establece el artículo 1000 del Código de Procedimientos Civiles para esta Ciudad de México, admitiéndose las pruebas, que conforme a derecho ofrecieron ambas partes; por lo que, con fecha veintidós de Febrero del año en curso, se celebró la au-

diencia de juicio, a que refiere el artículo 1006 del código en comento, en la que se desahogaron las pruebas que fueron legalmente admitidas, hecho que fue, se declaró el presente asunto visto y se dictó en ese acto la sentencia definitiva que en derecho corresponde, la que se pronuncia en este momento bajo los siguientes:

CONSIDERANDOS

I. La suscrita Juez es competente para conocer y decidir el presente juicio en virtud de la jurisdicción concurrente, de conformidad con lo prescrito por el artículo 104, fracción II, constitucional, así como 71 Bis de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad de México.

II. Teniendo en consideración que la presente resolución se dicta con estricto apego a Derecho, conforme a los artículos 14 y 17 de la Constitución respetando las garantías judiciales, a que hace referencia la Convenci**ó**n Americana Sobre Derechos Humanos, específicamente en su artículo 8o. que señala: "...Artículo 8o. Garantías Judiciales: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"; además de atender a los principios que rigen a los procesos orales, siendo éstos: oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración, de conformidad con el artículo 971 del Código de Procedimientos Civiles para esta ciudad de México.

III. En cuanto a la vía intentada, la oral civil, es la procedente de conformidad con lo que establece el artículo 96o. del Código de Procedimientos Civiles para esta Ciudad de México, ya que toda contienda que

no tenga señalada tramitación especial, como en el caso que nos ocupa, debe tramitarse en la presente vía en consecuencia, es de reiterarse la procedencia de la vía oral civil.

IV. Por cuestión de método se procede a analizar la legitimación en la causa, invocada por el actor principal, demandado en la reconvención, al producir la contestación a la reconvención manifestó que: "…carece de personalidad y capacidad activa en la causa y en el proceso para pedir la nulidad de la compraventa del inmueble materia de la litis…" (sic)

Se declara infundada dicha excepción, en virtud de que, en términos de lo dispuesto por el artículo 1o. del Código de Procedimientos Civiles para esta Ciudad de México, establece que: "…sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario. podrán promover los interesados, por sí o por sus representantes o apoderados, el ministerio público y aquellos cuya intervención esté autorizada por la ley en casos especiales…" y de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2224 y 2226 del Código para esta Ciudad de México, establece que la nulidad por falta de consentimiento como es el caso, puede ser invocada por cualquier interesado, y en el caso a estudio, ésta se invocó por las CC. ISABEL e ILEANA ABIGAIL y litisconsorte SANDRA, razón por la cual se encuentran legitimadas para ejercitar la nulidad de la compraventa, de fecha ** diecinueve de diciembre de dos mil tres, pues poseen la fracción del inmueble litigioso.

V. Hecho el análisis de la legitimación, por cuestión de método se entra al estudio de la acción reconvencional, ya que a través de ella se reclama la nulidad de la escritura pública número *** de fecha diecinueve de diciembre de dos mil tres, y que es el documento base de la acción principal.

Ahora bien, la acción de nulidad se contempla en los artículos 2224 al 2242 del Código Civil para esta Ciudad de México, que a saber disponen:

... Artículo 2224. El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

Artículo 2225. La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

Artículo 2226. La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactiva mente cuando se pronuncie por el juez la nulidad de ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

Artículo 2227. La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos...

Las actoras reconvencionistas ISABEL e ILEANA ABIGAIL y litisconsorte SANDRA fundan su acción de nulidad, en' los siguientes argumentos:

Que el demandado reconvencional compró el inmueble materia de este juicio, compraventa que se formalizó mediante instrumento notarial número **** de fecha diecinueve de Diciembre de dos mil tres, tirado ante la fe del Notario Público número 37 de esta Ciudad de México, en el cual se advierte en la cláusula primera, que: "… La Señora María Teresa Canales Rodríguez vende" foja (13) y en la certificación No. VIII que realiza el Notario dice VIII "Que el representante de la señora… … deriva de la escritura pública número diez mil noventa y siete de fecha 25 de marzo de 1987…", foja (5)… documento que corre agregado

al apéndice con la letra *G*, de la cual se desprende que: "*CERTIFICO: que el señor MARCO ANTONIO, me acreditó su carácter de apoderado de la señorita MARÍA TERESA…" …hago constar: EL PODER GENERAL IRREVOCABLE que otorga la señorita MARÍA TERESA…*, siendo que *cuando el apoderado legal y mandatario vendió* en representación y con la autorización de la propietaria el inmueble materia de la litis, el día diecinueve de enero de dos mil tres, ésta ya habían *fallecido* el día dieciséis de abril de mil novecientos ochenta y ocho, por lo que señalan que el poder y mandato ya había terminado y dejó de surtir efectos jurídicos al momento de su fallecimiento, de conformidad con el artículo 2595 del Código Civil, que refiere que el mandato termina por muerte del mandante o mandatario, por lo que la venta celebrada entre el hoy actor, el mandatario y representante de la C. MARÍA TERESA, no puede surtir efectos jurídicos frente a terceros, ni mucho menos con dichas actoras reconvencionistas, por lo cual solicitan se decretara su nulidad, lo que se refuerza con los artículos 1801 y 1802 del Código Civil para esta Ciudad de México, que más adelante ser analizaran.

Por su parte, el demandado reconvencionista, actor en el principal, al producir la contestación a la reconvención, negó el derecho de las actoras reconvencionistas para solicitar la nulidad, ya que mencionó que la compraventa del inmueble satisfizo las formalidades establecidas ya que dice fue perfecta y pública desde el año dos mil tres.

Es así como quedó fijada la litis.

VI. Del análisis de las pruebas relativas a la escritura pública número *** de fecha diecinueve de diciembre de dos mil tres otorgada ante el Notario Público número 37 de la Ciudad de México, se desprende la formalización del contrato de compraventa celebrado entre ALFONSO en su carácter de *comprador* y MARÍA TERESA en su carácter de *vendedora* y representada en ese acto por MARCO ANTONIO, respecto del inmueble ubicado en calle Juan A. Mateos número ***, colonia

Obrera, delegación Cuauhtémoc, código postal 06800 de esta Ciudad de México.

Del documento de referencia se advierte que, el hoy litisconsorte MARCO ANTONIO (actuó como representante y apoderado de la C. MARÍA TERESA), al celebrar el acto jurídico de referencia y acreditó su personalidad ante el fedatario público, con el poder que ésta le había firmado por lo que en la escritura aparece:

> ... VIII. Que el representante de la señora MARÍA TERESA, declara que su representada se encuentra capacitada legalmente para la celebración de este acto y acredita la personalidad que ostenta y *POR LA QUE ACTÚA*, la cual manifiesta *EXPRESAMENTE ESTÁ VIGENTE*, en los términos en que fue otorgada con la certificación que agrego al apéndice de esta escritura con la letra "G", la cual deriva de la escritura número diez mil noventa y siete, de fecha veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y siete, ante el licenciado Juan José, notario público veintinueve de Ecatepec de Morelos, Estado de México ...

Por otra parte, del Apéndice de referencia, se advierte que el Notario Público, asentó que:

> ...LICENCIADO CARLOS FLAVIO OROZCO PÉREZ, notario público número **** del Distrito Federal, CERTIFICO: Que el señor MARCO ANTONIO, me acreditó su carácter de apoderado de la señorita MARÍA TERESA, con escritura número ***, de fecha veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y siete, ante el licenciado Juan José Aguilera González, notario número *** de Tlalnepantla, Estado de México, y de dicha escritura en su parte conducente copio lo que es del tenor literal siguiente:
>
> ...hago constar:
>
> El poder general irrevocable que otorga la señorita MARÍA TERESA, a favor de los señores JOSÉ VICENTE, CARLOS JAVIER, MARCO ANTONIO, LUIS ASCEN-

CIO CANALES, JOSÉ ARTURO y MARÍA AURORA, para que conjunta o (así) separadamente ejerciten las siguientes facultades:

A) …

B) …

C) Poder general para Actos de Dominio tanto en lo relativo a los bienes como para realizar toda clase de gestiones a fin de defenderlos.

D) Poder para sustituir todo o en parte del presente mandato y para revocar dichas sustituciones.

…

Documental a la que se le concede valor probatorio pleno en términos del artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para esta Ciudad de México.

En tanto que de la prueba documental pública consistente en la copia certificada del acta de defunción de fecha de registro ***, de la C. MARÍA TERESA, a la que se le concede pleno valor probatorio en términos de lo dispuesto por el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para esta Ciudad de México, se desprende que la mandante *falleció* el día dieciséis de abril de mil novecientos ochenta y ocho, es decir, el mandato otorgado al C. MARCO ANTONIO dejó de surtir sus efectos al momento que falleció la mandante MARÍA TERESA conforme lo prevé el capítulo VI denominado *de los diversos modos de terminar el mandato* correspondiente al artículo 2595 del Código Civil que establece:

Artículo 2595. El mandato termina:

I. Por la revocación;

II. Por la renuncia del mandatario;

III. Por la muerte del mandante o del mandatario;

IV. Por la interdicción de uno u otro;

V.- Por el vencimiento del plazo y por la conclusión del negocio para el que fue concedido;

VI.- En los casos previstos por los artículos 670, 671 y 672…

Luego entonces, si el C. MARCO ANTONIO celebró con el ahora demandado reconvencionista la compraventa del inmueble materia del presente juicio, el día diecinueve de Diciembre de dos mil tres, ya había dejado de surtir los efectos el poder otorgado; por MARÍA TERESA, pues ella falleció el día dieciséis de abril de mil novecientos ochenta y ocho, sin que pase desapercibido para esta juzgadora que aun y cuando el Notario Público número *** de la Ciudad de México, dio fe del poder otorgado, el mismo no puede tener efectos, ya que como se mencionó con anterioridad, la mandante había fallecido en el año de mil novecientos ochenta y ocho y, por otro lado, es de reiterarse que la nulidad de un acto puede invocarse por cualquier interesado y en el caso a estudio invocaron la nulidad de la escritura de compraventa las ahora actoras reconvencionistas, como lo prevé el artículo 2224 del Código Civil que establece: "... EI acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado...", ya mencionado.

Por otro lado, lo anterior se encuentra robustecido con lo dispuesto por los artículos 1801 y 1802 del Código Civil para esta Ciudad de México, que establecen:

...Artículo 1801.- Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley.

Artículo 1802.- Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo represen ante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación

debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley. Si no se obtiene la ratificación, el otro, contratante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató...

Asimismo, de las pruebas confesionales ofrecidas por las actoras reconvencionistas a cargo del demandado reconvencionista ALFONSO y litisconsorte MARCO ANTONIO, desahogadas en la audiencia de juicio celebrada el día veintidós de febrero de dos mil diecisiete, benefician a los intereses de sus oferentes, toda vez que se le tuvieron por ciertos los hechos que se pretendían probar, esto es, que el C. MARCO ANTONIO, carecía de facultades para la venta del inmueble materia del juicio, en virtud del fallecimiento de su poderdante., pruebas a las que se les concede valor probatorio pleno en términos de lo que dispone el artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

En consecuencia, se declara la nulidad de la escritura pública número **** de fecha diecinueve de diciembre de dos mil tres otorgada ante el Notario Público número ** de la Ciudad de México que contiene el contrato de compraventa entre ALFONSO, en su carácter de *comprador,* y MARÍA TERESA en su carácter de *vendedora* representada por MARCO ANTONIO, respecto del inmueble ubicado en calle Juan A. Mateos número **, colonia Obrera delegación Cuauhtémoc, código postal 06800, de esta Ciudad de México, dado que el poder que se otorgó al C. MARCO ANTONIO mediante escritura número *** de fecha veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y siete, dejó de surtir sus efectos, como ya se analizó con anterioridad.

No es óbice a lo anterior señalar que la excepción opuesta por el demandado reconvencionista que hizo consistir en: La establecida en los artículos 1136, 1140, 1142, 1158 y 1159 del Código Civil, en donde manifestó que: "…se opone para el remoto caso en que las actoras en reconvención tuvieren algún derecho para solicitar la nulidad del instrumento notarial

sobre el que enderezan su demanda, es decir, que para el indebido caso en que se le reconociera algún derecho o legitimación opongo como defensa la prescripción de la acción que intentan al haber transcurrido el plazo legal para que hicieran valer el supuesto derecho…"

Excepción de prescripción que de igual manera resulta infundada ya que en términos de lo dispuesto por los artículos 2224 y 2226 del Código Civil para esta Ciudad de México, a saber disponen:

> Artículo 2224.- El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno *no es susceptible de valer por* confirmación, *ni por prescripción*; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.
>
> …Artículo 2225.- La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo dispuesto la ley.
>
> Artículo 2226. La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad *de ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción...*

Esto es, que tratándose de nulidad en el consentimiento no da lugar a la prescripción y ésta puede invocarse por cualquier interesado.

Las demás excepciones opuestas por el demandado reconvencionista, actor en el principal, marcadas con los números II, Excepción de falta de acción y derecho; III La inexistencia de la causa de pedir; así como, IV La establecida en el artículo 2322 del Código Civil, se estudian en su conjunto dada la intrínseca relación que guardan entre sí, y en los que hizo consistir en:

> ...en la inexistencia de vínculo o nexo jurídico entre estas y el suscrito que les permita traerme a juicio y demandarme la nulidad de una escritura pública,

más aún porque de acuerdo a la propia declaración su posesión carece de todo apoyo jurídico, porque es ilegal ...ya que no acreditan ninguna razón o vínculo que les legitime para demandar la nulidad de un instrumento que no les irroga... en la oposición del título de propiedad de la fracción del inmueble materia de la Litis, propiedad que es pública y de buena fe, por lo que se encuentran obligadas a respetar dicha propiedad devolviendo el inmueble a su legítimo dueño ... (*sic*)

Debe señalarse que dichas excepciones resultan también infundadas, en virtud de que, contrario a las manifestaciones realizadas por el excepcionista, las actoras reconvencionistas sí justificaron los elementos de su acción de nulidad planteada y justificaron el derecho para reclamar la misma, por las consideraciones anteriormente vertidas en esta sentencia y en especial su interés jurídico, ya que son poseedoras de la fracción del inmueble antes mencionado.

Ahora bien, al declararse la nulidad de la escritura que es el documento con el cual el actor en el principal ALFONSO pretende acreditar la propiedad de la fracción del inmueble respecto de la fracción del inmueble enclavado en el predio ubicado en calle Juan A. Mateos **, de la colonia Obrera de la delegación Cuauhtémoc. C.P. 06800, de esta Ciudad con los siguientes linderos y medidas: al Norte 3.76 metros con el predio de mi propiedad Juan A. Mateos número **, colonia Obrera, al sur 3.76 metros linda con calle Juan A. Mateos, al Oriente 9.2 metros linda con el predio de mi propiedad Juan A. Mateos número **, colonia Obrera y al poniente 9.2 linda con el predio de mi propiedad Juan A. Mateos número **, colonia Obrera. Con una superficie total aproximada de 34.79 metros cuadrados, se declara improcedente la acción reivindicatoria planteada por la actora principal, ya que el elemento relativo a la acreditación de ser propietario del bien a reivindicar se declaró nulo, por tanto, se deja de analizar los demás elementos de la acción principal; así como las excepciones y defensas opuestas por las demandadas

en el principal, dado que el resultado sería el mismo, tal y como lo dispone la siguiente jurisprudencia:

Sexta Época
Registro: 392133
Instancia: Tercera Sala
Jurisprudencia
Fuente: Apéndice de 1995
Tomo IV, Parte SCJN
Materia(s): Civil
Tesis: 6
Página: 6
Genealogía:

APÉNDICE AL TOMO XXXVI: NO APA PG. APÉNDICE AL TOMO L: NO APA PG. APÉNDICE AL TOMO LXIV: NO APA PG. APÉNDICE AL TOMO LXXVI: NO APA PG. APÉNDICE AL TOMO XCVII: NO APA PG. APÉNDICE '54: TESIS NO APA PG. APÉNDICE '65: TESIS 3 PG. 24 APÉNDICE '75: TESIS 3 PG. 10 APÉNDICE '85: TESIS 3 PG. 11 APÉNDICE '88: TESIS 18 PG. 25 APÉNDICE '95: TESIS 6 PG. 6

Acción. Estudio oficioso de su improcedencia. La improcedencia de la acción, por falta de uno de sus requisitos esenciales, puede ser estimada por el juzgador, aun de oficio, por ser de orden público el cumplimiento de las condiciones requeridas para la procedencia de dicha acción.

Sexta Época:

Amparo civil directo 5587/51. Dean Eaton Mary y coag.4 de febrero de 1953. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo civil directo 1944/54. Lozano Salvador. 2 de agosto de 1954. Cinco votos.

Amparo directo 5150/54. Miguel Hernández Ramírez. 9 de febrero de 1956. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 5093/56. Ángela Carreón de Torres. 24 de junio de 1957. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2753/60. Jaime Manuel Álvarez del Castillo. 3 de julio de 1961. Cinco votos. Nota: Por ejecutoria de fecha 5 de marzo de 1997, la Primera Sala declaró improcedente la contradicción de tesis 62/96 en que participó el presente criterio.

VII. Al no encontrarse el presente juicio dentro de los supuestos que establece el artículo 140 del Código de Procedimientos Civiles para esta Ciudad, no se hace especial condena a ninguna de las partes en cuanto a este aspecto se refiere.

VIII. Toda vez que esta resolución no admite recurso ordinario alguno, conforme lo prevé el artículo 969 del Código de Procedimientos Civiles para esta Ciudad de México La presente sentencia causa ejecutoria por Ministerio de Ley, en términos del numeral 426, Fracción VI, del ordenamiento invocado.

Por lo expuesto y fundado, así como ajustando los puntos resolutivos a las consideraciones vertidas, es de resolverse y se

RESUELVE:

PRIMERO. Ha sido procedente la vía oral civil en la que la parte actora ALFONSO, NO acreditó la acción reivindicatoria (principal), en tanto que las enjuiciadas isabel e ileana abigail y litisconsorte sandra, probaron su acción de nulidad (re convencional) y el litisconsorte MARCO ANTONIO, se constituyó en rebeldía.

SEGUNDO. Se declara judicialmente la nulidad de la escritura pública número **** de fecha diecinueve de diciembre de dos mil tres otorgada ante el Notario Público número ** de la Ciudad de México, que contiene el contrato de compraventa entre ALFONSO en su carácter de *comprador* y MARÍA TERESA en su carácter de *vendedora* y representada

por MARCO ANTONIO, respecto del inmueble ubicado en calle Juan A. Mateos número **, colonia Obrera, delegación Cuauhtémoc, código postal 06800 de esta Ciudad de México, en términos del considerando VI, de esta resolución.

TERCERO. Al no encontrarse el presente juicio dentro de los supuestos que establece el artículo 140 del Código de Procedimientos Civiles para esta Ciudad, no se hace especial condena a ninguna de las partes en cuanto a este aspecto se refiere.

CUARTO. Toda vez que esta resolución no admite recurso ordinario alguno, conforme lo prevé el artículo 969 del Código de Procedimientos Civiles, en consecuencia, la presente sentencia causa ejecutoria por Ministerio de Ley, en términos del numeral 426, Fracción VI, del ordenamiento invocado.

QUINTO. De conformidad con lo previsto en el artículo 990 del Código de Procedimientos Civiles, la presente resolución pronunciada en esta audiencia se tiene por notificada a las partes en el presente juicio, sin necesidad de formalidad alguna a quienes estén presentes o debieron haber estado.

SEXTO. Notifíquese.

Así, definitivamente juzgando, lo resolvió y firmó la ciudadana Juez maestra en derecho, Minerva Tania Martínez Cisneros, del Juzgado Décimo Primero de lo Civil de Procesos Orales, quien actúa con la ciudadana Secretaria de Acuerdos "B", licenciada Julia Ramírez León, quien autoriza y da fe.

Juzgado Vigésimo en Materia Civil de Cuantía Menor

Juez

Lic. María Teresa Rincón Anaya.

Sentencia definitiva dictada en juicio ejecutivo mercantil, otorgando valor probatorio de documento proveniente de tercero.

SUMARIO: PERFECCIONAMIENTO DE DOCUMENTO PROVENIENTE DE TERCERO. VALOR PROBATORIO. El artículo 203 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece que el documento privado forma prueba de los hechos mencionados en él, sólo en cuanto sean contrarios a los intereses de su autor, cuando la ley no disponga otra cosa. El documento proveniente de un tercero sólo prueba en favor de la parte que quiere beneficiarse con él y contra su colitigante, cuando éste no lo objeta. En caso contrario, la verdad de su contenido debe demostrarse por otras pruebas. Dicho de otro modo, perfeccionar los documentos ofrecidos por las partes para el caso de que sean objetados, esto es, a complementar la prueba con los medios procesales necesarios que sean los que les den propiamente la validez, ya que el simple ofrecimiento de un documento sin una medida de perfeccionamiento adecuada carece de valor suficiente para fundar las acciones o excepciones en un determinado juicio. Por tanto, todos los documentos venidos a juicio en vía de prueba deberán ser ofrecidos

complementándolos con los medios necesarios para su perfeccionamiento en caso de objeción, y para la parte que los objeta deberá aportar junto con la objeción las pruebas idóneas que demuestren la invalidez. De tal forma, que el derecho procesal de objeción, en cuanto a los documentos, deberá ser razonado jurídicamente y soportado con los medios de prueba idóneos, tanto para el actor como para el demandado. En el caso de quien las ofrece en juicio, ya sean de las partes o provenientes de terceros, será necesario perfeccionarlos para el caso de objeción, y por tanto, no pierdan eficacia en cuanto al alcance probatorio que se les pretenda dar.

Ciudad de México, veintiséis de enero de dos mil diecisiete.

Vistos para resolver en definitiva los autos del juicio ejecutivo mercantil, seguido por *** ***, S.A. DE C.V. en contra de ROSITA y JOSÉ FELIPE, en el expediente ***/2016; y,

RESULTANDO

1. Que por escrito presentado ante la oficialía de partes común de los juzgados de Cuantía Menor Civil de la Ciudad de México, con fecha primero de junio de dos mil dieciséis, comparecieron los CC. EVELIN ZABETH, AUGUSTO VINICIO, ALEJANDRO, ELIZABETH GUADALUPE, CHRISTIAN IVÁN, KARINA, ALINE, MARÍA DE LOURDES, DIANA ANAID, YESICA, JUAN CARLOS, RICARDO, LUIS ENRIQUE, JORGE ABRAHAM, ELSA NAYELLI, ISRAEL ISAAC, HÉCTOR, JORGE EDUARDO, ALEJANDRO, CÉSAR IGNACIO, INÉS, JOSÉ IGNACIO, JULIÁN ALEXANDER, MARÍA DEL MONSERRAT, MARIANA CRISTINA, MARIO ALBERTO, MARÍA DE GUADALUPE, JESÚS, FABIÁN, LUIS MANUEL, HUGO ANDRÉS, RAÚL, MACLOVIO ÁNGEL, VERENICE, JESSICA GUADALUPE, JORGE ALBERTO, MIRIAM, ANA PATRICIA, PAMELA CLEMENCY, GEMA NATALIA, MIGUEL ÁNGEL, CÉSAR y JOSÉ LUIS, en su carácter de endosatarios

en procuración de la parte actora en juicio, a demandar de ROSITA y JOSÉ FELIPE, el pago de las siguientes prestaciones:

a) El pago de la cantidad de $57,171.76 (cincuenta y siete mil ciento setenta y un pesos 76/100 M.N.), por concepto de suerte principal, salvo omisión o error aritmético (*sic*);

b) El pago de los intereses moratorios a razón del 4% (cuatro por ciento) mensual, generados desde que los demandados incurrieron en mora, más los que se sigan generando hasta la total liquidación del adeudo (*sic*);

c) El pago del Impuesto al Valor Agregado sobre la cantidad que por concepto de intereses moratorios se generen, en términos de los dispuesto por los artículos 1, 12 y 18 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, toda vez, que nuestra representada es una prestadora de servicios;

d) El pago de gastos y costas que ocasione el presente juicio (*sic*).

Fundándose para tal efecto en los hechos y consideraciones de derecho contenidos en el cuerpo de su demanda, los cuales se tienen por reproducidos en todas y cada una de sus partes, como si a la letra se insertaran, en obvio de repeticiones innecesarias y para todos los efectos legales a que haya lugar.

2. Admitida a trámite la demanda por auto de fecha tres de junio de dos mil dieciséis (fojas 8, 9, 10, 11), en la vía y forma propuesta, se ordenó requerir, embargar y emplazar a la parte demandada, lo que sucedió mediante diligencias de fecha treinta y uno de agosto de dos mil dieciséis (fojas 43 y 44 en la que se emplazó a juicio al C. JOSÉ FELIPE) (fojas 45 y 46 en las que se emplazó a ROSITA), no realizando la parte demandada el pago de las mismas, por lo que practicada las diligencias conforme a lo dispuesto en los numerales 1392 a 1396 del Código de Comercio, y habiendo sido debidamente emplazada la parte demandada, esta no realizó el pago de la cantidad adeudada, dando contestación a

la demanda incoada en su contra, mediante escrito presentado ante la oficialía de partes de los Juzgados de Cuantía Menor, con fecha veinte de septiembre de dos mil dieciséis (fojas 48 a 58), escrito que se tiene por reproducidos como si se encontrara inserto a la letra, en obvio de repeticiones inútiles.

3. Contestada la demanda, se dio vista a la parte actora, sobre las excepciones opuestas y una vez admitidas y desahogadas las pruebas en la audiencia respectiva, cerrada la instrucción, y agotado el periodo de alegatos, se citó a las partes para oír la resolución que hoy se dicta al tenor de los siguientes

CONSIDERANDOS:

I. Que este juzgado es competente para resolver sobre la presente controversia con fundamento en lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los artículos 75, 1090, 1092, 1094 y 1104 del Código de Comercio y 71 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

II. Que la vía ejecutiva mercantil, intentada por la parte actora, en virtud de que se basa en títulos ejecutivo mercantiles de los denominados "pagarés", que reúnen los requisitos que dispone el artículo 170 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y con base en este numeral y en lo dispuesto por el artículo 167 de la misma ley, así como en lo dispuesto por el artículo 1391 del Código de Comercio, ha resultado procedente.

III. Que atendiendo a que las partes deben asumir la carga probatoria de los hechos constitutivos de sus pretensiones y que el artículo 1194 del Código de Comercio, de conformidad con lo anterior establece, que el actor esta obligado a probar su acción y el reo sus excepciones, la suscrita debe señalar que en el presente asunto, resulta procedente la acción ejecutiva mercantil ejercitada por la parte actora, ya que como se

señaló con anterioridad la misma se funda en documentos de los denominados "pagarés", que anexa a su escrito inicial de demanda y que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1391, fracción IV, del Código de Comercio, que determina que los títulos de crédito como el pagaré tienen el carácter de ejecutivos, es decir, traen aparejada ejecución, luego constituyen una prueba preconstituida de la acción ejercitada en el juicio, lo que jurídicamente significa que los documentos ejecutivos exhibidos por la actora, son un elemento demostrativo en sí mismo, por lo que dichos documentos a criterio de la suscrita, hacen prueba plena en mérito de lo antes señalado y de lo dispuesto en el artículo 1296 del Código de Comercio, en consecuencia debemos entender, que los documentos base, exhibidos por la parte actora, probaron plenamente su acción, acreditando con esto la parte actora la carga que le corresponde de conformidad a lo establecido por el artículo 1194 del Código de Comercio, correspondiéndole entonces a la parte demandada desvirtuar la presunción legal que existe a favor de su contrario, en términos del artículo 1196 del Código de Comercio, lo que no sucedió durante la secuela procesal, como se analizará en el siguiente considerando. Por lo anterior, crea plena convicción en la suscrita, que se encuentra debidamente probada la acción de la parte actora, y en virtud que de la suma de los documentos base de acción, se desprende una cantidad cierta, liquida y exigible, se deberá condenar a la parte demandada a pagar a la parte actora o a quien sus derechos represente, la cantidad reclamada por la parte actora de $57,171.76 (cincuenta y siete mil ciento setenta y un pesos 76/100 M.N.), por concepto de suerte principal, cantidad a la que deberá descontarse los pagos efectuados por la parte demandada en juicio con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda, es decir, la relativa a las fichas de depósito de fechas seis de junio, julio y agosto de dos mil dieciséis, cada una por la cantidad de cinco mil pesos con cincuenta centavos, y la relativa al mes de septiembre de dos mil

dieciséis por un monto de cuarenta y un mil pesos, lo que suma un total de cincuenta y seis mil un pesos con cincuenta centavos, documentales que fueron exhibidas por la parte demandada al dar contestación a la demanda incoada en su contra y que desde luego, no fueron consideradas por la parte actora en juicio, al momento de presentar su escrito inicial de demanda, ya que los pagos fueron efectuados con posterioridad a la misma, cantidad que se deberán de aplicar en términos de lo establecido en el artículo 364 del Código de Comercio, es decir, primero a cuenta de intereses y luego a capital, lo que deberá liquidar la parte actora en juicio, en ejecución de sentencia.

IV. No obsta para lo anterior, en que la parte demandada haya opuesto por su parte, las siguientes excepciones: La excepción de pago total y de falta de acción y derecho de la parte actora para reclamar las prestaciones que precisa en su escrito inicial de demanda, lo que hace consistir el excepcionista en la exhibición de diversas fichas de depósito, que van desde el mes de enero de dos mil dieciséis, hasta el mes de septiembre del mismo año, mismos que suman la cantidad de ochenta y un mil dos pesos, pagos que indica efectúo en la institución de Crédito BBVA Bancomer, al Convenio Cie número *****, documentales que fueron objetadas por la parte actora en juicio, solo en el sentido, que no demuestran que los pagos fueron realizados dentro de los términos pactados, pero no impugnó la autenticidad de los mismos, no obstante, ello, debemos tomar en consideración que la parte actora acredita su acción con la exhibición de los pagarés sobre los cuales basa su acción, por lo tanto, la etapa de ofrecimiento y desahogo de pruebas es para que el excepcionista pueda acreditar sus excepciones, lo que no sucede en la especie, ya que si bien es cierto, que los excepcionistas exhiben fichas de depósitos por pagos efectuados desde el mes de enero de dos mil dieciséis hasta el mes de septiembre del mismo año, también es cierto, que no demostró durante la secuela procesal, que las fichas o pagos efectua-

dos con antelación a la presentación de la demanda, no hubieran sido tomados en consideración por la parte actora en juicio, al presentar su escrito inicial de demanda, ya que es evidente, que la parte actora toma en consideración algunos pagos efectuados por la parte demandada en su escrito inicial de demanda, pues solo reclama en su escrito inicial la suma de cincuenta y siete mil ciento setenta y un pesos y setenta y seis centavos, cuando el importe de la suerte principal de los dos pagarés que exhibe como base de su acción suman doscientos cincuenta y dos mil cuatrocientos cincuenta y un pesos con cero centavos, lo que, implica, que la propia actora reconoce haber recibido pagos sobre el importe de dichos pagarés, correspondiéndole entonces a los excepcionistas, en términos de lo establecido en el artículo 1196 del Código de Comercio acreditar en su caso que las fichas exhibidas como prueba de pago no fueron tomadas en consideración por la actora en la presentación de su escrito inicial de demanda, lo que no fue probado así por la parte demandada durante la secuela procesal;

Por otro lado, las excepcionistas alegan que compraron un automóvil a la parte actora, que el mismo se encontraba asegurado en favor de la parte actora, quien resultaba beneficiaria de dicho seguro, que el automóvil sufrió un siniestro, por el cual se determinó por parte de la aseguradora, que se trataba de pérdida total de la unidad asegurada (automóvil marca **** tipo **** modelo dos mil catorce, color blanco, placas *****), ofreciendo como prueba de su parte para acreditar lo anterior la carta de fecha trece de abril de dos mil quince, expedida por la Aseguradora ***, en la que se menciona que la unidad asegurada por la parte demandada sufrió siniestro que se determinó como pérdida total y otra carta denominada formato de determinación de pérdida total y estimación de restos, en la que se determina, que la cantidad a indemnizar por el automóvil asegurado, era por la cantidad de ciento treinta y dos mil doscientos cuarenta pesos, documentales que fueron objetadas por la

parte actora, y no fueron perfeccionadas por su oferente, ya que provienen de terceros, por lo tanto existe la obligación de la parte oferente de perfeccionar los mismos, atento a las siguientes tesis de jurisprudencia, misma que resulta obligatoria para la suscrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 217 de la ley de amparo.

Época: Novena Época. Registro: 172040. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, julio de 2007. Materia(s): Común. Tesis: I.11o.C. J/8. Página: 2281.

Documentos Privados Provenientes De Terceros. Su Valor Probatorio Cuando Son Objetados Por La Parte Contraria A Su Oferente Y Ésta No Ofrece Su Perfeccionamiento. Las documentales privadas provenientes de terceros carecen de valor probatorio pleno cuando son objetadas por la parte contraria de la oferente y ésta no ofrece su perfeccionamiento mediante el reconocimiento a cargo de su suscriptor.

Época: Décima Época. Registro: 2000570. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro VII, abril de 2012, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. /J. 17/2012 (10a.). Página: 405.

Documento privado proveniente de un tercero. Basta la objeción para que quien quiere beneficiarse de él justifique la verdad de su contenido con otras pruebas (legislación procesal federal). De conformidad con el artículo 203 del Código Federal de Procedimientos Civiles, cuando en una contienda jurisdiccional de orden federal se aporta un documento privado proveniente de un tercero y el mismo es objetado por el colitigante, aun sin explicar el motivo de la objeción, (solamente para evitar el efecto de la norma de que la no objeción hace que el documento pruebe en su contra), ello basta para que quien lo aporte y quiere beneficiarse de él deba probar la verdad de su contenido por otras pruebas, pues el objetante, en tal circunstancia, no está obligado a probar la objeción, en tanto no incurrió en externar una negativa

que encierra la afirmación de un hecho, inclusive si al objetar explica los motivos y no los prueba, la objeción por sí sola obliga al que aporta la documental privada a demostrar la veracidad del contenido con otras pruebas, todo lo que será ponderado al resolver la contienda, sobre todo respecto de la valoración del documento a que se ha hecho referencia.

Independientemente de ello, aun cuando fueran suficientes las probanzas mencionadas para acreditar, que, efectivamente, el automóvil asegurado, sufrió un siniestro que se reputara como pérdida total, con un valor de ciento treinta y dos mil doscientos cuarenta pesos de indemnización, esto no demuestra de modo alguno, el que la aseguradora hubiera entregado el pago a la parte actora en juicio, ya que si bien, de la póliza de seguro exhibida como prueba por la parte demandada en juicio se desprende que la beneficiaria de la misma era la parte actora en juicio, y que el objeto asegurado, era el automóvil adquirido por los excepcionistas con la actora, los primeros no ofrecieron prueba alguna de la que se derivara que existió pago por la aseguradora en favor de la parte actora en juicio, así como tampoco se deriva de las demás documentales ofrecidas como prueba por la parte excepcionista, como son la solicitud de contrato con número de folio ******, de fecha veinte de junio de dos mil trece y el contrato de adhesión número *****-****-*, ya que dichas documentales solo acreditan la relación contractual entre las partes, pero no acredita pago alguno de la parte demandada en favor de la parte actora, ni tampoco se deriva lo anterior de la carta factura exhibida por los excepcionistas, ni de la carta de fecha diecinueve de febrero de dos mil quince, expedida por la actora a la codemandada ROSITA, en la que se requiere de pago a esta última, por lo que se considera parcialmente fundada la excepción de estudio, esto en razón, que como se ha dicho de las documentales ofrecidas por la parte excepcionista, no se demuestra, que se hubiera realizado el pago total adeudado a su

contraria, ni que la actora al presentar la demanda, no hubiera tomado en consideración los pagos efectuados por su contraria de los meses de enero a mayo del dos mil dieciséis, ya que incluso la excepcionista no acredita la realización de más pagos, que los derivados de las fichas de depósito adjuntas a su escrito de contestación a la demanda; sin embargo, la excepción de estudio resulta parcialmente fundada, atento a que las fichas de pago que fueron exhibidas por la parte excepcionista como prueba de pago, relativas a los meses de junio, julio, agosto y septiembre de dos mil dieciséis, acreditan pagos en favor de la parte actora en juicio, ya que así se deriva del nombre del beneficiario que aparece en dichas fichas, además que la propia actora al objetarlas reconoció los mismos, ya que las objeta solo en el sentido, que no demuestran que la parte demandada haya realizado sus pagos en los términos pactados y que, como se ha dicho en el considerando anterior, son pagos que no pudieron haber sido tomados en consideración por la parte actora en juicio al presentar su escrito inicial de demanda, por haberse efectuado con posterioridad a la misma, por lo tanto, la demandada demostró haber realizado pagos parciales en relación con el adeudo reclamado, que habrán de descontarse de las cantidades adeudadas a su contraria, tal y como se mencionó con antelación.

La excepción derivada del artículo 1401 del Código de Comercio, la hacen consistir los excepcionistas, en que, después de presentada la demanda, no se pueden permitir más documentos ni pruebas a la parte actora en juicio, más que los exhibidos, ni se puede modificar la demanda, lo que no se presentó durante la secuela procesal, por lo que resulta infundada la excepción de estudio.

V. Por cuanto hace a la prestación consistente en el pago de los intereses moratorios causados sobre la suerte principal demandados por la parte actora en juicio, tomando en cuenta lo establecido en el considerando anterior; que la parte demandada no ha dado cumplimiento al

pago de la cantidad adeudada; que las partes en juicio, establecieron un interés moratorio convencional del cuatro por ciento mensual, y de que la suscrita no advierte violación a derecho humano alguno, resulta procedente condenar a la parte demandada, al pago del interés moratorio, a razón del cuatro por ciento mensual sobre la suerte principal, contado a partir del momento en que se constituyó en mora, y hasta el momento de realizar el pago total del capital, debiendo descontar de ello, las cantidades que fueron pagadas por la parte demandada en favor de la actora entre los meses de junio a septiembre de dos mil dieciséis y que sean aplicables a este concepto, que suman un total de cincuenta y seis mil un pesos con cincuenta centavos, lo que será liquidada y cuantificada en ejecución de sentencia según lo dispone el artículo 1348 del Código de Comercio.

VI. Por lo que hace a la prestación reclamada por la accionante, consistente en el pago del Impuesto al Valor Agregado causado sobre los intereses moratorios, es de tomar en consideración que los títulos de crédito como el pagaré, se rigen por el principio de literalidad contenido en el artículo 5o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que implica que el beneficiario de un título no puede exigir al deudor algo que no esté previsto en su texto, pues derivado de este, el universo de obligaciones y derechos creado con la expedición de un título, no puede, ni debe tener otra interpretación que la realizada respecto de lo que esté contenido de manera escrita en el documento; por tanto, es de tomar en consideración, que si bien es cierto que del texto consignado en los pagarés exhibidos como base de la acción, se desprende que las partes en juicio establecieron el pago de un interés moratorio más los impuestos aplicables, sin hacer referencia expresa al Impuesto al Valor Agregado, también resulta cierto que dicha expresión es suficiente para tener por cierto que el deudor principal y su aval, si se obligaron a pagar el mismo en cada uno de ellos, tal y como lo señala

la siguiente tesis, cuyo criterio comparte la suscrita y cuyos datos de publicación, rubro y contenido son los siguientes:

> Época: Décima Época, Registro: 2006637, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 7, junio de 2014, Tomo II, Materia(s): Civil, Tesis: I.8o.C.15 C (10a.), Página: 1785.
>
> Pagaré. Conforme al principio pacta sunt servanda, es procedente el pago del Impuesto al Valor Agregado respecto de los intereses moratorios generados, cuando de su texto se advierte en cualquier forma la voluntad del deudor en ese sentido. De conformidad con los artículos 5o., 152 y 174 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al intentarse la acción cambiaria directa pueden reclamarse las prestaciones que en el mismo documento se indican, esto es, el importe del pagaré, los intereses moratorios desde el día de su vencimiento, los gastos del protesto y los demás gastos legítimos que se hayan precisado en el documento, entre ellos, el pago del impuesto al valor agregado, cuando estos han sido expresamente contemplados en el texto del propio documento; sin que el pacto sobre dicho impuesto dependa de determinada formalidad, pues conforme al principio pacta sunt servanda, contenido en el artículo 78 del Código de Comercio, en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso hacerlo, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados. Así, tal obligación se desprende de la frase que dice "más los impuestos aplicables", como expresión consignada en ese título de crédito que indudablemente se refiere a la aceptación de esa carga tributaria.

En tal razón, debemos entender que la parte demandada en juicio, sí se obligó a cubrir en cada uno de los pagarés, para el caso de incumplir en su obligación de pago, no sólo el interés moratorio sino también el Impuesto al Valor Agregado que se genere sobre dicho interés, en consecuencia, se condena a la parte demandada en juicio a pagar a la parte

actora o a quien sus derechos represente, el Impuesto al Valor Agregado generado sobre los intereses causados y que se causen por el tiempo en que se encuentre en mora respecto de los títulos de crédito base de la acción. Cantidad que deberá liquidarse en ejecución de sentencia, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1348 del Código de Comercio.

VII. Por lo que hace al pago de los gastos y costas demandados por la parte actora, tomando en consideración que en el presente asunto la condena a las partes resultó solo parcial, no se ajusta a lo establecido en la fracción III del artículo 1084 del Código de Comercio, por lo que no se realiza condenación al pago de costas.

Por lo anteriormente fundado y motivado con apoyo en los artículos 1321 y 1322 del Código de Comercio, es de resolverse y se

RESUELVE:

PRIMERO. Ha sido procedente la vía Ejecutiva Mercantil, intentada por la parte actora ***, S.A. de C.V. en contra de la parte demandada ROSITA y JOSÉ FELIPE, en donde la parte actora acreditó parcialmente su acción y la parte demandada, acreditó parcialmente sus excepciones, en consecuencia:

SEGUNDO. Se condena a la parte demandada, a pagar a la parte actora la cantidad de $57,171.76 (cincuenta y siete mil ciento setenta y un pesos 76/100 00/100 M.N.), por concepto de suerte principal, cantidad a la que deberá descontarse los pagos efectuados por la parte demandada en juicio con posterioridad a la fecha de presentación del escrito inicial de demanda, adeudada a su contraria y que suma un total de cincuenta y seis mil un pesos con cincuenta centavos, cantidad que deberá cubrir en la parte demandada a su contraria, previa liquidación que realice la última en ejecución de sentencia, debiendo aplicarse los pagos en los términos ordenados en el considerando tercero de esta resolución.

TERCERO. Se condena a la parte demandada, al pago de los intereses moratorios causados y que se sigan causando sobre la suerte principal, a razón del cuatro por ciento mensual, contados a partir de que la demandada incurrió en mora, y hasta la solución total del adeudo, cantidad que deberá regularse en ejecución de sentencia, de conformidad a lo establecido en el considerando quinto de esta resolución, debiendo descontarse de ellos los pagos efectuados por la parte demandada a la actora por este concepto.

CUARTO. Se condena a la parte demandada al pago en favor de la parte actora o de quien sus derechos represente, del Impuesto al Valor Agregado generado sobre los intereses causados y que se causen por el tiempo en que se encuentre en mora respecto de los títulos de crédito base de la acción, de conformidad a lo establecido en el considerando sexto de esta resolución.

QUINTO. Se condena a la parte demandada, al pago de los gastos y costas causados por el presente juicio, mismos que se cuantificaran en ejecución de sentencia, de conformidad con lo establecido en el considerando séptimo de esta resolución.

SEXTO. Notifíquese y cúmplase.

Así, definitivamente juzgando lo resolvió y firma la C. Juez Vigésimo de lo civil de cuantía menor, licenciada María Teresa Rincón Anaya, ante el C. Secretario de acuerdos, licenciado Edwin Rosey Díaz, con quien actúa, autoriza y da fe.

Materia Familiar

Juzgado Quinto de Proceso Oral en Materia Familiar

Juez

Lic. Jorge Rodríguez Murillo.

Sentencia definitiva dictada en el juicio oral familiar sobre acciones derivadas de la filiación, derecho a la identidad de niños y niñas.

SUMARIO: DERECHO A LA IDENTIDAD DE NIÑOS Y NIÑAS. COMPRENDE DIVERSOS ELEMENTOS, ENTRE ELLOS LA FILIACIÓN. La identidad, uno de los derechos integrantes del conjunto de atributos de la personalidad, tanto desde el punto de vista psicológico como jurídico, siendo no sólo uno más de los elementos que conforman la esencia del ser humano como tal, sino representa la individualidad de cada uno y potencialidad de desarrollarse como persona y como parte de un grupo social. De ahí que, el artículo 338 del Código Civil del Distrito Federal establece: "La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros". El Estado mexicano tiene el deber de adoptar las medidas adecuadas para asegurar y preservar el desarrollo de los derechos humanos de todas las personas, como se establece en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 7o. de la

Convención sobre los Derechos de los Niños, consagran el derecho de éstos, a llevar un nombre, a adquirir una nacionalidad y de ser posible a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos. La nulidad del reconocimiento de un hijo, no debe confundirse con la anulación decretada vía sentencia judicial, con la revocación del reconocimiento a manera de la retractación. El reconocimiento de las niñas y los niños es un acto jurídico unilateral (se presenta la menor al oficial del Registro Civil por uno sólo de los padres) y plurilateral (cuando comparecen ambos progenitores), solemne (se realiza bajo una formalidad especial de la cual dependa la existencia del acto jurídico), ya que el reconocimiento se otorga de las cinco únicas formas que reconoce la ley, que son: acta de nacimiento, acta especial de reconocimiento ante el oficial del Registro Civil, testamento, escritura pública o confesión judicial directa y expresa, irrevocable (en virtud de que se asienta el consentimiento para tal acto jurídico), asumiendo que reconocen a favor del registrado, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación. No puede quedar privado de efectos por la sola voluntad de quien lo llevó a cabo, ni retractarse. Establecido el reconocimiento, la condición de hijo no se extinguirá, ni perderá, sino mediante sentencia que cause ejecutoria. Es controvertible, ya que puede ser anulado o impugnado para destruirlo quedando sin efecto, siendo permitida la admisión de pruebas que demuestren que el reconocimiento realizado es contrario a la verdad.

Ciudad de México, ocho de abril de dos mil dieciséis.

Vistos para resolver en sentencia definitiva los autos del expediente 00**/2015, relativo al juicio oral familiar acciones derivadas de la filiación promovido por ÁNGEL en contra de PAMELA; y

La parte actora ÁNGEL demandó de la señora PAMELA las siguientes prestaciones:

A) La investigación sobre la paternidad del niño DIEGO ahora DIEGO;

B) Derivado de la prestación anterior, la nulidad del reconocimiento del menor DIEGO, ahora DIEGO como hijo del actor;

C) La liberación de obligaciones y derechos derivados de la filiación del actor, respecto de DIEGO, ahora DIEGO; y

D) Se gire oficio al Director del Registro Civil para cancelar la anotación de reconocimiento de fecha dieciocho de febrero de dos mil nueve, en el acta número ****, con fecha de registro veintiuno de noviembre de dos mil, expedida por el Juez Cuadragésimo Quinto del Registro Civil del Distrito Federal (hoy Ciudad de México).

Fundó su acción bajo el argumento de que en el mes de junio del año dos mil cuatro, conoció a la señora PAMELA y comenzó a salir con ella de manera frecuente; que para finales del año dos mil cinco, la demandada le comentó que el niño DIEGO es su hijo, por lo que en el año dos mil ocho y en completa convicción de que es su hijo biológico; acudió a la Oficina del Registro Civil a reconocerle quedando registrado desde entonces como DIEGO, argumentando que dicho reconocimiento se realizó bajo la creencia de que era su hijo biológico, porque a mediados de junio de dos mil catorce, PAMELA le dijo que lo había engañado para que reconociera al niño y que por lo tanto no era su hijo biológico.

La parte demandada PAMELA, al dar contestación a la demanda, opuso excepciones y defensas argumentando que el actor siempre tuvo conocimiento de que el niño DIEGO no era su hijo biológico y, sin embargo, decidió reconocerlo, de forma natural y reiterada cotidiana, sin coacción y sin que hubiere existido obligación judicial o extrajudicial alguna; aunado al hecho de que refiere que el actor creó un nexo sentimental fuerte con el niño.

El nueve de marzo de dos mil quince, se celebró la audiencia preliminar a la que comparecieron ambas partes y celebraron acuerdos sobre hechos no controvertidos, y se desistieron de medios de prueba; se admitieron las pruebas ofrecidas por las partes que, a juicio de este juzgador, fueron susceptibles de admisión y se ordenó su debida preparación.

El ocho de abril de dos mil dieciséis, se llevó a cabo la audiencia de juicio, en donde las partes formularon alegatos de apertura, se desahogaron las pruebas admitidas, se formularon alegatos de cierre, se declaró visto el asunto y se ordenó dictar la resolución que en Derecho corresponde.

En principio, es importante precisar que el reconocimiento de las niñas y niños es un acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual asume quien reconoce a favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación. Es unilateral cuando se hace al presentar al hijo al oficial del Registro Civil por uno sólo de los padres, y plurilateral cuando comparecen ambos progenitores. Solemne porque se realiza bajo una formalidad especial de la cual depende la existencia del acto jurídico, ya que el reconocimiento sólo puede otorgarse a través de las cinco formas únicas que reconoce la ley (acta de nacimiento, acta especial de reconocimiento ante el oficial del Registro Civil, testamento, escritura pública o confesión judicial directa y expresa), y no se reconoce algún otro medio. Es irrevocable, en virtud de haberse asentado el consentimiento para tal acto jurídico, esto significa que no puede quedar privado de efectos por la sola voluntad de quien lo llevó a cabo una vez realizado el reconocimiento y no puede retractarse quien hizo la manifestación de voluntad; sin embargo, una vez establecido el reconocimiento que otorga la condición de hijo no se extinguirá, ni perderá, sino mediante una sentencia que haya causado ejecutoria; por tanto es controvertible, toda vez que puede ser anulado o impugnado para destruirlo, y así quedar sin efectos, en el entendido de que siempre se permitirá la admisión de pruebas que demuestren que el reconocimiento realizado es contrario a la verdad, por lo que la nulidad ataca directamente la validez del acto jurídico del reconocimiento, derivado de error, dolo, engaño o violencia, y para que proceda la nulidad debe estar fundada en hechos relevantes que prueben

fehacientemente la falsa apreciación de la verdad en que se pudo haber incurrido.

Así pues, es susceptible de hacer valer la nulidad del reconocimiento de un hijo, al igual que cualquier acto jurídico; sin que deba confundirse la anulación decretada vía sentencia judicial, con la revocación del reconocimiento a manera de retractación; pues la única forma de revocar dicho acto para que el reconocido pierda la condición de hijo de quien lo reconoció, es mediante declaración judicial, en la que se determine su nulidad.

Ahora bien, previo a resolver la litis planteada en el caso, también es importante mencionar que el Estado mexicano tiene el deber de adoptar las medidas adecuadas para asegurar y preservar el desarrollo de los derechos humanos de todas las personas, como se estableció en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Convención Americana sobre derechos humanos adoptada en la Ciudad de San José de Costa Rica, el veintidós de Noviembre de mil novecientos sesenta y nueve; así entre otros derechos, está el de la *identidad*, que integra un conjunto de atributos de la personalidad de gran trascendencia, tanto desde el punto de vista psicológico como jurídico, pues la identidad, no solo es uno más de los elementos que conforman la esencia del ser humano como tal, sino aquel que representa la individualidad de cada uno y la potencialidad de desarrollarse como persona y como parte de un grupo social.

De esta manera, el derecho a la identidad comprende cómo se ha dicho diversos elementos, uno de los cuales es el derecho de las niñas y niños a conocer su filiación como aquel derecho jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico, así en términos generales, se puede indicar que comprende el vínculo jurídico que existe entre los sujetos llamados ascendientes y descendientes, sin limitaciones de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras.

El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 7o. de la Convención sobre los Derechos de los Niños, consagran el derecho de los niños, a llevar un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos.

Así, cuando la realidad de un vínculo biológico no se encuentra reflejada en el plano jurídico, debe reconocerse el derecho del menor a lograr el estado de familia que corresponda con su relación de sangre y por ello, debe contar con las acciones pertinentes tanto para destruir una posible paternidad que no coincide con dicho vinculo, como para obtener una paternidad que logre la debida concordancia, buscando siempre que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica, con el fin de salvaguardar el interés superior del menor. Sirve de apoyo a lo anterior, el siguiente criterio de la Autoridad Federal que a la voz dice: "*Derecho a la identidad de los menores. Su contenido*", novena época, Primera Sala, Instancia: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, página 260.

En ese orden de ideas, atendiendo a las afirmaciones fácticas del caso y las pruebas aportadas por las partes en litigio, este Tribunal considera que procede decretar la nulidad del reconocimiento de filiación que hizo el señor ÁNGEL respecto del niño DIEGO, cuya determinación tiene como base fundamental el respeto al interés superior del niño a conocer su verdadera identidad.

Para arribar a esa conclusión, este juzgador considera por una parte, que el actor fue omiso en demostrar el engaño que alego haber sufrido para reconocer al niño DIEGO, y por lo tanto que ese reconocimiento se haya hecho en presencia de un algún vicio en su voluntad, pues de la declaración forzada a cargo de PAMELA, en nada beneficio a los intereses del actor, en virtud de que no le fue cuestionado sobre el vicio en el consentimiento que le imputa el accionante en la demanda, es decir

sobre la afirmación fáctica que refirió le hizo la declarante en el sentido de que el niño es su hijo, por coincidencia con el hecho ocurrido en el mes de marzo del año dos mil, en donde acudieron a un evento social y mantuvieron relaciones sexuales; incluso de la documental publica consistente en las copias de traslado de la demanda de pensión alimenticia tramitada en el Juzgado Trigésimo Octavo de este Honorable Tribunal, promovida por PAMELA en contra del actor en este caso, de su contenido tampoco existe evidencia sobre el engaño respecto de la filiación del niño, toda vez que sólo se contienen los argumentos en que fundo esa acción de controversia del orden familiar la hoy demandada en este asunto respecto a la obligación alimentaria del actor.

No obstante lo anterior, este Tribunal considera que en aras de hacer respetar el interés superior del niño se da prioridad a su innegable derecho a conocer su filiación para con sus ascendientes, pues ésta relación no solo se debe circunscribir a aspectos formales; lo que significa desde luego hacer prevalecer el derecho fundamental de conocer su identidad personal y saber su origen, aunque exista un reconocimiento previo, el cual en el presente asunto quedó evidenciado con el atestado de nacimiento del niño DIEGO; de ahí, que en el caso se ordenó la práctica de la prueba pericial en materia de genética molecular (ADN) a ÁNGEL, PAMELA y al niño DIEGO; pues dicho medio de prueba es el idóneo para investigar la filiación y determinar la maternidad o la paternidad, porque se basa en la toma de muestras genéticas susceptibles de ser analizadas desde el punto de vista bioquímico, con el objeto de determinar el correspondiente ADN (ácido desoxirribonucleico) a fin de establecer si existe vínculo o no de parentesco por consanguinidad; es decir, es el método que proporciona mayor certeza o seguridad para definir la huella genética exclusiva de cada individuo; ya que los perfiles genéticos se componen de dos alelos, que son transmitidos por los progenitores, uno por el padre y otro por la madre, cuyo perfil genético de los hijos

debe ser una combinación por partes iguales de los padres, como incluso lo ha sostenido la autoridad Federal en las tesis emitidas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, cuya voz señalan: "Pericial en genética. Es la prueba idónea para demostrar científica y biológicamente la paternidad y filiación.", Novena Época. Registro: 195964. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.* Tomo VIII, Julio de 1998. Materia(s): Civil. Tesis: II.2o.C.99 C. Página: 381.

La construcción de la prueba pericial en genética molecular estuvo a cargo de la perito única bióloga YADIRA LIZETHE, designada por el Instituto de Ciencias Forenses, Subdirección Pericial de este Honorable Tribunal, quien en audiencia de juicio y en presencia de ambas partes y con el sigilo frente al niño, la perito en forma clara expuso sus conclusiones respecto al estudio ordenado y practicado en las personas señaladas, indicando que el señor ÁNGEL y el niño DIEGO, no comparten diez alelos en los quince marcadores genéticos analizados que integran el sistema Identifiler Plus, por lo que no cumplen con las combinaciones esperadas entre padre e hijo, y la probabilidad de paternidad obtenida en el análisis estadístico, es del 0%, según los predicados de Hummel; por lo que la paternidad de ÁNGEL con respecto al niño DIEGO, se encuentra excluida; cuyas expresiones orales de la perito que concuerdan con el dictamen escrito presentado ante este Juzgado el dieciocho de febrero de dos mil dieciséis, el cual fue resguardado, cuidando su resultado en sigilo respecto del niño hasta la emisión de este fallo; medio de prueba que a consideración de este juzgador goza de valor probatorio pleno, en razón de que las conclusiones realizadas por la perito en la audiencia de juicio, son claras, precisas, congruentes y vinculantes con el estudio que establece las explicaciones y fundamentos teóricos y científicos bajo los cuales fundó sus conclusiones, indicando además que se tomaron las medidas de discreción, de reserva y sanitarias para

salvaguardar el estado de salud y el derecho a la intimidad del niño DIEGO, pues el resultado de la prueba únicamente verso sobre su paternidad y no sobre sobre diversos aspectos patológicos o de conducta, lo que generó aún más convicción en el caso, para respetar el interés superior del niño en base a su verdadera realidad biológica frente a su verdadera realidad jurídica.

Sentado lo anterior, este Tribunal considera que en respeto al derecho fundamental de identidad, DIEGO tiene el derecho innegable a conocer su filiación, en respeto a su dignidad y el ejercicio pleno de sus derechos, pues el niño debe saber quién es, cuál es su nombre, cuál es su origen, quiénes son sus padres, con el único fin de ejercer su derecho a la identidad biológica que coincida con su identidad jurídica; pues este derecho debe estar por encima de la protección a la familia, y con ello se hace respetar la dignidad del niño y el ejercicio de sus plenos derechos, brindándole la oportunidad real de identidad bajo cuestiones verdaderas y no falsas que más adelante le puedan acarrear problemas relacionados con su bienestar emocional, situación a la que fue sometido DIEGO al haber sido puesto en una situación de engaño por parte de su progenitora y de quien creía era su padre; pues es de enfatizarse que constituye un derecho del niño a tener su filiación correspondiente, que no está sujeta a una mera facultad de los padres de hacerlo posible, ni mucho menos crearle una realidad falsa, a la cual no pertenece; pues desde que nace tiene derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; lo cual conduce a que el niño tenga la certeza de saber quién es su progenitor y de esa forma contar con personalidad jurídica real, para que goce de todas la prerrogativas que la ley le concede como es tener una nacionalidad, que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación, sano esparcimiento y con ello tenga la oportunidad de un desarrollo pleno y obtener un beneficio psicológico

y emocional, pues el niño al saber y conocer a sus verdaderos padres le crea un sentimiento de confianza que le permitirá crecer en armonía con su verdadera realidad filial.

Así las cosas, atendiendo a las consideraciones hasta ahora vertidas en este fallo y las afirmaciones fácticas en que el actor funda su acción y la demandada opone sus defensas, este Tribunal se ve en la necesidad de ponderar entre el hecho de mantener la unidad de la familia que constituyen las partes frente al derecho fundamental de DIEGO a conocer plenamente su verdadera filiación; y para lo cual se toma en cuenta la plática que sostuvo este Juzgador con el niño DIEGO, quien aun cuando de manera libre y espontánea manifestó entre otras cuestiones que conoce a ÁNGEL como su padre, con quien llevaba una buena relación e incluso señalo que lo quiere y lo ve como su padre quien le refería que si es su hijo y le va a querer mucho; sin embargo en ese dialogo el niño indico que hace dos años su madre y su padre fueron quienes le dijeron que ÁNGEL no es su padre, lo cual en un principio no creyó pero le provoco un sentimiento de tristeza, y que le hubiera gustado conocer a su padre; además refirió que desde hace meses ya no lleva una buena relación con él refiriéndose a la parte actora, no obstante que cuando vivían juntos era buena esa relación, pero con posterioridad dice el niño sentir como lo hacía a un lado su padre, quien además se burlaba de el cuándo el niño le hablaba, y cada vez se empeoraban más las cosas porque cuando su mama salía le llego a pegar; indicando que ya no convive con su padre y tiene meses que no lo ve, refiriendo con honestidad que no tiene ganas de verle.

También, de la prueba testimonial que ofreció PAMELA, fue omisa en presentar a la testigo de nombre ALEJANDRA, cuya probanza fue declarada desierta en audiencia de juicio, sin embargo es de tomarse en cuenta el testimonio de cargo de LAURA, quien si bien es cierto se trata solo de un testigo, su testimonio reforzó aún más la plática que se

sostuvo con el niño, pues dicha testigo indico que conoce a las partes por ser madre de la demandada y al actor por haber sostenido una relación con su hija, que sabe que el demandado reconoció al niño DIEGO como su hijo aun sabiendo que no lo era, que la relación entre ellos al principio era buena entre comillas pero después tuvo un cambio que rechazaba al niño y su relación cambio, testimonio al que se le concede valor probatorio pleno.

De tal suerte, que aun cuando del caudal probatorio aportado por las parte en el caso, se pone de manifiesto la relación entre ÁNGEL y PAMELA para hacer vida en común, y producto de esa relación, refieren haber procreado a la niña VALENTINA, en donde además la parte actora reconoció como su hijo a DIEGO, es decir, que integraron un núcleo de familia, que genera derechos y obligaciones entre sus miembros; sin embargo, del propio caudal probatorio entre los que se encuentra la instrumental de actuaciones y la presuncional legal y humana, así como las pruebas antes mencionadas, se observa que ese núcleo de familia está deteriorado, e incluso el propio DIEGO indicó la separación de las partes en este caso y su deseo de no mantener relación con ÁNGEL derivado de las conductas que éste le profiere a partir del momento en que tanto su progenitora PAMELA, como el hoy actor le hicieron de su conocimiento que no es hijo de ÁNGEL; por lo tanto, en el ejercicio de ponderación de este Tribunal entre el derecho de protección a la familia, frente al derecho del niño a saber su verdadera realidad biológica, se determina que procede hacer salvaguardar el interés superior de DIEGO a conocer su verdadera identidad, en respeto a su dignidad y el pleno ejercicio de sus derechos humanos, lo que está por encima de pretender forzar la integración de una familia, que en el caso está desintegrada y más aun pretendiendo preservar un vínculo entre el niño y quien no es su padre; de tal suerte, que con esta determinación se hace prevalecer el derecho de DIEGO a conocer su verdadera identidad y con ello saber

quién es su padre biológico que le permitirá tener certidumbre en cuanto a su verdadera ascendencia, propiciando en el infante un sano desarrollo integral, sobre todo en el aspecto psicológico, emocional y social, sintiéndose respaldado y educado por quienes realmente lo procrearon.

Pero además, la decisión de este Tribunal atiende al principio *pro persona* consagrado en el párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que obliga al Estado a aplicar la norma que sea más favorable al reconocimiento de los derechos de las personas, en este caso del niño DIEGO, a proteger su derecho humano a la identidad, así como el de su interés superior que está por encima de cualquier otro derecho e inclusive por encima de los propios intereses de las partes; es decir, que se tomó en consideración el derecho más extenso a favor del niño que le permitirá el pleno goce de sus derechos como ser humano; y se le permitirá crecer y desarrollarse sano en todos sus ámbitos personales, pues es de suma importancia que éste sea protegido, y que sus progenitores actúen honesta y responsablemente en cuanto a sus sentimientos filiales, pues con la presente resolución se respeta el derecho humano del niño DIEGO a gozar de identidad.

En consecuencia, procede decretar la nulidad del reconocimiento que hizo ÁNGEL sobre el niño DIEGO, y por tanto se extingue la filiación y derechos existentes entre ambos; de ahí que, se debe cancelar la anotación marginal en el acta de nacimiento del niño DIEGO.

Consecuentemente se decreta la nulidad del acta de nacimiento a nombre de DIEGO registrado el veintiséis de diciembre de dos mil ocho, ante el Juez del Registro Civil en el Distrito Federal, pues como se ha dicho ha quedado demostrada la verdadera identidad biológica del niño.

Por lo que en el momento procesal que así corresponda se deberá girar atento oficio al ciudadano director del Registro Civil del Distrito

Federal anexando copia certificada de la presente resolución y auto que la declare ejecutoriada, para que gire las instrucciones correspondientes para que proceda, en primer lugar, a cancelar la anotación marginal asentada en el acta de nacimiento del niño DIEGO, con fecha de registro veintiuno de noviembre de dos mil; y, en segundo lugar, se haga la anotación correspondiente sobre la nulidad del acta de nacimiento de DIEGO con fecha de registro veintiséis de diciembre de dos mil ocho.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO. Ha sido procedente la vía oral familiar, acciones derivadas de la filiación promovido por ÁNGEL, en contra de PAMELA.

SEGUNDO. En respeto al derecho humano de la identidad se declara la nulidad del reconocimiento de paternidad efectuado por ÁNGEL respecto del niño DIEGO, asentado mediante anotación marginal en el acta de nacimiento levantada con fecha …, en esta Ciudad, inscrito bajo los siguientes datos Entidad …, Delegación …, Juzgado …, Libro …, Acta …, Año …, Clase NA.

TERCERO. Se extingue la filiación y derechos existentes entre ÁNGEL y el niño DIEGO.

CUARTO. Se decreta la nulidad del acta de nacimiento a nombre de DIEGO, expedida por el Registro Civil del Distrito Federal, registrada el veintiséis de diciembre de dos mil ocho, e inscrita bajo los siguientes datos registrales Entidad …, Delegación …, Juzgado …, Acta …, Clase NA, y por lo tanto no surte efecto legal alguno.

QUINTO. La presente resolución ejecutoria dada la conformidad expresa de las partes, en consecuencia gírese atento oficio al ciudadano Director del Registro Civil del Distrito Federal, con los anexos respectivos, a fin de que se sirva asentar las anotaciones marginales correspondientes, dando cumplimiento a los resolutivos segundo y cuarto de este fallo.

SEXTO. Con fundamento en el artículo 16 del Reglamento del Sistema Institucional de Archivos del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, guárdese en el legajo de sentencias copia autorizada de la presente resolución.

SÉPTIMO. No se hace especial condena en gastos y costas.

OCTAVO. Notifíquese.

Así, definitivamente juzgando, lo resolvió y firma el ciudadano Juez Quinto de Proceso Oral en Materia Familiar de la Ciudad de México, licenciado Jorge Rodríguez Murillo, en unión de la ciudadana Secretaria Judicial, licenciada Jessica Guadalupe Alemán Cáceres, que da fe de lo actuado.

Materia Justicia para Adolescentes

Segunda Sala Especializada En Justicia Para Adolescentes

Magistrada

Lic. Elizabeth Isela Ortiz.

Recurso de apelación por el Agente del Ministerio Público, en contra del auto de no vinculación a proceso dictado en la carpeta judicial iniciada por el hecho que la ley señala como un delito contra la salud en su modalidad de narcomenudeo hipótesis (comercio-venta) cometido en agravio de la Sociedad.

SUMARIO: ILICITUD DE LA PRUEBA AL HABERSE OBTENIDO CON VULNERACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES. La omisión de designar al defensor del indiciado desde el momento en que es puesto a disposición del Ministerio Público no genera automática e indiscriminadamente la anulación por ilicitud de pruebas, sino sólo de las directamente vinculadas con la falta de designación; esto es, para el dictado de una resolución de no vinculación a proceso, el juez hace una declaratoria de ilicitud de pruebas, siendo nulas al haberse obtenido con una vulneración a los derechos fundamentales y en particular a que el adolescente no se encontró asistido por un defensor especializado, haciendo aplicación de criterios jurisprudenciales, el juez, atiende a la petición que realizó el defensor público en esa audiencia, y básicamente parte de las declaraciones que hiciera en su momento un defensor público y un agente de Ministerio Público adscritos a una agencia dedicada a los delitos

de narcomenudeo, estimando en primer término, si es verdad que se le asignó un defensor, y no refiriéndose a si el defensor tenía especialidad. Desde el momento en que es nombrado un defensor, tiene la obligación de proporcionar una verdadera asistencia jurídica, debe hacer saber a los imputados que tienen derechos, cuáles son los alcances de estos derechos, las herramientas con las que cuentan; conforme lo establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 117, y la Ley de la Defensoría Pública en su articulado 19.

Ciudad de México, veintiocho de marzo de dos mil diecisiete.

Resolución de apelación que se emite en el toca 00**/2016, formado con motivo del recurso interpuesto por el Agente del Ministerio Público, en contra del auto de no vinculación a proceso dictado en fecha 01 uno de marzo del 2017 dos mil diecisiete, por el licenciado Marco Antonio Guerrero Martínez, juez del sistema procesal penal acusatorio de justicia para adolescentes, en la carpeta judicial **/**/2017, iniciada en contra de AXEL HAYRON, por el hecho que la ley señala como un delito contra la salud en su modalidad de narcomenudeo hipótesis (comercio-venta), cometido en agravio de la Sociedad.

CONSIDERACIONES

I. En fecha 8 ocho de marzo pasado el Agente del Ministerio Público interpuso recurso de apelación en contra del auto de no vinculación a proceso dictado el 01 uno de marzo del 2017 dos mil diecisiete, emitido por el juez Marco Antonio Guerrero Martínez, el cual fue *admitido de plano* por este Tribunal de Alzada por auto de fecha 22 de los corrientes.

II. Se programó audiencia en esta fecha y se estimó procedente emitir la resolución correspondiente, en los siguientes términos:

> El objeto de esta audiencia es con el fin de emitir una resolución, aquí cabe precisar que en el escrito presentado por la defensa pública en contestación a los agravios formulados por el Ministerio Público, hizo una petición de audiencia con

el fin de expresar alegatos aclaratorios, esa petición estimo que es improcedente. Improcedente porque dentro de la exposición legal que contempla esta tramitación de la apelación no se encuentra esta solicitud, sí se señala que puede hacer una petición de audiencia para efecto de expresar alegatos aclaratorios sobre los agravios y este derecho estimo corresponde única y exclusivamente al Ministerio Público, esa contradicción queda agotada desde el momento en que el defensor, al continuar con ese trámite escrito que contempla este recurso, agotó esa posibilidad, por lo tanto estimo que es improcedente y esta audiencia fue señalada únicamente con el fin de que se emita la resolución.

Continuando precisamente con esta secuencia, cabe precisar aquí cuáles son los motivos en primer término, que tuvo el Juez de Control para el dictado de una resolución de no vinculación a proceso; en este caso el juez hace una declaratoria de ilicitud de pruebas, estima que son nulas al haberse obtenido con una vulneración a los derechos fundamentales y en particular a que el adolescente no se encontró asistido por un defensor especializado, el juez hace aplicación de criterios jurisprudenciales, atiende a la petición que realizó el defensor público en esa audiencia y básicamente parte de las declaraciones que hicieron un defensor público y un agente del Ministerio Público adscritos a una agencia dedicada a los delitos de narcomenudeo, el Ministerio Público en el desarrollo de sus agravios indica a grandes rasgos, que el adolescente, que el imputado fue asistido en todo momento por un defensor, que se le dio una oportunidad de defenderse, que cuando se le nombró un defensor especializado tuvo tiempo suficiente para que ese defensor especializado pudiera controvertir esos peritajes que se produjeron durante su ausencia, hace mención también a que el juez confunde en que si hay una agencia cincuenta y siete especializada en niños, niñas y adolescentes y una agencia de narcomenudeo, concluye en sus agravios que el juez no necesariamente tenía que ceñirse a ese delito que se le propuso, sino esa reclasificación pudo haber sido una posesión u otra figura jurídica.

De estos agravios, de estos razonamientos del juez estimo que es importante en primer término partir de que es verdad que se le asignó un defensor, sin em-

bargo ese defensor no cumplió con sus obligaciones, no me refiero a si el defensor tenía o no tenía especialidad, un defensor desde el momento en que es nombrado, en que es designado, tiene obligaciones, así lo establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, así lo establece la misma Ley de la Defensoría Pública, él tiene obligaciones, debe proporcionar una verdadera asistencia jurídica, debe hacer saber a los adolescentes, a los imputados que tiene derechos, cuáles son las herramientas con las que cuenta, cuáles son alcances de estos derechos.

De la diligencia del día 01 primero de marzo de este año, en que el juez de Control resolvió la no vinculación a proceso y a respuestas a ese interrogatorio y contrainterrogatorio el licenciado Gustavo Israel Vilchis Pacheco, dijo que él le hizo saber sus derechos, que él le enteró de sus derechos, el mismo Ministerio Público a esas contestaciones del interrogatorio y contrainterrogatorio el licenciado Ricardo Enríquez Ramírez, incluso refiere que para efecto de que le den lectura a esos derechos no se necesita de una especialización, esto deja patente en que únicamente se le enteraron de sus derechos, se le leyeron sus derechos, pero no se hicieron actos tendientes a que él conozca las herramientas que tiene a su alcance, no como adolescentes, sino como cualquier imputado, el defensor, no advirtió que sea por desconocimiento del sistema, porque él dice que tiene una Maestría e incluso un Doctorado, sin embargo no ejerció esa función como defensor.

El Ministerio Público también incurre en una responsabilidad, no estoy diciendo que el Ministerio Público se sustituya en el defensor, Ministerio Público en esa etapa de investigación es autoridad y también tiene obligaciones, así lo establece el artículo 20 constitucional en el apartado B, también lo establece el reglamento de la Procuraduría, sus funciones, es que en esa etapa se cerciore de que el imputado conozca sus derechos y sepa los alcances que tienen estos derechos. Ello obviamente va a procurar que haya una transparencia en esos actos que realiza el Ministerio Público, va a dar una certeza y también se otorga al imputado ese derecho de una defensa material, de poder elegir si quiere defenderse de una imputación o de poder elegir si desea presentar también datos de prueba, si a un imputado únicamente se le dan lectura únicamente sin explicar cuáles son sus alcances, obviamente que

no se le está proporcionando una asistencia jurídica, se le está haciendo nugatorio al no ir más allá y al no cumplir un defensor o un Ministerio Público de que sepa que es lo que hay a su favor.

En el escrito que presentó el Ministerio Público señala en diversas ocasiones que sí quedó enterado de esos derechos, que sí realizó actos de defensa, porque incluso se negó a declarar; sin embargo, consideró que lo que pretende es minimizar esa esencia de la investigación, esa esencia de lo que debe ser una defensa efectiva.

En cuanto al aspecto de que se declararon nulos tres informes en lo que se especificaba cuál era esa violación ante ese derecho de no contar con defensor especializado, se concluía que, eran ilícitos, es cierto como lo dijo el defensor público en esa audiencia del día primero de marzo que no se le nombró un defensor especializado, es cierto que no se le hizo saber que se produciría un peritaje irreproducible, es cierto que el resultado de esos peritajes se obtuvo mientras no se contaba con esta asistencia de un defensor especializado, sin embargo estimo que tales peritajes no pueden traducirse en una prueba ilícita y no pueden traducirse por que no dependieron de la falta, de la ausencia de un defensor especializado para que se realizara, cabe aquí destacar que el objeto respecto del cual se hizo esa opinión técnica fue obtenido de forma lícita, su origen fue lícito, esos objetos quedaron asegurados en un momento distinto, en una detención, que hasta ese momento, que hasta que el juez resolvió sobre la vinculación a proceso, había quedado firme esa pronunciación del juez, que había sido legal esa detención, si esos objetos fueron obtenidos de forma lícita, se hizo una cadena de custodia, se embalaron, se presentaron ante el Ministerio Público, se presentaron ante el perito que finalmente emitió su opinión y que el perito para efectos de emitir una opinión se valió de su experiencia, de sus conocimientos, de un protocolo, de prácticas, hasta la obtención de esos peritajes no se requería de la intervención de un defensor especializado, lo que estoy diciendo aquí, para efecto de que se estime que hay una ilicitud de pruebas, éstas deben provenir directamente de la violación de ese derecho humano, en esta caso no, en este caso este objeto devino de forma indirecta, el perito no requirió de la presencia de un defensor especializado para que se pronunciara en esos términos,

al contrario quien renunció a controvertir en ese momento, quien no informó al imputado que tenía esa posibilidad de aportar un dictamen en contra o de asistir al lugar donde se practicaría ese dictamen, fue una decisión propia de un defensor y volvemos aquí a la especialización, no se requería que esté fuera especializado para saber cuáles eran las funciones que le correspondían.

En este punto en concreto no advierto que haya una indebida actuación del Ministerio Público; el Ministerio Público obviamente se ajustó a esa disposición legal[1], haciéndole saber al defensor que podía acudir, se le informó por escrito y fue el defensor público quien decidió resguardar el oficio bajo la consideración de que la institución no cuenta con peritos de esa naturaleza, el mismo defensor fue quien decidió no hacérselo saber al adolescente, más aún también decidió no hacérselo saber al adulto, porque ya había dado lectura a eso derechos, ya lo había enterado de esos derechos, es únicamente a quien corresponde esa defensa, no actuó más aún como una asistencia legal, no actuó con una capacidad técnica para poder actuar en consecuencia.

Sin embargo esos argumentos o esta diferenciación, no fue resaltada por el Ministerio Público en sus agravios, solo se ciñe a que sí hubo una asistencia jurídica.

De ahí que proceda dejar firme este aspecto de la resolución, en la resolución el Juez de Control, Marco Antonio Guerrero Martínez (sic) invoca algunos criterios, que entre ellos, el que es relevante para estos fines, es el marca con el registro 160298; sin embargo, no debemos ceñirnos únicamente a la letra de lo que dice esa jurisprudencia, sino que de su contenido el origen de esta jurisprudencia, el asunto por el cual fue emitida se refiere también a pruebas directas en las que se

1 Artículo 274. Peritaje irreproducible del Código Nacional de Procedimientos Penales.
Cuando se realice un peritaje sobre objetos que se consuman al ser analizados, no se permitirá que se verifique el primer análisis sino sobre la cantidad estrictamente necesaria para ello, a no ser que su existencia sea escasa y los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirla por completo. Éste último supuesto o cualquier otro semejante que impida que con posterioridad se practique un peritaje independiente, deberá ser notificado por el Ministerio Público al Defensor del imputado, si éste ya se hubiere designado o al Defensor público, para que si lo estima necesario, los peritos de ambas partes, y de manera conjunta practiquen el examen, o bien, para que el perito de la defensa acuda a presenciar la realización de peritaje.
La pericial deberá ser admitida como medio de prueba, no obstante que el perito designado por el Defensor del imputado no compareciere a la realización del peritaje, o éste omita designar uno para tal efecto.

necesiten de la intervención física o activa de un imputado o de un inculpado que se requiera su presencia para efecto de que puedan ser obtenidas y en consecuencia también se necesitan la intervención de un defensor, por el simple hecho de que no se encuentre un defensor esto no provoca de forma indiscriminada, de forma extensiva la nulidad de todas las pruebas, porque puede existir la ausencia de un defensor especializado o es más la ausencia de un defensor, pero el Ministerio Público por sí tiene facultades para realizar actos de investigación, pero aquí están los que se hacen violando un derecho y los que se hacen sin que tengan relación con el mismo y desde mi punto de vista en este caso así aplicaba, había que hacerse una diferenciación que actos se obtuvieron por una violación directa a ese derecho de que no hubo una defensa adecuada, que no se encontraba asistido por un defensor especializado y aquellos actos que se obtiene de forma lícita y que no influya esa intervención.

También es aplicable en este sentido el diverso criterio por contradicción con número de registro 2012680[2], se señala en esta jurisprudencia, el rubro es el siguiente "Pruebas recabadas en la etapa ministerial. Lo omisión de designar al defensor del indiciado desde el momento en que es puesto a disposición del Ministerio Público no genera automáticamente e indiscriminadamente la anulación por ilicitud de aquellas, sino sólo de las directamente vinculadas con la falta de designación", es aquí donde también se expone que no basta con decir que un defensor pudo haber participado en esa diligencia, sino que esa eventualidad depende de una efectiva asistencia jurídica y en este caso esa eventualidad no correspondió a un especialista en justicia para adolescentes, sino a una persona que actuara realmente como defensor, realmente como un asesor jurídico, pero como ya quedó precisado esos aspectos no fueron destacados por el Ministerio Público.

De ahí que esta nulidad de pruebas, esta exclusión de pruebas quede firme.

2 Décima Época, Plenos de Circuito, Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo III, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: PC.XXII. J/12 P (10a.), Página: 2040. Esta tesis se publicó el viernes 30 de septiembre de 2016 a las 10:39 horas en el *Semanario Judicial de la Federación* y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 3 de octubre de 2016, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Es importante señalar aquí, que no estoy dejando la asistencia de un defensor especializado como un aspecto secundario, desde luego que el Ministerio Público tenía la obligación de llamar, de designar a un defensor que cumpliera con estas características desde el momento en que él se enteró que se trataba de un adolescente, simplemente estoy resaltando que estas pruebas deben diferenciarse de esa otra responsabilidad que tenía el Ministerio Público.

El Ministerio Público concluye en sus agravios diciendo que el juez pudo haber reclasificado, pero pasa por alto que si hay una exclusión de pruebas, que si precisamente el objeto material de cualquier delito contra la salud es que sea un narcótico, si el juez ha hecho una declaratoria, es contradictorio que pretenda que para una conducta en específico si sea ilícita esa prueba y para otra conducta sea ya lícita.

En congruencia el juez estuvo en lo correcto al no reclasificar, además que aquí no es válido que se señale que el juez tiene la facultad de hacer una declaratoria del derecho, cuando lo mínimo que le corresponde al Ministerio Público es tener un estándar de investigación y un mínimo de argumentación jurídica y en este caso no es así.

Ante estas consideraciones estimo por lo tanto que esta no vinculación a Proceso quede firme, quede en las mismas condiciones en que fue dictada por el juez, efectivamente queda firme que se hayan excluido las pruebas, pero por la razones que fue expuesto, no comparto ese punto de vista que tuvo el juez, pero también no debe dejarse de lado esas faltas en que incurrió el Defensor Público y el Ministerio Público durante la investigación, al no cumplir ni uno, ni el otro con esas obligaciones que tiene de ser asesor jurídico y de ser una autoridad ministerial.

En esos términos, al no cumplir con sus obligaciones el licenciado Gustavo Israel Vilchis Pacheco, en su carácter de defensor, en términos del artículo 20 constitucional Apartado B, 17 y 117 del Código Nacional

de Procedimientos Penales, así como el 19 de la Ley de la Defensoría Pública de esta Ciudad, se da vista a la Consejería Jurídica de la Defensoría Pública con fundamento en el artículo 3 de la misma, con el fin de que determine qué responsabilidad es en la que incurrió, asimismo se da vista a la Visitaduría por lo que hace a la actuación del licenciado Ricardo Enrique Ramírez, Agente del Ministerio Público, quien no cumplió con sus obligaciones como lo establece el artículo 20 constitucional, aparatado B, artículo 6, fracción XIII, inciso C y 7, fracción IX, del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia de esta Ciudad, para que de igual forma determine su responsabilidad, ambos profesionistas se encuentra adscritos a la Fiscalía para la atención del delito de narcomenudeo.

En esos términos, con las precisiones realizadas se confirma ese auto de no vinculación a proceso que emitió el juez Marco Antonio Guerrero Martínez, el día 01 uno de Marzo de este año.

Por lo que hace al aspecto administrativo en el que también estimo la conveniencia de mandar oficios a la Consejería y a la Procuraduría, queda firme.

Con fundamento en el artículo 63 del Código Nacional de Procedimientos Penales a los comparecientes se les tiene por notificados de esta determinación.

Así, lo resolvió en Audiencia Oral, el día de la fecha la ciudadana magistrada por Ministerio de Ley, integrante de la Segunda Sala Especializada en Justicia para Adolescentes, Elizabeth Isela Ortiz Guillén, en sustitución del magistrado Sadot Javier Andrade Martínez, con fundamento en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad, quien firma para constancia legal y engrose al presente toca.

Materia Penal

Octava Sala Penal

Ponente Unitaria

Mgda. Rosalinda Sánchez Campos.

Recurso de apelación interpuesto por la defensa oficial en contra del auto de formal prisión o preventiva, dictado en la causa instruida por el delito de homicidio calificado en grado de tentativa.

SUMARIO: PERSONAS INDÍGENAS. DEBIDO PROCESO Y ADECUADO ACCESO A LA JUSTICIA. De conformidad con lo que establece el artículo 12 del Código Nacional de Procedimientos Penales, mismo que a la letra señala: "Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a ninguna medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un Órgano jurisdiccional plenamente establecido, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen", es necesario para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de los grupos "vulnerables", que se les reconozcan sus derechos, bajo parámetros del artículo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, tomando en cuenta su lengua, sus especificidades culturales; sin pasar por alto su condición de marginación, de exclusión social o grado de vulneración a la que histórica y tradicionalmente han sido sometidos, y que cuenten con un traductor, pues sólo así se garantiza el debido proceso y adecuado acceso a la justicia a éste grupo de personas.

INCULPADO, PERSONA INDÍGENA. CON INDEPENDENCIA DE QUE UNA PERSONA HABLE DOS LENGUAS, UNA DE ELLAS, EL ESPAÑOL, NO POR ELLO PIERDE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. El criterio determinante para establecer cuando una persona es indígena, se traduce en la autoconciencia o autoadscripción (acto voluntario de persona que, teniendo un vínculo cultural, histórico, político, lingüístico o de otro tipo, deciden identificarse como miembros de un pueblo indígena reconocido por el Estado mexicano, siendo así una manifestación de identidad y expresión de pertenencia cultural que no depende de la anuencia del Estado o de algún proceso para su reconocimiento), a determinado pueblo o comunidad cultural. En ese sentido, será persona indígena quien se autoadscriba y reconozca así mismo como tal; lo cual implica asumir como propios los rasgos sociales y las pautas culturales, que caracterizan a los miembros de las comunidades indígenas. No obstante, la Constitución Federal adjunta a la condición de ser indígena, derechos variados, algunos de contenido lingüístico específico, pero como la mayoría carecen de él, la autoconciencia o autoadscripción como indígena, no podrán definir esa calidad en base a la competencia monolingüe en la lengua indígena, siendo incorrecto afirmar que la protección constitucional que obliga a tener en cuenta las costumbres y especificidades culturales de las personas indígenas en los juicios y procedimientos en que sean parte, sólo resulta aplicable para quienes hablan una lengua indígena y además no entienden ni hablan español.

AUTOADSCRIPCIÓN. MOMENTO EN QUE EL INCULPADO COMO PERSONA INDÍGENA DEBE REALIZARLA. La calidad del indígena debe identificarse en las primeras etapas del procedimiento, para asegurar como derechos esenciales primarios al inculpado indígena, que cuenta con un traductor y defensor, pero que conozcan la lengua y cultura respectiva, de manera que cuando esos derechos no se garantizan existe una violación a las leyes que rigen el procedimiento penal.

FORMALIDADES DEL PROCEDIMIENTO. RECOPILACIÓN OFICIOSA DE ELEMENTOS PARA DETERMINAR LAS COSTUMBRES Y ESPECIFICIDADES CULTURALES. Cuando se tiene a una persona indígena con carácter de inculpado para hacer efectivo su derecho de pleno acceso a la jurisdicción, la recopilación oficiosa de elementos que permitan valorar sus costumbres y especificidades, forman parte del procedimiento, de manera que cuando se omite recabarlos, ello se traduce a una violación a las leyes que rigen el procedimiento penal. Así también, para garantizar un debido proceso legal a un inculpado indígena, legitimar un efectivo acceso a la justicia y hacer válidos sus derechos de igualdad, se le debe proveer, entre otras cosas, tanto de un intérprete, como de un abogado, que tengan conocimiento de su lengua y su cultura, pero, además, deben recabarse dictámenes periciales antropológicos, así como opiniones de miembros de la comunidad indígena con reconocido prestigio en el conocimiento de los usos y costumbres de la comunidad, los cuales deben ser recabados antes de dictar sentencia.

Ciudad de México, 3 tres de junio de 2016 dos mil dieciséis.

Visto para resolver el toca ***/2016, relativo al recurso de apelación interpuesto por la defensa oficial de JUAN CARLOS o ANTONIO ALBERTO, contra el auto de formal prisión o preventiva, dictado por la Juez Cuadragésimo Sexto Penal de la Ciudad de México, el 8 ocho de abril de 2016 dos mil dieciséis, en la causa **/2016, por el delito de "HOMICIDIO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA", en agravio de BRAULIO; procesado que actualmente se encuentra en el reclusorio Norte; y

RESULTANDO:

1. El auto de plazo constitucional reclamado, concluye de la manera que sigue:

Primero. Siendo las 15:00 quince horas del día de la fecha, es procedente ordenar la formal prisión a JUAN CARLOS o ANTONIO ALBERTO, como probable responsable en la comisión del delito de TENTATIVA DE HOMICIDIO CALIFICADO (ventaja: cuando éste se halle inerme y aqué**l** armado y alevosía: cuando el agente realiza el hecho sorprendiendo intencionalmente a alguien de improviso, que no le d**é** lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer), por el que se le seguirá proceso.

Segundo. Se ordena la apertura del procedimiento sumario, por lo que se pone a la vista de las partes la presente causa para que dentro del término de 3 tres días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación del presente auto, ofrezcan sus respectivas pruebas; asimismo, se le hace saber al procesado y su defensa que cuenta con el término de 3 tres días para interponer el recurso de apelación, en caso de inconformidad con la presente resolución, o bien para optar por un procedimiento ordinario.

Tercero. Se suspenden provisionalmente los derechos políticos del procesado JUAN CARLOS o ANTONIO ALBERTO, por lo que gírese oficio al vocal ejecutivo de la 1 Junta Distrital Ejecutiva del Instituto Nacional Electoral en la Ciudad de México, para tal efecto.

Cuarto. Notifíquese, […]

Quinto. Expídanse las boletas y copias le ley […]

2. Determinación notificada a las partes en la fecha de su emisión (foja 152); inconforme la defensa, interpuso recurso de apelación por texto de 11 once siguiente (foja 155).

Recurso admitido en efecto devolutivo el 20 veinte de abril de 2016 dos mil dieciséis.

3. Por texto de 3 tres de mayo de 2016 dos mil dieciséis (foja 21 del toca), el Ministerio Público solicitó se confirmara la resolución apelada por estar apegada a la ley y a constancias procesales.

4. La defensa, el 13 trece de mayo de 2016 dos mil dieciséis, exhibió escrito de agravios (foja 30 del toca), en los que solicitó se revocara el auto de plazo constitucional recurrido.

5. Celebrada la audiencia de vista en esta Sala, el 17 diecisiete de mayo de 2016 dos mil dieciséis (foja 34 del toca), quedó listo el toca para resolverse, turnándose los autos para el estudio de legalidad respectivo.

CONSIDERANDO:

I. Este Tribunal es competente para conocer y resolver el presente recurso de apelación, en razón de que la Administración de Justicia en la Ciudad de México corresponde al Tribunal Superior local, a través de sus Magistrados, a los que compete legalmente conocer de dicho recurso, cuando se interponga contra resoluciones dictadas por los jueces del orden penal; con fundamento en los artículos 1o., 2, fracción I y 44, fracción I, de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

II. Esta autoridad de segunda instancia advierte que el delito por el que se resolvió la situación jurídica del inculpado en el auto de formal prisión, reclamado por el delito de HOMICIDIO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA, previsto y sancionado en los numerales 123, 138 y 20 del Código Penal local aplicable.

En esas condiciones, como no se trata de una sentencia final de primera instancia, la resolución debe emitirse de manera unitaria, acorde con el dispositivo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

III. OBJETO DE LA APELACIÓN

Este medio ordinario de defensa tiene como propósito general el análisis de legalidad de la resolución controvertida, tomando de base para ese efecto los motivos de agravio expresados por los inconformes; con la garantía de que los expuestos por la defensa y procesado serán suplidos de manera oficiosa en caso de existir deficiencia de la queja, con arreglo a lo señalado en los ordinales 414 y 415 del Código procesal penal local.

IV. NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO Y DERECHOS HUMANOS

Es bien sabido que a partir de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación,* el 10 de junio 2011 dos mil once, se modificó el contenido sustancial del artículo 1o. constitucional[1] y se establecieron, entre otras obligaciones, para todas las autoridades del país, el promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

De manera que el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

En el mismo sentido, en dicha reforma se estableció que las normas relativas a los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la Constitución Federal y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

En consecuencia, como los jueces penales son autoridades y en los asuntos que conocen se encuentran involucrados derechos humanos de distintos sectores, como reclusos, víctimas, menores de edad, mujeres violentadas históricamente, adultos mayores, entre otros, es evidente que se debe velar en materia penal por la no violación a esos derechos humanos.

1 "Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley".

Es importante destacar que en la Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, de nombre "otros tratados", donde interpretó el artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana estableció que no sólo dicha Convención era el instrumento que dotaría de derechos humanos al sistema, sino que podían acudirse a otros tratados como Belem Do Pará, Convención de los Derechos de los Niños, es decir, que existía todo un *corpus iuris* de derechos en el sistema.

Dado que la competencia consultiva de dicha Corte se podía ejercer en general, sobre toda disposición concerniente a la protección de derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados Americanos.

Por esos motivos, en caso de que se detectara un problema de derechos humanos, este Tribunal velará por su protección inmediata.

V. REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Este Tribunal de segunda instancia, al imponerse de la causa penal de origen **/2016, de la que conoce el Juzgado Cuadragésimo Sexto Penal de la Ciudad de México, iniciada en contra del inculpado JUAN CARLOS o ANTONIO ALBERTO, por el delito de HOMICIDIO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA, advierte que en el caso particular se actualizan dos cuestiones de orden preferente que impiden entrar al estudio de fondo del asunto y obligan a reponer el procedimiento de primera instancia; una consiste en garantizar el debido proceso legal al inculpado como persona *indígena* y otra, en repararle su derecho a que se le admita una prueba esencial ofrecida en su defensa.

Así las cosas, al suplirse los motivos de agravio expresados por la defensa oficial del inculpado, en términos de lo previsto por el numeral 415 de la Ley instrumental de la materia y fuero vigente, se advierte que en el caso no se garantizó un debido proceso legal para una persona indígena que se encuentra inculpada y no se le admitió una prueba legalmente ofrecida, como se verá a continuación.

A) DEBIDO PROCESO DE UNA PERSONA INDÍGENA QUE ES INCULPADA POR UN DELITO

En primer lugar, es importante mencionar que conforme a la circular 23/2016, emitida por el Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México, de 3 tres de mayo de 2016 dos mil dieciséis, se hizo del conocimiento a los órganos judiciales del propio Tribunal, entre otras cosas, que para dar cumplimiento al artículo 1o. constitucional, es decir, promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, respecto a los grupos "vulnerabilizados", se hicieron diversas precisiones; entre ellas destaca el punto 3, que textualmente dice lo siguiente:

> […] 3. Las personas, pueblos y comunidades indígenas conforman una red y entramado social importante y esencial para el país, quienes tienen derecho a la libre determinación y autonomía, por lo que deben ser reconocidos y respetados sus derechos, bajo parámetros del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomando en cuenta la lengua, las especificidades culturales de las comunidades indígenas originarios de los pueblos; sin pasar por alto su condición de marginación, de exclusión social o grado de vulneración a la que histórica y tradicionalmente han sido sometidos, lo que se traduce en que, a pesar de hablar el español, tienen derecho a contar con un intérprete de la lengua del grupo o comunidad a la que pertenecen o se autoadscriban, en respeto a los derechos humanos de debido proceso y adecuado acceso a la justicia. […]

En ese contexto, es relevante tomar en cuenta para garantizar los derechos previstos en el artículo 1o. constitucional, respecto de las personas indígenas un debido proceso y adecuado acceso a la justicia, *a pesar de que éstos hablen español*; lo cual se protege de manera efectiva cuando se les garantiza el derecho a contar con un intérprete de la lengua del grupo o comunidad a la que pertenecen o a la que se autoadscriban.

Es importante mencionar que en esa circular, se encuentra un contenido mínimo de derechos que le asisten a toda persona indígena, cuando se encuentra inculpada en un procedimiento penal, pues en dicho documento únicamente se hace alusión al derecho de contar con un intérprete de la lengua o comunidad a la que pertenezca el indiciado o a la que se autoadscriba, no obstante que hable el español.

Sin embargo, la jurisprudencia mexicana en ese tema ha destacado el núcleo de derechos que le asisten a una persona indígena, declarada inculpada por un delito, por ende, para comprender cabalmente cuáles son todos esos derechos, dicha circular debe complementarse con los criterios mencionados, donde primero se encuentran las bases para advertir quién puede ser considerado indígena, cuáles son los criterios rectores para ello, los dictámenes que se necesitan para confirmarlo, los derechos específicos con que cuenta como contar con un intérprete y abogado, pero que conozcan su lengua y cultura, los momentos en que este reconocimiento puede darse y sus efectos cuando no se garantizan esos derechos, entre otros aspectos, como podrá verse enseguida:

Calidad de persona indígena

En efecto, por un lado, es importante señalar que el criterio determinante para establecer cuándo una persona es indígena, se traduce en la *autoconciencia* o *autoadscripción* a determinado pueblo o comunidad cultural**.**

En ese sentido, será persona indígena quien se autoadscriba y reconozca a sí mismo como tal; lo cual implica asumir como propios los rasgos sociales y las pautas culturales, que caracterizan a los miembros de las comunidades indígenas.

En esa línea de ideas, debe decirse que la autoadscripción es un acto voluntario de personas que, teniendo un vínculo cultural, histórico, político, lingüístico o de otro tipo, deciden identificarse como miembros de un

pueblo indígena reconocido por el Estado mexicano; es pues, una manifestación de identidad y expresión de pertenencia cultural que no depende de la anuencia del Estado o de algún proceso para su reconocimiento.[2]

Por esas razones, cuando una persona tiene conexión con determinado pueblo indígena y se autoascribe voluntariamente al mismo, debe considerarse una persona indígena.

Por ello, debe precisarse que la Constitución Federal adjunta a la condición de ser indígena, derechos variados, algunos de contenido *lingüístico específico,* pero como la mayoría carecen de él, la autoconciencia o autoadscripción como indígena, *no permitirían definir esa calidad en base a la competencia monolingüe* en lengua indígena.

En esas condiciones, el derecho a que se tomen en consideración las costumbres y especificidades propias de los indígenas en los juicios y procedimientos en que sean parte, no es de contenido lingüístico, es decir, no se determina en base únicamente a la lengua que hablan.[3]

En esa medida, es incorrecto afirmar que la protección constitucional que obliga a tener en cuenta las costumbres y especificidades culturales de las personas indígenas en los juicios y procedimientos en que sean parte, *sólo resulta aplicable para quienes hablan una lengua indígena y además no entienden ni hablan español.*

Consecuentemente, definir la calidad de "indígena" a partir del criterio de la competencia monolingüe en lengua indígena es incompatible con la garantía de derechos constitucionales, como la de recibir

2 Apoya esa decisión la tesis CCCXXX/2014 (10a.), con registro 2007560, que proviene de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 611, de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 11, de Octubre de 2014, Tomo I, décima época, de rubro: "Personas indígenas. Los efectos o consecuencias jurídicas de su autoadscripción pueden modularse".

3 Es ilustrativa sobre el tema la tesis 1a./J. 115/2013 (10a.), con registro 2005029, que proviene de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 281 de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 1, de diciembre de 2013, Tomo I, décima época de rubro: "Personas indígenas. Grado de relevancia del conocimiento del español para la aplicación de las previsiones del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

una educación adecuada o de gozar de lo esencial para incorporarse igualitariamente al sistema productivo.

Por tanto, con independencia de que una persona hable dos lenguas, una de ellas el *español*, no por ello pierde la protección constitucional a que se ha hecho referencia.

Respalda esa consideración la tesis de jurisprudencia 1a./J. 114/2013 (10a.), con registro 2005028, que proviene de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 280, de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 1, de diciembre de 2013, tomo I, de rubro y contenido siguiente:

> Personas indígenas bilingües o multilingües. Ámbito subjetivo de aplicación del artículo 2o., Apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ya esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada 1a. CCVIII/2009, publicada en la página 293 del Tomo XXX, diciembre de 2009, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, ha dicho que *es incorrecto afirmar que la citada previsión constitucional que obliga a tener en cuenta las costumbres y especificidades culturales de las personas indígenas en los juicios y procedimientos en que sean parte, sólo resulta aplicable para quienes hablan una lengua indígena y además no entienden ni hablan español*. Al respecto, se reitera que, por el contrario, la persona indígena, cuyos derechos tutela la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *es paradigmáticamente la persona multilingüe*, que tiene derecho a obtener del Estado, tanto el apoyo necesario para poder vivir plenamente en su lengua materna como el necesario para acceder a una comunidad política más amplia mediante el conocimiento de la referida lengua. Así, definir lo *"indígena" a partir del criterio de la competencia monolingüe en lengua indígena sería incompatible con la garantía de derechos constitucionales como la de recibir una educación adecuada o de gozar de lo esencial para incorporarse igualitariamente al sistema productivo.* Tan incompatibles con la Constitución Federal son las políticas asimilacionistas tradicionales, que perseguían la desaparición de las lenguas indígenas, desconocían el derecho de las

personas a transmitirlas y usarlas privada y públicamente, y convertían la condición de hablante de lengua indígena en un *locus* permanente de discriminación y subordinación, como lo sería ahora una política que condicionara el mantenimiento de la autodefinición como persona indígena al hecho de no conocer el español. *A nivel individual, ello implicaría condenar a las personas indígenas a la desventaja que la totalidad de las previsiones del artículo 2o. constitucional está destinada centralmente a erradicar*, mientras que, a nivel colectivo, dejaría sin ámbito de aplicación todas las disposiciones que se refieren a comunidades y pueblos indígenas (que no son monolingües) y convertiría a dicho precepto en un ejercicio expresivo, sin potencial jurídico transformativo real.

Amparo directo 36/2012. 28 de noviembre de 2012. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Jaime Santana Turral, José Díaz de León Cruz, Jorge Antonio Medina Gaona, Jorge Roberto Ordóñez Escobar y Julio Veredín Sena Velázquez. Amparo en revisión 450/2012. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos por lo que se refiere a la concesión del amparo; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz reservaron su derecho para formular voto concurrente. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Jorge Roberto Ordóñez Escobar, José Díaz de León Cruz, Jorge Antonio Medina Gaona, Jaime Santana Turral y Julio Veredín Sena Velázquez. Amparo directo 47/2011. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Julio Veredín Sena Velázquez, José Díaz de León Cruz, Jorge Antonio Medina Gaona, Jorge Roberto Ordóñez Escobar y Jaime Santana Turral. Amparo directo 50/2012. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos por lo que se refiere a la concesión del amparo; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz reservaron su derecho para formular voto concurrente. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretarios: José Díaz de León Cruz, Jorge Antonio Medina Gaona, Jorge Roberto Ordóñez Escobar, Jaime Santana Turral y Julio Veredín Sena Velázquez. Amparo directo 54/2011. 30 de enero de 2013. Cinco votos por lo que se refiere a la concesión del amparo; José Ramón Cossío Díaz reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: Alfredo

Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Juan José Ruiz Carreón, José Díaz de León Cruz, Jorge Roberto Ordóñez Escobar, Jaime Santana Turral y Julio Veredín Sena Velázquez. Tesis de jurisprudencia 114/2013 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de treinta de octubre de dos mil trece. Esta tesis se publicó el viernes 6 de diciembre de 2013 a las 06:00 horas en el *Semanario Judicial de la Federación* y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 9 de diciembre de 2013, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

En ese orden de pensamiento, si el inculpado desde la averiguación previa manifestó ser originario de Oaxaca y en la preinstrucción se autoadscribió a la cultura mixteca, es evidente, que cuenta con la calidad de persona indígena dentro de este procedimiento penal, como se precisará más adelante.

Momento en que debe realizarse la autoadscripción del inculpado como persona indígena

Con el propósito de evitar excesos, fraudes a la ley e inseguridad jurídica para la víctima u ofendido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que la autoadscripción como persona indígena, a fin de ser eficaz y activar a su favor la serie de prerrogativas fundamentales, *debe realizarse en las primeras etapas del procedimiento* de averiguación previa *o bien durante la fase de preinstrucción de la causa,* porque de lo contrario dicha manifestación no detentaría la fuerza suficiente a fin de ordenar la reposición del procedimiento penal respectivo.

Luego, la consecuencia que se deriva de ese reconocimiento como persona indígena en las primeras etapas del procedimiento, consiste en ordenar la reposición del proceso cuando se haya llevado el juicio sin la asistencia de un intérprete y defensor, con conocimiento específico de la cultura y lengua del inculpado indígena.

Sirve de respaldo a lo anterior la tesis de jurisprudencia 1a./J. 58/2013 (10a.), con registro 2005027, que proviene de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 278, de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 1, de diciembre de 2013, tomo I, décima época, de rubro y texto siguientes:

Persona indígena. Para que sea eficaz la "autoadscripción" de un sujeto a una comunidad indígena, debe realizarse durante la averiguación previa o la preinstrucción de la causa**.** Los conceptos de "persona indígena" o "pueblo indígena" empleados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, si bien tienen un significado de sustrato esencialmente antropológico y sociológico, lo cierto es que también poseen uno jurídico tendente a identificar a los destinatarios de las prerrogativas que la Ley Fundamental establece en favor de dicho sector. Por ende, este alto tribunal determina que la "autoconciencia" o la "autoadscripción" realizada por el propio sujeto, debe ser el criterio determinante para establecer cuándo una persona es indígena. De esta forma, será persona indígena quien se autoadscriba y reconozca a sí mismo como tal, lo cual implica asumir como propios los rasgos sociales y las pautas culturales que caracterizan a los miembros de las comunidades indígenas. Circunstancia que no deviene ilegal ni arbitraria, mucho menos ambigua o imprecisa, al ser congruente con el artículo 2o., párrafo tercero, constitucional, el cual establece: "La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas."; además es acorde con los criterios utilizados en el ámbito internacional, como es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Sin embargo, a fin de evitar excesos, fraudes a la ley e inseguridad jurídica contra la víctima u ofendido, para que sea eficaz la autoadscripción de un sujeto a una comunidad indígena, ésta debe realizarse en las primeras etapas del proceso penal, esto es, ya sea ante el Ministerio Público en el procedimiento de averi-

guación previa, o bien, durante la fase de preinstrucción de la causa (referido a aquellos sistemas procesales en donde aún no se haya establecido la vigencia del modelo acusatorio). De ahí que, en caso de que dicha calidad específica de indígena hubiese sido manifestada durante las fases procesales de instrucción, primera o segunda instancias, e incluso ante el tribunal colegiado de circuito que conozca del eventual amparo directo interpuesto contra el fallo definitivo, dicha manifestación no tendrá la fuerza suficiente para ordenar la reposición del procedimiento penal respectivo.

Amparo directo 50/2012. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos en cuanto a la concesión del amparo y mayoría de tres votos por lo que se refiere a sus efectos. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quienes reservaron su derecho a formular voto de minoría; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz reservaron su derecho a formular voto concurrente. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretarios: José Díaz de León Cruz, Jorge Antonio Medina Gaona, Jorge Roberto Ordóñez Escobar, Jaime Santana Turral y Julio Veredín Sena Velázquez. Amparo directo 47/2011. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos en cuanto a la concesión del amparo y mayoría de tres votos por lo que se refiere a sus efectos. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quienes reservaron su derecho a formular voto de minoría; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz reservaron su derecho a formular voto concurrente. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Julio Veredín Sena Velázquez, José Díaz de León Cruz, Jorge Antonio Medina Gaona, Jorge Roberto Ordóñez Escobar y Jaime Santana Turral. Amparo en revisión 450/2012. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos en cuanto a la concesión del amparo y mayoría de tres votos por lo que se refiere a sus efectos. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quienes reservaron su derecho a formular voto de minoría; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz reservaron su derecho a formular voto concurrente. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Jorge Roberto Ordóñez Escobar, José Díaz de

León Cruz, Jorge Antonio Medina Gaona, Jaime Santana Turral y Julio Veredín Sena Velázquez. Amparo directo 59/2011. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos en cuanto a la concesión del amparo y mayoría de tres votos por lo que se refiere a sus efectos. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quienes reservaron su derecho a formular voto de minoría; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz reservaron su derecho a formular voto concurrente. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Jaime Santana Turral, José Díaz de León Cruz, Jorge Antonio Medina Gaona, Jorge Roberto Ordóñez Escobar y Julio Veredín Sena Velázquez. Amparo directo 54/2011. 30 de enero de 2013. Cinco votos en cuanto a la concesión del amparo y mayoría de tres votos por lo que se refiere a sus efectos. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quienes reservaron su derecho a formular voto de minoría; José Ramón Cossío Díaz reservó su derecho a formular voto concurrente. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Juan José Ruiz Carreón, Jaime Santana Turral, José Díaz de León Cruz, Jorge Roberto Ordóñez Escobar y Julio Veredín Sena Velázquez. Tesis de jurisprudencia 58/2013 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veintidós de mayo de dos mil trece. Esta tesis se publicó el viernes 6 de diciembre de 2013 a las 06:00 horas en el *Semanario Judicial de la Federación* y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 9 de diciembre de 2013, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

En esa línea de pensamiento, debe quedar claro por un lado que la calidad de indígena debe identificarse desde las primeras etapas del procedimiento, para asegurar como derechos esenciales primarios al inculpado indígena, que cuenta con un *traductor y defensor, pero que conozcan la lengua y cultura respectiva*, de manera que cuando esos derechos no se garantizan existe una violación a las leyes que rigen el procedimiento penal.

Por ende, si como sucede en el caso particular, jamás se le nombró en la preinstrucción del proceso al inculpado quien se autoadscribió como indígena, un defensor que conociera la lengua y cultura "mixteca", es evidente la violación procesal en que se incurrió, como se verá más adelante.

Tipo de perito traductor que debe nombrarse

Es de relevancia señalar que no en todos los casos se admite la posibilidad de nombrar un perito práctico, tratándose de indígenas, pues existe todo un procedimiento que debe observarse, para designarlos en esta materia.

En efecto, es bien sabido que en razón de la variedad de leguas prehispánicas que se hablan en México, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha reconocido que es complicado encontrar un intérprete oficial que domine la variante del idioma y cultura de una persona indígena.

En ese sentido, se ha permitido que sólo en algunos casos se nombren "peritos prácticos"; no obstante, ello no implica que en todos los casos pueda fungir como tal, cualquier persona que diga conocer el idioma y la cultura de aquél, ya que se busca que los intérpretes sean profesionales respaldados o certificados por alguna institución oficial.

Por lógica consecuencia, existe un procedimiento para que la autoridad pueda nombrar un perito práctico; el cual, a saber es:

1. Primero, se debe requerir a las instituciones oficiales, ya sean estatales o federales, que asignen a un intérprete certificado, el cual incluso podrá asistir al inculpado por medios electrónicos.

2. En caso de que se haya intentado por todos los medios encontrar a un perito profesional, pero ninguna institución resuelva favorablemente su solicitud, puede nombrarse un perito práctico que esté respaldado por la comunidad o que tenga algún tipo de certificado institucional; y,

3. Si se justifica y demuestra que no pudo obtenerse algún intérprete respaldado por la comunidad o por algún tipo de certificado, se autoriza nombrar a un perito del que se tengan elementos para determinar que conoce el idioma y la cultura de la persona indígena, ya sea porque pertenece a la misma comunidad o tiene un referente de relación con dicha cultura e idioma. En este último caso, es fundamental que la autoridad tenga certeza absoluta de que el intérprete, además, habla español.

Esas consideraciones pueden consultarse en la Tesis 1a. CCC-VIII/2014 (10a.), con registro 2007340, que proviene de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 587, de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, de septiembre de 2014, tomo I, décima época, de rubro y texto siguientes:

> Perito práctico en lenguas indígenas. Procedimiento que deben seguir las autoridades judiciales o ministeriales para designarlo**.** En virtud de la variedad de lenguas prehispánicas que se hablan en México, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que en muchos casos resulta complicado encontrar un intérprete oficial que domine la variante del idioma y de la cultura de una persona indígena que es parte en un juicio o procedimiento; por ello, se permite que en algunos casos se nombren "peritos prácticos". Sin embargo, lo anterior no implica que en todos los casos pueda fungir como tal cualquier persona que diga conocer el idioma y la cultura de aquél, pues se busca que los intérpretes sean profesionales respaldados o certificados por alguna institución oficial. Así, para que las autoridades judiciales o ministeriales nombren a un perito práctico, es necesario que cumplan con el siguiente procedimiento: 1) deben requerir a las instituciones oficiales, ya sean estatales o federales, que asignen a un intérprete certificado, el cual incluso podrá asistir al inculpado por medios electrónicos; 2) en caso de que se haya intentado por todos los medios encontrar a un perito profesional pero ninguna institución resuelva favorablemente su solicitud, puede nombrarse un perito práctico que esté respaldado por la comunidad o que tenga algún tipo

de certificado institucional; y, 3) si se justifica y demuestra que no pudo obtenerse algún intérprete respaldado por la comunidad o por algún tipo de certificado, se autoriza nombrar a un perito del que se tengan elementos para determinar que conoce el idioma y la cultura de la persona indígena, ya sea porque pertenece a la misma comunidad o tiene un referente de relación con dicha cultura e idioma. En este último caso, es fundamental que la autoridad tenga certeza absoluta de que el intérprete, además, habla español.

Amparo directo en revisión 2954/2013. Rodolfo Santos Carrasco. 28 de mayo de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. Esta tesis se publicó el viernes 5 de septiembre de 2014 a las 9:30 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

Sobre este tema debe destacarse que incluso en la circular número 23/2016, de fecha 3 de mayo de 2016, del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, en el punto 7, se estableció que el Poder Judicial de la Ciudad de México, respecto a los peritos intérpretes y/o traductores en lenguas indígenas, suscribió un convenio de colaboración con distintas instituciones, a fin de brindar el apoyo necesario a los órganos jurisdiccionales; especificando los correos y número telefónicos de contacto; incluso se hizo del conocimiento de que se contaba con el apoyo interinstitucional que brindaba la Comisión Nacional de Desarrollo de los Pueblos Indígenas, dando su dirección y teléfonos de contacto.

Ahora, en el caso particular, desde la preinstrucción se nombró como perito traductora de lengua mixteca, a Reyna Hermelinda Á. Q., quien pertenece a la Organización de Traductores, Intérpretes Interculturales y Gestores en Lenguas Indígenas, Asociación Civil; por ende, como se advierte que dicha persona además habla español, se tienen plena cer-

teza de sus conocimientos en esa materia para poder asistir al inculpado en el procedimiento penal.

Recopilación oficiosa de elementos para determinar las costumbres y especificidades culturales

Es importante señalar que cuando se tiene a una persona indígena con carácter de inculpado, para hacer efectivo su derecho de pleno acceso a la jurisdicción, la recopilación oficiosa de elementos que permitan valorar sus costumbres y especificidades culturales, forman parte de las formalidades del procedimiento, de manera que cuando se omite recabarlos, ello se traduce en una violación a las leyes que rigen el procedimiento penal.

Efectivamente, de conformidad con lo señalado en el artículo 2o. constitucional, las comunidades indígenas tienen derecho al pleno acceso a la jurisdicción, de manera que para garantizarlo, deben tomarse en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, teniendo en todo tiempo el derecho a ser asistidos, tanto por intérpretes como por defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura; de esa manera, el Estado es quien tiene el deber de garantizarlos y no el inculpado indígena renunciar al reconocimiento de sus especificidades, costumbres y cultura.

En consecuencia, cuando a un inculpado se le reconoce la calidad de indígena, tiene derecho, entre otros:

a) Expresarse en su propio idioma ante el órgano jurisdiccional que lo está juzgando y a que éste le designe un intérprete traductor durante del juicio.

b) Ser asistido por un defensor con conocimiento de su lengua y cultura; y

c) Que sus costumbres y especificidades culturales sean reconocidas y ponderadas por el juzgador, quien tiene obligación de allegarse, para

la toma de decisiones, de las periciales antropológicas, culturales, y jurídico-antropológicas.

Incluso se puede apoyar en opiniones de miembros de la comunidad indígena con reconocido prestigio en el conocimiento de usos y costumbres de su comunidad o cualquier otro medio que permita adquirir esa información, necesaria para emitir sentencia.

Estos derechos deben ser garantizados antes de emitirse sentencia, para hacer tangible el derecho de igualdad formal del derecho estatal; porque sólo así el inculpado sabrá y entenderá en la lengua o el idioma en que hable y comprenda, la naturaleza de la acusación, el hecho punible que se le atribuye y podrá defenderse al tener una comunicación clara y expedita con su defensor, testigos, órgano acusador y el tribunal que lo juzgue.

En esas condiciones, es evidente que para garantizar un debido proceso legal a un inculpado indígena, garantizarlo un efectivo acceso a la justicia y hacer efectivos sus derechos de igualdad, se le debe proveer, entre otras cosas, tanto de un intérprete como de un abogado, que tengan conocimiento de su lengua y cultura, pero además deben recabarse dictámenes periciales antropológicos, culturales y jurídico-antropológicos, así como opiniones de miembros de la comunidad indígena con reconocido prestigio en el conocimiento de los usos y costumbres de la comunidad, los cuales deben ser recabados antes de dictarse sentencia.

Es relevante subrayar que en las sentencias de los casos *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el Estado Mexicano incumplió con su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en términos de los artículos 8, numeral 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1, numeral 1, del mismo instrumento, toda vez que en ambos casos las autoridades estatales fueron omisas en tomar en cuenta la situación de vulnerabilidad de las personas referidas, basadas en su idioma y etnicidad.

Por consiguiente, no cabe duda que deben garantizarse esos derechos a favor de todo inculpado indígena, para no quebrantar un debido proceso.

Por lo tanto, si en el caso particular la Juez del conocimiento no recabó oficiosamente desde la preinstrucción, información para determinar las costumbres y especificidades culturales, del "mixteco", si no recabó un defensor con conocimiento en esa lengua y cultura, si no mandó practicar periciales antropológicas y culturales, ni mandó recabar opiniones de miembros de la comunidad indígena mixteca, con reconocido prestigio en el conocimiento de usos y costumbres de su comunidad, es evidente la violación procesal en que se incurrió en primera instancia.

Lo anterior encuentra fundamento en la tesis I.6o.P.35 P (10a.), con registro 2003595, que proviene de los Tribunales Colegiados de Circuito, consultable en la página 1830, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XX, mayo de 2013, tomo 3, décima época, de rubro siguiente:

> Indígena con carácter de inculpado. La recopilación oficiosa de aquellos elementos que permitan valorar sus costumbres y especificidades culturales para hacer efectivo su derecho al pleno acceso a la jurisdicción, es parte de las formalidades del procedimiento, por lo que la omisión del juzgador de llevarla a cabo constituye una violación a las leyes esenciales de éste que afecta a las defensas de aquél. Conforme al artículo 2o., apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los pueblos y las comunidades indígenas tienen derecho al pleno acceso a la jurisdicción del Estado, y para garantizarlo en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, deberán tomarse en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, teniendo en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura; por tanto, el Estado es quien tiene la obligación de garantizar un plano de igualdad entre las normas y las especificidades de la persona indígena sometida a su jurisdicción, y no ésta quien deba renunciar al reconocimiento de sus especificidades, costum-

bres y cultura, en la aplicación de las leyes estatales. En ese tenor, cuando opera el acceso de la jurisdicción estatal para conocer de un asunto penal, y el inculpado tiene reconocida su calidad de indígena goza, entre otros, de los siguientes derechos: *a)* expresarse en su propio idioma ante el órgano jurisdiccional que lo está juzgando y a que éste le designe un intérprete-traductor durante la tramitación del juicio; *b)* ser asistido por un defensor con conocimiento de su lengua y cultura y, *c)* que sus costumbres y especificidades culturales sean reconocidas y ponderadas por el juzgador, quien tiene la obligación de allegarse, para la toma de decisiones, de las periciales antropológicas, culturales, y jurídico-antropológicas pertinentes, apoyándose, incluso, en las opiniones de miembros de la comunidad indígena con reconocido prestigio en el conocimiento de los usos y costumbres de su comunidad, o de cualquier otro medio que le permita adquirir esa información y que resulte necesaria para emitir sentencia; derechos que deben ser garantizados antes de dictarse ésta, pues sólo así es tangible el principio de igualdad formal del derecho estatal, ante la desigualdad de facto que se presenta entre la comunidad indígena y el resto de la composición pluricultural que forma la Nación Mexicana. De ahí que la recopilación oficiosa de aquellos elementos que permitan valorar las costumbres y especificidades culturales de los indígenas para hacer efectivos los mencionados derechos sea parte de las formalidades esenciales del procedimiento, pues con su operatividad, el inculpado sabrá y entenderá —en la lengua o idioma que hable y comprenda— la naturaleza de la acusación, el hecho punible que se le atribuye y podrá defenderse al tener una comunicación clara y expedita con su defensor, los testigos, el órgano acusador y el tribunal que lo está juzgando. Consecuentemente, conforme al artículo 160, fracciones II, VI y XVII, de la Ley de Amparo, la omisión del juzgador de allegarse de esos elementos para hacer efectivos dichos derechos indígenas constituye una violación a las leyes del procedimiento que afecta las defensas del inculpado.

Sexto Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito. Amparo directo 391/2012. 6 de diciembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Lara Hernández. Secretario: Gerardo Flores Zavala.

También respalda esas consideraciones la tesis P. XVII/2015 (10a.), con registro 2009995, que emana del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 232, de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 22, de septiembre de 2015, tomo I, décima época, de rubro y texto, siguientes:

> Acceso a la tutela jurisdiccional efectiva. Forma de garantizar el derecho humano relativo tratándose de personas indígenas. En las sentencias de los casos "Fernández Ortega" y "Rosendo Cantú", la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el Estado Mexicano incumplió con su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en términos de los artículos 8, numeral 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1, numeral 1, del mismo instrumento, toda vez que en ambos casos las autoridades estatales fueron omisas en tomar en cuenta la situación de vulnerabilidad de las personas referidas, basadas en su idioma y etnicidad. En ese contexto, en aras de garantizar el referido derecho humano tratándose de personas indígenas, resulta indispensable que el Estado Mexicano les asegure la provisión de un intérprete y les brinde apoyo en consideración a sus circunstancias de especial vulnerabilidad. En efecto, el estándar para analizar si existió acceso pleno a la jurisdicción del Estado, tratándose de personas indígenas vinculadas a un proceso, no es igual al que es aplicable en cualquier proceso judicial, en virtud de que sus especificidades culturales obligan a todas las autoridades a implementar y conducir procesos susceptibles de tutelar sus derechos, eliminar las barreras lingüísticas existentes y dar certeza al contenido de la interpretación. En ese sentido, conforme al parámetro de la regularidad constitucional, el Estado Mexicano debe garantizar el derecho fundamental de las personas indígenas a contar con un acceso pleno a la tutela jurisdiccional, para lo cual debe implementar y conducir procesos sensibles a tales particularidades en los que, desde luego, se consideren sus costumbres y especificidades culturales, así como que en todo tiempo sean asistidos por intérpretes que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

Varios 1396/2011. 11 de mayo de 2015. Mayoría de ocho votos de los Ministros José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Juan N. Silva Meza, Eduardo Medina Mora I., Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Alberto Pérez Dayán y Luis María Aguilar Morales; votó en contra José Ramón Cossío Díaz. Ausentes: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Isidro E. Muñoz Acevedo. El Tribunal Pleno, el siete de septiembre en curso, aprobó, con el número XVII/2015 (10a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a siete de septiembre de dos mil quince. Esta tesis se publicó el viernes 25 de septiembre de 2015 a las 10:30 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

En esa línea de argumentos, debe mencionarse que si desde la declaración preparatoria no se nombra un defensor que conozcan la lengua y cultura, en este caso mixteca, ni se recaba información, ni los dictámenes y opiniones especializadas, para que asistan al inculpado, durante la tramitación del proceso penal, se viola el artículo 2o., apartado A, fracción VIII, primer párrafo, último supuesto, de la Constitución Federal; y se actualiza una infracción al procedimiento penal.

La trascendencia de la protección de ese derecho de asistencia es trascendente, porque al comunicarse exclusivamente en su lengua originaria, obviamente desconoce la trascendencia jurídica del hecho que se le atribuye; y de ahí la necesidad de que su defensor cuente con los conocimientos idóneos para explicarle la diferencia entre su cultura y la existencia fuera de su área de desarrollo y convivencia diaria.

Lo anterior encuentra fundamento en la tesis XIII.P.A.22 P, con registro 163180, que proviene de los Tribunales Colegiados de Circuito, consultable en la página 3175, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIII, de enero de 2011, décima época, de voz y texto siguientes:

Defensa adecuada de indígenas monolingües. Si desde su declaración preparatoria no se nombra un intérprete y un defensor que conozcan su lengua y cultura para que los asistan durante la tramitación del proceso penal, se viola en su perjuicio el artículo 2o., Apartado A, fracción VIII, primer párrafo, último supuesto, de la Constitución Federal y se actualiza una infracción al procedimiento en términos del artículo 160, fracciones II y IV, de la Ley de Amparo que amerita su reposición (legislación del estado de Oaxaca). En términos del artículo 2o., apartado A, fracción VIII, primer párrafo, último supuesto, de la Carta Magna, en relación con los numerales 32, primer párrafo, de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas y 146, primer párrafo, del Código de Procedimientos Penales, ambos para el Estado de Oaxaca, constituye una garantía constitucional de toda persona indígena monolingüe, contar en todo tiempo con un intérprete y defensor que conozca su lengua y cultura en todos los juicios y procedimientos en que sea parte, pues al comunicarse exclusivamente en su lengua originaria, obviamente desconoce la trascendencia jurídica del hecho que se le atribuye, de ahí la necesidad de que su defensor cuente con los conocimientos idóneos para explicarle la diferencia entre su cultura y la existente fuera de su área de desarrollo y convivencia diaria; por consiguiente, si desde su declaración preparatoria no se nombra para la persona indígena monolingüe, un intérprete y un defensor que conozcan su lengua y cultura para que lo asistan durante todo el tiempo de la tramitación del proceso penal, se viola en su perjuicio aquella norma constitucional, actualizándose también las infracciones al procedimiento previstas en el artículo 160, fracciones II y IV, de la Ley de Amparo, concernientes al nombramiento de defensor y a la práctica de diligencias en forma distinta a la prevenida por la ley, lo que trae como consecuencia la reposición del procedimiento penal.

Tribunal Colegiado en Materias penal y administrativa del Décimo Tercer Circuito. Amparo directo 472/2009. 24 de febrero de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Sergio González Bernabé. Secretario: Héctor Lázaro Guzmán.

Caso particular

Ahora bien, en este caso, este Tribunal de segunda instancia advierte que las constancias de la causa penal de origen permiten advertir que, desde la averiguación previa se tiene noticia de que el inculpado era originario del estado de Oaxaca y manifestó tener veintiún días que había llegado a la Ciudad de México proveniente de aquel estado, sin domicilio en el Distrito Federal, tal como se desprende del informe de policía y *modus vivendi* (foja 30, causa).

En otras palabras, en este caso, desde la averiguación previa, aunque en ese momento el inculpado no se hubiera autoasdcrito como perteneciente a la cultura mixteca, con todas sus palabras, se contaba con datos que permitían suponer que el inculpado era precisamente una persona indígena, pues es de explorado derecho que ese conocimiento se puede obtener cuando proporciona sus datos generales ante el Ministerio Público, como su lugar de origen, lo cual genera sospecha de que pertenece a algún grupo étnico indígena y da pauta a que se inicie la investigación correspondiente, a fin de garantizar los derechos que a su favor consagra el artículo 2o. de la Constitución Federal.

Ilustra este tema la tesis (VIII Región)2o.2 P (10a.), con registro 2006714, que proviene de los Tribunales Colegiados de Circuito, consultable en la página 1789, de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 7, junio de 2014, tomo II, décima época, de rubro siguiente: "Persona indígena con carácter de indiciado. Aun cuando no realice su autoadscripción, los datos generales que proporcione en su primera declaración ante el Ministerio Público, como sus apellidos y lugar de origen o residencia, pueden generar sospecha de que pertenece a algún grupo étnico indígena y dan pauta a que se inicie la investigación correspondiente, a fin de garantizar los derechos que a su favor consagra el artículo 2o. de la Constitución Federal".

Asimismo, es relevante señalar que dentro de la averiguación previa se nombró a un perito intérprete traductor en lengua "mixteca", de nombre Oswaldo C. L., quien se identificó con credencial de la Organización de Traductores, Intérpretes Interculturales y Gestores de Lenguas Indígenas, Asociación Civil, quien expresó que protestaba el cargo para asistir al defensor público del inculpado (foja 54 y 55).

Asimismo, desde la indagatoria, se le nombró al defensor de oficio licenciado Ignacio G. R., quien es originario de la Ciudad de México (foja 57), quien se auxiliaría del perito intérprete Oswaldo C. L., de lengua mixteca, para mayor entendimiento y comprensión de los hechos por parte del inculpado.

Inclusive, no debe dejarse de lado que en la declaración ministerial del inculpado en la parte de sus datos personales, en lo relativo a si pertenecía a un grupo étnico o indígena, extrañamente se puso "no aplica", no obstante que ya se le había nombrado un perito traductor en su lengua mixteca y se sabía que era originario de Oaxaca.

No obstante que la reposición del procedimiento penal no puede hacerse hasta la averiguación, debe señalarse que no consta en esa actuación que dicho defensor de oficio nombrado conociera, hablara o entendiera la cultura y lengua mixteca.

Por ello, lo relevante de esos precedentes, es que dan cuenta que desde la indagatoria se tenía pleno conocimiento de que el inculpado pertenecía a una comunidad indígena y su lengua era el "mixteco".

En suma, se aprecia que también desde la indagatoria se solicitó a …, en su calidad de presidente del Consejo Directivo de la Organización de Traductores, Intérpretes Interculturales y Gestores en Lenguas Indígenas, la intervención de perito cultural en la lengua mixteca, para que emitiera estudio cultural, así como sobre usos y costumbres de la lengua mixteca del Pueblo de Santiago Xalmiltepec (foja 63, causa); y así se hizo.

Sin duda, dicho dictamen cultural se recabó (foja 79 a 110, causa);

en lo que interesa se determinó que con apoyo del perito intérprete-traductor, en lengua mixteca, que:

El inculpado es *indígena mixteco* de la localidad de Santiago Tetepec, municipio del mismo nombre, del estado de Oaxaca; esta zona corresponde al área geográfica y cultural mixteco, y pertenece al pueblo indígena "TU' UN DA'VI o MIXTECO".

Su lengua materna es "TU´ ÚN DA´VI o MIXTECA", de la familia OTO-MANGUE; lo habla de manera coloquial con bastante fluidez, se le dificulta entender términos jurídicos utilizados en las diligencias; es necesario que las autoridades, y todos los que intervienen en el caso, le expliquen estos términos con palabras sencillas, en lenguaje coloquial, o en su caso que lo asista un intérprete traductor que conozca su lengua mixteca para que pueda hacerse entender.

Ha trasladado su patrón de conducta de su lugar de origen a la Ciudad de México, pero también ha adquirido costumbres ajenas a su comunidad de origen, al llegar desde hace seis años, sobre todo porque trabaja en la zona del centro de la Ciudad donde existen y conviven personas de orígenes diversos.

De acuerdo con los sistemas normativos que rigen la vida de los habitantes de Santiago Tetepec, Oaxaca, el delito de lesiones dolosas con arma blanca que se le atribuye a JUAN CARLOS o ANTONIO ALBERTO, no forma parte del sistema normativo interno o usos y costumbres del pueblo mixteco al que pertenece.

En la comunidad de origen, la autoridad daría prioridad a la reparación del daño y reconciliación de las partes, la sanción aplicable a JUAN CARLOS o ANTONIO ALBERTO sería multa de cien a quinientos pesos o trabajo comunitario de uno a dos días, sólo sería enviado a prisión si no aceptara su responsabilidad, lo conminaría a conseguir el perdón de la persona agraviada y pagar curaciones.

De acuerdo al artículo 2o. constitucional, 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (OIT); 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; 410 y 420 del Código Nacional de Procedimientos Penales,

165 Bis y 667 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 10 de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas y del Protocolo de actuación para los que imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el 2013, a JUAN CARLOS o ANTONIO ALBERTO, por ser originario del pueblo indígena mixteco, se le debe de tomar en cuenta su sistema normativo interno, usos y costumbres o su equivalente dentro del sistema positivo.

En esas condiciones, no cabe duda que desde la indagatoria, existe base suficiente para advertir que el inculpado es una persona indígena, y pertenece al grupo indígena mixteco.

En la inteligencia de que no se desconoce que en dicha peritación se estableció que el inculpado ha trasladado su patrón de conducta, de su lugar de origen a la Ciudad de México, pero también ha adquirido costumbres ajenas a su comunidad de origen.

Sin embargo, no por el hecho de haber salido de su comunidad y haber adquirido hábitos de la Ciudad de México, pierde sus derechos como indígena de la comunidad mixteca.

En efecto, el caso *Saramanka vs. Surinam,* la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que era posible que *las personas que vivían fuera de la comunidad y habían cambiado sus formas de vida tradicional ejercían los mismos derechos que los que habitan dentro*, siempre y cuando la propia comunidad lo avalara. De acuerdo con este Tribunal, la decisión sobre la pertenencia étnica corresponde sólo al pueblo de Saramanka de conformidad con sus propias costumbres y no al Estado.

Esta consideración puede consultarse en la sentencia de fondo de dicho caso emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultable en la página 51, párrafo 164.

Ahora bien, no obstante todo lo anterior, este Tribunal de Alzada advierte que la Juez del conocimiento desde que recibió la averiguación

previa y calificó la legal detención del citado inculpado, no le nombró defensor con conocimientos de la lengua y cultura, no mandó recabar oficiosamente elementos para determinar las costumbres y especificidades culturales, y no mandó practicar los dictámenes culturales y antropológicos.

En efecto, si desde la averiguación previa se conoce plenamente que el inculpado es una persona indígena autoadscrita a la cultura mixteca, la Juez de la causa debió considerar que necesitaba un perito intérprete desde que se radicó la causa y un defensor con conocimiento de su cultura y lengua, para comprender todos los actos del proceso, incluidos la radicación y calificación de legal detención, incluso la calificación de la detención por ser un acto apelable, debió estar en la conciencia plena del inculpado indígena para saber trascendencia del mismo; de manera que al no garantizarse ese derecho se quebrantó el procedimiento penal.

No se desconoce que la Juez de los autos después de calificar la legal detención, solicitó un perito traductor intérprete en lengua mixteca para que asistiera al inculpado en su declaración preparatoria, de nombre Reyna Hermelinda Á. Q., quien aceptó el cargo y se identificó con credencial expedida por la Organización de Traductores, Intérpretes Interculturales y Gestores en Lenguas Indígenas, Asociación Civil (foja 122, 125, 126, causa).

Sin embargo, como se dijo, desde que se radicó la causa y calificó la legal detención, no se garantizó ese derecho de contar tanto con un perito traductor y un defensor, que conocieron la cultura y lengua mixteca; esto, a pesar de saber desde la averiguación previa y desde el dictamen de cultura que se recabó en la indagatoria, que el inculpado no entiende palabras jurídicas.

En la misma sintonía, si bien se le nombró defensor al inculpado, lo cierto es que ese cargo recayó en el de oficio adscrito al propio juzgado, sin demostrarse jamás que tuviera conocimientos en la lengua y cultura

del inculpado, no se hubiera razonado que contaba con ese conocimiento, puesto que se nombró al licenciado Juan Mario C. C., sin hacerse constar que tuviera esos conocimientos de la cultura y lengua mixteca (foja 129 y 130, causa).

En el mismo contexto, si bien en la declaración preparatoria recabada al inculpado, consta la presencia de la perito traductora en lengua mixteca, lo cierto es que en ese mismo acto compareció el defensor de oficio adscrito al Juzgado, licenciado Juan Mario C. C., sin haber constancia alguna de que conociera la lengua y cultura mixteca, no obstante que en ese momento el inculpado dijo ser originario de Oaxaca, pertenece al grupo mixteco y habla castellano; y, por enseñanzas de sus padres, desde hace veinte años, sabe leer y escribir.

Adicional a lo anterior, en esa diligencia de declaración preparatoria, se solicitó la duplicidad constitucional para recabar la ampliación judicial del inculpado; se aceptó esa prueba; se llevó a cabo esa audiencia de duplicidad, y se desahogó la ampliación citada, pero durante la misma también se le nombró al defensor de oficio adscrito al Juzgado de origen, licenciado Juan Mario C. C. (foja 131 a 134).

Por ello, en esa diligencia de duplicidad constitucional, el inculpado estuvo asistido por el defensor de oficio adscrito al propio Juzgado, de nombre Juan Mario C. C. (foja 137). Sin constar que tuviera conocimientos en lengua y cultura mixteca; lo cual hace evidente la violación procesal en que se incurrió, desde que se radicó la indagatoria en el Juzgado de origen y se extendió a la preinstrucción del proceso.

En esa línea de pensamiento, debe reponerse el procedimiento de primera instancia para que el Juez del conocimiento, desde la radicación y preinstrucción del procedimiento, garantice los derechos humanos de debido proceso al inculpado indígena mixteco, es decir, para que:

a) Recabe desde la radicación de la causa y calificación de legal detención, un perito traductor y defensor, ambos con conocimientos en la

cultura y lengua mixteca, para que asistan al inculpado, para que además lo respalden en toda la preinstrucción y proceso.

b) Recabe de manera oficiosa, antes de decidir la situación jurídica del inculpado, toda la información referente a la determinación de las costumbres y especificidades culturales, del pueblo mixteco; y

c) Recabe dictamen antropológico y jurídico del inculpado, respecto a su autoadscripción a la cultura mixteca.

Para ello, podrá apoyarse en el dictamen existente en cultura mixteca, así como en el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades, y pueblos indígenas, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que es del dominio público.

B) ESTE TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA ADVIERTE UNA DIVERSA VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO PENAL QUE DEJÓ SIN DEFENSA AL INCULPADO

En efecto, en la diligencia de declaración preparatoria la defensa del inculpado solicitó se recabara un dictamen proctológico, para probar su postura de que el denunciante fue quien atacó sexualmente al inculpado el día de los hechos, ya que se quedó dormido en el piso después de tomar cervezas con él; despertó, vio al denunciante sobre su cuerpo, se lo quitó de encima, se incorporó, entró al baño y al salir se dio cuenta que el denunciante estaba tirado sobre el piso sangrando del cuello, ya con los pantalones puestos; refiriendo en todo momento que el lugar era una tienda, bajaron la cortina, era de noche, tomaron; en tanto que en preparatoria ratificó lo anterior (foja 133 y 132).

En el mismo universo, este Tribunal de Alzada advierte que el inculpado en la Audiencia de Vista (foja 34 toca) expresó, asistido de su intérprete traductora en lengua mixteca, que el denunciante lo estaba

violando, le dijo a alguien que él lo había lesionado, pero nunca lo lesionó y él lo estaba violando, no lo tomaron en cuenta en el Ministerio Público, quería poner una contrademanda, hasta dijo que le hicieran una prueba de ADN, pero no quisieron y lo ignoraron.

Incluso el propio denunciante (foja 41, causa) afirmó que las luces estaban apagadas y sólo había la luz de los refrigeradores del interior del negocio.

No obstante, la Juez del conocimiento razonó (foja 134) que no había lugar a acordar de conformidad su admisión, en virtud de que dicha prueba no tenía relación con los hechos y no manifestó la pertinencia de la prueba, con fundamento en el artículo 33, fracción I y 37 del Código procesal de la materia.

Lo anterior pone de manifiesto que la juzgadora de origen quebrantó el derecho del inculpado de ofrecer las pruebas que estime necesarias para su defensa, sin que éstas puedan rechazarse sin fundamento y bajo rigorismos inexistentes, porque además de que esa probanza por las razones expuestas tiene relación con los hechos, es la base esencial de la defensa del inculpado y la Ley procesal de la materia en ningún artículo establece la obligación de que las partes señalen la pertinencia de las pruebas, por ende, se trata de otra violación al procedimiento penal que trasciende a la defensa del inculpado.

En efecto, el artículo 20 constitucional, Aparado A), fracción V, establece el derecho del inculpado durante el procedimiento penal, a que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto.

Ese derecho fundamental se encuentra replicado en el artículo 135 de la Ley procesal de la materia, pues en el párrafo segundo de dicho numeral se establece que se admitirá como prueba, en los términos del artículo 20, fracción V, constitucional, todo aquello que se ofrezca como

tal, incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia, entre otras cosas.

Bajo la misma tónica, el artículo 431, fracción IV, de la Ley adjetiva invocada, procede la reposición del procedimiento penal, cuando no se hubiesen practicado las diligencias pedidas por las partes.

Lo mismo sucede con la Ley de Amparo anterior a la vigente aplicable al caso, pues el artículo 160, fracción VI, señala que se consideran violadas las leyes del procedimiento penal, de manera que su infracción afecta las defensa del quejoso, cuando no se le reciban las pruebas que ofrezcan legalmente o cuando no se reciban con arreglo a derecho.

En esas condiciones, procede reponer el procedimiento de origen para que se admita y desahogue la prueba pericial proctológica, solicitada por la defensa del inculpado.

En ese orden de cosas, si toda persona sujeta a un procedimiento penal goza de la garantía de defensa adecuada, debido proceso legal, tutela judicial efectiva, entre otros, y como esto no se garantizó en la especie, como este Tribunal de Apelación no puede convalidar esa violación procedimental, debe reponerse el procedimiento de primera instancia para que se vele por la eficacia todos los derechos fundamentales del inculpado, destacados.

Más aún, cuando la defensa del inculpado, al no advertir que no tenía conocimiento de la cultura y lengua de la comunidad a la que pertenece el indiciado, no se puede sostener que lo hubiera asesorado debidamente sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas de los hechos que se le imputaron.

Esto quiere decir que la defensa ni siquiera asesoró al inculpado sobre no poderlo defender, al tratarse de una persona indígena de una cultura y lenguaje que no manejaba; de manera que tampoco le hizo saber debidamente las consecuencias jurídicas de esos hechos imputados.

Por lo tanto, al no actuar de esa manera se causó una omisión perjudicial para la defensa del citado inculpado, tal como se describe en el artículo 431, fracción VI, inciso *a)* de la Ley procesal de la materia, del siguiente modo.

"[…] Se reputan como omisiones graves de la defensa […]

No haber asesorado al inculpado sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas de los hechos imputados en el proceso […]"

En suma, debió atenderse el principio *pro homine* incorporado en múltiples tratados internacionales, criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse *siempre a favor del hombre,* pues implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y por el contrario, a la norma o a la interpretación, más restringida cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

Adicional a ello, también debió ponderarse el "derecho a la verdad", el cual se erige como una obligación, consecuencia básica e indispensable en todo sistema de Derecho para que el Estado dicte las providencias necesarias, a fin de descubrir la verdad material de los hechos que se someten a estudio.

En otras palabras, se trata de un derecho que pone fin al estado de incertidumbre e ignorancia, otorgando conocimiento completo y público de la verdad; es un derecho que tienen los seres humanos para conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, *sus circunstancias específicas y sobre quienes lo cometieron*.

Por ello, supliendo la deficiencia de la queja en términos de lo dispuesto por el numeral 415 de la Ley instrumental de la materia y fuero vigente, debe reponerse el procedimiento de primera instancia al inculpado, puesto que antes de cualquier acto privativo tiene la oportunidad de defenderse debidamente, de ser asesorado conscientemente sobre la naturaleza y consecuencias jurídicas de los hechos delictivos que pesan en su contra.

Máxime cuando la garantía de defensa adecuada pondera sobre la de pronta administración de justicia, por tratarse de uno de los derechos fundamentales más importantes, al momento de resolver sobre la libertad de una persona.

Ilustra ese tema en lo conducente la tesis aislada XIV.P.A.12 P, con registro 170224, que proviene de los Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2365, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVII, de febrero de 2008:

> Procedimiento sumario penal. No debe dictarse sentencia en aras de favorecer la celeridad del juicio cuando existen pruebas pendientes de desahogo, pues la garantía de defensa adecuada prevalece sobre la de justicia pronta al ser más favorable a los intereses del acusado (legislación del estado de Yucatán). El Código de Procedimientos Penales del Estado de Yucatán, en concordancia con el apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece diversas garantías en favor de los acusados de la comisión de un delito, como las de defensa adecuada, debido proceso y pronta impartición de justicia, esta última prevista en los artículos 355 y 356 de ese ordenamiento adjetivo que regulan el trámite y plazos del procedimiento sumario penal en la entidad. Empero, cuando en dicho procedimiento el sujeto activo ofrece pruebas cuyo desahogo está pendiente, se imposibilita el dictado de la sentencia en el plazo que señalan aquellos dispositivos, por lo que no es dable dictarla en aras de privilegiar la celeridad del procedimiento, *pues la garantía de defensa adecuada prevalece sobre la de justicia pronta, por ser más favorable a los intereses del oferente, siendo menester desahogar las probanzas ofrecidas y admitidas, aun cuando se rebasen los plazos legales señalados en la norma adjetiva. Lo contrario, acarrearía graves perjuicios al acusado, al verse compelido a ajustar su defensa al breve tiempo de que dispondría para ello,* acorde con los plazos del procedimiento sumario, lo que a su vez infringiría la garantía de debido proceso e implicaría denegación de justicia.
>
> Tribunal Colegiado en materias penal y administrativa del Décimo Cuarto Circuito. Amparo directo 410/2007. 17 de enero de 2008. Unanimidad de votos.

Ponente: Jorge Enrique Eden Wynter García. Secretario: Luis Armando Coaña y Polanco.

En mérito de lo expuesto y con base en los artículos 20 constitucional, 414 al 418, 427, 430, 431 y 432 del Código adjetivo de la materia, es de resolver y se

RESUELVE:

PRIMERO. Se deja insubsistente el auto constitucional apelado, dictado el 8 ocho de abril de 2016 dos mil dieciséis, por la Juez Cuadragésimo Sexto Penal de la Ciudad de México, en la causa **/2016, seguida en contra del inculpado indígena de la cultura mixteca, de nombre JUAN CARLOS o ANTONIO ALBERTO, como probable responsable de la comisión del delito de HOMICIDIO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA.

SEGUNDO. Se ordena la reposición del procedimiento a partir de la radicación del presente caso con el objeto de que:

a) Recabe desde la radicación de la causa y calificación de legal detención, un perito traductor y defensor, ambos con conocimientos en la cultura y lengua mixteca, para que asistan al inculpado, para que además lo respalden en toda la preinstrucción y proceso.

b) Recabe de manera oficiosa, toda la información referente a la determinación de las costumbres y especificidades culturales del pueblo mixteco;

c) Recabe dictamen antropológico y jurídico del inculpado, respecto a su autoadscripción a la cultura mixteca; y

d) Se admita y desahogue la prueba pericial proctológica, solicitada por la defensa del inculpado, en la diligencia de declaración preparatoria (foja 133, causa).

TERCERO. Notifíquese, con copia autorizada de esta resolución devuélvase los autos originales al Juzgado Penal de Origen y, en su oportunidad, archívese el presente toca ***/2016 como asunto concluido.

Así, de forma unitaria, lo resolvió y firma la magistrada integrante de la Octava Sala Penal del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, licenciada Rosalinda Sánchez Campos, ante la Secretaria de Acuerdos de la Sala, licenciada Gricelda Barrueta Hernández, quien autoriza y da fe.

Estudios Jurídicos

SISTEMA ACUSATORIO, SU INCOMPATIBILIDAD CON EL PLAZO CONSTITUCIONAL[*]

Sadot Javier Andrade Martínez[**]

Sumario: I. *Avances*. II. *Plazo constitucional*. III. *Auto de ¿vinculación a proceso*?: *a) ¿El auto de vinculación debe emitirse respecto de cualquier delito?; b) ¿En qué etapa debe de emitirse el auto de vinculación?; y c) ¿Cuál es el efecto del auto de vinculación una vez emitido?* IV. *Vincular a proceso*. V. *No vinculación a proceso*. VI. *Imputación y plazo constitucional injustificado*. VII. *Incompatibilidades del plazo constitucional*. *Conclusión*. *Bibliografía.*

I. AVANCES

Es un hecho que en los últimos años, los países latinoamericanos han venido adecuando sus sistemas de justicia a un nuevo esquema que pretende de forma más efectiva garantizar los derechos de los intervinientes en el proceso penal, transitando de modelos de corte inquisiti-

[*] Artículo actualizado a enero de 2017, publicado originalmente en Revista Digital de la Reforma Penal, *Nova Iustitia*, Año IV, número 14, febrero 2016, p. 31.

[**] Magistrado de la Segunda Sala de Justicia para Adolescentes del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

vo hacia el modelo de sistema acusatorio que permita transparentar no solo la actuación de sus operadores, sino incluso, garantizar con ello mejor calidad en la impartición de justicia.

México es uno de los últimos países latinoamericanos en tratar de ajustarse a este esquema; no obstante, lo que por tal razón fue una debilidad, debemos aprovecharla a efecto de convertirla en fortaleza, pues la esencia no es el cambio por el cambio, sino buscar dentro del contexto de la experiencia internacional y la nacional, como es que se ha venido dando la implementación del sistema en los diversos países, así como en los estados de la República mexicana, advertir sus aciertos, pero poner mayor atención en sus tropiezos para no secundarlos dentro de lo posible, aunque también es cierto que cada actor debe tener sus propias experiencias y, por ende, sus propios fracasos.

Es en este contexto que, en agosto de 2009, posterior a la Reforma Constitucional en materia penal, se instituyó a nivel federal el "Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal", dependiente de la Secretaría de Gobernación, cuyo órgano administrativo es la Secretaría Técnica (SETEC), la cual tiene la encomienda de apoyar a los gobiernos federal y locales en este proceso, amén de que en cada entidad del país se crearon órganos homólogos. No obstante, es de sobra conocido que incluso algunas entidades, previa a la reforma constitucional, ya se habían adelantado en la adecuación total o parcial de sus ordenamientos jurídicos adjetivos (los primeros en hacerlo fueron Chihuahua, Oaxaca y Morelos), mientras otros, de forma casi inmediata, se dieron a la tarea de llevar a cabo las reformas correspondientes a efecto de cumplir con el mandato constitucional (así lo hicieron Zacatecas, Estado de México, Baja California, Guanajuato, Nuevo León, Chiapas y Tabasco); no obstante, actualmente la totalidad de las entidades del país ante el vencimiento del plazo constitucional para que dicho sistema entrara en vigor, han acabado por ajustarse a la reforma

constitucional, independientemente de que así ya lo venían haciendo, sobre todo en el año 2014, durante el cual la gran mayoría de los estados del país se sumaron a realizar las adecuaciones correspondientes, tanto legislativas, como estructurales, de ahí que el último en incorporarse, lo fue el estado de Sonora, dado que marcó como fecha límite para ello el mismo límite constitucional referido del 18 de junio de 2016.[1]

Ahora bien, no puede pasar desapercibido que el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, ha logrado avances significativos no sólo a nivel normativo, sino estructural para entrar de lleno en el sistema acusatorio al vencimiento del plazo constitucional fijado para tal efecto, pese a que fue de los últimos en sentar las bases para, de forma progresiva, adecuar su normatividad a la Reforma Penal. Pero, no obstante los importantes avances que de igual forma se han venido generado a nivel nacional, estimo que aún es muy prematuro afirmar que nuestro país ya posee un modelo mexicano de sistema acusatorio, dado que si bien se cuenta con las bases para pensar que el establecido en Chihuahua pudiera ser considerado como tal, sobre todo atentos al hecho de haber sido la primera entidad de la República en implementar un sistema procesal penal integral de corte acusatorio —mérito que no puede negársele—, con todo, habrá de tomarse en cuenta que sólo podrá considerarse que llegamos a ese nivel de sistema, cuando las incongruencias y los problemas que hoy por hoy se han venido sorteando a partir no sólo de dicha reforma constitucional, sino de su implementación, hayan sido superadas en su mayor parte y se demuestre que las inconsistencias y complicaciones de aplicación, e incluso de interpretación, que por la necesaria práctica se evidencian en la diaria labor de los tribunales, han sido resueltas y/o que, en su caso, se logró acoplarlas o incorporarlas al sistema de forma verdaderamente eficiente.

1 Información obtenida de la página de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal: *http://www.setec.gob.mx/*.

II. PLAZO CONSTITUCIONAL

En efecto, existe aún mucho camino por andar para aspirar a adjudicarse logros definitivos, asumiendo anticipadamente que hemos salvado los escollos que normalmente se presentan en la armonización y consolidación de una empresa de tal magnitud y más aún, de aquellas que en el proceso de adaptación pueden llegar a evidenciar inconsistencias, máxime cuando ante la modificación de sus estructuras para ajustarlas a procesos de modernización, ponen en tela de juicio institutos jurídicos que históricamente han sido esenciales en los procedimientos judiciales del país. Es así que independientemente de la trascendencia de aquellas figuras y actuaciones procesales cuyo contenido y relevancia en absoluto se cuestionaba por considerarlas altamente garantistas, ahora al pretender mantenerlas y adaptarlas a los nuevos esquemas, ante el cambio de las estructuras jurídicas, deben ser analizadas y valoradas en su relevancia, utilidad y funcionalidad de forma escrupulosa, sin que su otrora importancia pueda considerarse parámetro único y suficiente para garantizarles una forzada e insostenida continuidad, apegada estrictamente a un sentimiento de "temor jusreverencial" inspirado únicamente en la evocación de glorias pasadas, pero estando conscientes que carece de congruencia y sentido de pertenencia.

Al cuestionar la continuidad de una figura que hasta ahora se había considerado como un elemento fundamental dentro de los procesos penales, a grado tal que no podían concebirse en su tramitación sin el denominado "plazo constitucional" previsto por el artículo 19 constitucional,[2] que impone a los órganos jurisdiccionales la obligación

2 En efecto, en el texto del artículo 19 constitucional, se establece que:
"Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.
…

de resolver la situación jurídica de las personas que quedan a su disposición dentro de las primeras 72 horas o su duplicidad (con y sin detenido), ello indudablemente genera una serie de posturas, las más de defensa por la continuidad de tal figura, en tanto que por principio, resulta sacrílego para algunos pretender erradicar un instituto que durante muchos años ha sido una institución fundamental y pilar de los procesos penales en México, por lo que lógica y sustancialmente se enfocan en cómo justificar la inclusión de dicha figura dentro del nuevo esquema procesal; por ende, dada la irreversible transformación del sistema penal mexicano impuesto por la correspondiente reforma constitucional, sin desconocer la gran trascendencia de dicho instituto y sus valiosos aportes garantistas, ahora debería analizarse su eficacia, tanto en la Ciudad de México, como en las diversas entidades del país y la federación, sustancialmente con relación a su ineludible consecuencia, referida al dictado del denominado "auto de vinculación".[3]

Atentos a lo expuesto, consideramos de particular importancia el que nos aboquemos a analizar con un poco de detenimiento algunas de las interrogantes que genera el contenido del texto mismo de diversos dispositivos, fundamentalmente de los concernientes a nuestra Carta Magna, así como del Código Nacional de Procedimientos Penales y la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, pues es evidente que con el nuevo esquema, no se ha analizado la utilidad de tal instituto con puntual reflexión y ponderación, lo que lleva

…
El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación …
Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. …
…
…"

3 Rafael Blanco y Leonardo Moreno sostienen en tal aspecto que con relación al dictado del auto de vinculación a proceso en México, dicha figura no es compatible con el sistema acusatorio. Profesores del Diplomado Internacional en Litigio Penal, celebrado en Santiago de Chile, Universidad Alberto Hurtado, 10/01/11.

obligatoriamente a valorar la conveniencia de que se hubiera considerado necesario mantener su vigencia, pues es un hecho que se trata de una figura que si bien, dada la tradición jurídico-penal mexicana tuvo enorme importancia y en su momento cumplió su cometido, al haberse adoptado un nuevo sistema procesal, resulta cuestionable su utilidad, puesto que el sistema incorporado a nuestro contexto nacional, mayormente sustentado en el modelo Continental Europeo, ya cuenta con los mecanismos inherentes a garantizar el debido proceso, sin violentar los derechos de los justiciables y, en su caso, de las víctimas del delito; de ahí que al tratarse de un esquema diverso que ha venido aplicándose con significativo éxito y eficacia a nivel latinoamericano, el insistir en incorporar elementos que carecen del debido soporte —en vez de generar certeza—, enrarece y distorsiona su utilidad, cuestionándolo y generando indefinición, pues no se ha logrado un consenso sobre cuál es el camino más adecuado a seguir, no sólo a partir de la literalidad o de la interpretación que se pueda realizar al respecto, sino de la congruencia misma que debe buscarse con el principio acusatorio, que sin lugar a dudas constituye la nota más distintiva que se pretende incorporar al sistema procesal mexicano a partir de la reforma penal constitucional.

En este tenor, resulta evidente que al mantenerse el plazo constitucional, se generó una mera sustitución terminológica, pues aunque se ha negado reiteradamente, ninguna duda queda de que el auto de vinculación se homologa a lo que antes de la reforma penal se denominaba "auto de formal prisión o de plazo constitucional", pero que al intentar dejar de lado los vestigios legislativos del sistema inquisitivo, para forzar su permanencia, hubo de modificarlo para matizarlo en cuanto a su denominación, pretendiendo así que dicha figura no sólo resulta novedosa sino complementaria, para introducirla a como dé lugar al nuevo contexto procesal, otorgándole carta de identidad.

III. AUTO DE ¿VINCULACIÓN A PROCESO?

No olvidemos que el Sistema Acusatorio se integra sustancialmente por tres etapas:

a) Investigación;

b) Intermedia; y,

c) Juicio oral.

Efectivamente, aun cuando debería incorporarse una cuarta etapa de ejecución oficialmente no reconocida como tal, es claro que un Sistema de Corte Acusatorio visto en su conformación por etapas, es más que la oralidad, puesto que se fundamenta en diversos principios de igual trascendencia (como incluso así se desprende de lo dispuesto por el artículo 20 constitucional, relativos a la publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación); sin embargo, es precisamente de tal contenido constitucional, que para referirnos al auto de vinculación a proceso, debemos formularnos diversas interrogantes.

a) ¿El auto de vinculación debe emitirse respecto de cualquier delito?

En cuanto a este primer cuestionamiento, es de suma trascendencia advertir que conforme al texto del artículo 19 constitucional, en su párrafo primero, el único supuesto en que se impone la obligación de emitir un auto de vinculación, lo es *cuando una persona en calidad de detenido es puesto a disposición del juez*, lo cual podrá suceder, por detención en flagrancia, caso urgente o bien, por cumplimiento de orden de aprehensión.

En efecto, no puede considerarse que exista otra forma de interpretar tal dispositivo cuando expresamente establece que: **"***Ninguna detención* ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, *a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso…*", resultando incuestionable, que excluye tácitamente la posibilidad de que por hechos delictivos que

no ameriten privación de libertad deba emitirse tal proveído, puesto que sólo contempla los supuestos en los que legalmente se autorice la detención y al no realizarse al efecto mayor precisión con respecto de todas aquellas personas que comparezcan ante la presencia judicial sin encontrarse en calidad de detenidas, dado que a la autoridad no le está permitido realizar aquello que no se encuentra expresamente previsto, lleva a deducir, que en todas las investigaciones en que los justiciables no sean presentados ante el juez en calidad de detenidos, no obstante sean puestos o queden a su disposición, no procede que el imputado sea vinculado a proceso; de ahí que en tales supuestos, el seguimiento procesal realmente podrá ajustarse con mayor puntualidad y congruencia a las reglas del sistema acusatorio, conforme al cual, posteriormente a la formulación de la imputación, así como realizada la manifestación del imputado sobre si es su deseo declarar y deducidas las cautelares a imponer de ser el caso, se podrá fijar el plazo para el cierre de la investigación y pasar a la siguiente etapa.

b) ¿En qué etapa debe de emitirse el auto de vinculación?

Con respecto a esta segunda interrogante cabe destacar que previo al vencimiento del plazo constitucional para que entrara en vigor la reforma constitucional penal a nivel nacional, diversos estados de la República en los que ya se había implementado de forma integral la reforma penal, una vez realizadas las correspondientes adecuaciones en sus respectivas constituciones y codificaciones procesales, ubicaron la emisión del auto de vinculación a proceso de forma genérica, en la parte final de la etapa de investigación (*v.gr.:* Chihuahua, Estado de México, Morelos, Oaxaca y Zacatecas), como en igual forma en su momento se propuso en el Código Modelo de la Conatrib y en los entonces proyectos de Ley Federal de Justicia para Adolescentes (que si bien fue aprobada y publicada, al encontrarse en *vacatio legis*, dejó de tener vigencia debido a

la entrada en vigor de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes) y el de Ley Nacional del Sistema de Justicia para Adolescentes Infractores (cuyo desatino se evidenciaba desde el nombre asignado, concerniente al término "infractores"), puesto que se refirieron a dicho acto procesal después de que el imputado hubiera emitido su declaración o manifestado su deseo de no hacerlo y sin embargo, es importante destacar que en los procesos legislativos y/o de exposición de motivos, no se dio explicación suficiente del por qué había sido ubicada dentro de la fase formalizada de la investigación, variando únicamente en cuanto a si se emite antes de resolver sobre medidas cautelares y/o si es posterior a tal resolución, pero en ambos casos, se advierte que se mantuvo la idea de que dicho auto fuera emitido a partir de que hubiera sido formulada la imputación.

En esta tesitura, aun suponiendo sin conceder que se considerara que el sistema acusatorio pudiera ser compatible con el plazo constitucional y sobre todo que con ello se consiguiera ser más garante de derechos, el proveído relativo al auto de vinculación en la etapa en que ha sido ubicado por el Código Nacional de Procedimientos Penales, como se ha venido sosteniendo en diversos foros, solamente conlleva a la "vinculación a un proceso *de investigación formalizada*,[4] de ahí que realmente no se esté llevando a cabo la vinculación a un verdadero proceso judicializado.[5]

Sin embargo, ante tal perspectiva, se estima que para tratar de no generar mayor incongruencia que la ya advertida por el empeño de

4 Sólo en el proyecto de Ley Nacional de Justicia para Adolescentes Infractores, se hacía referencia con mayor exactitud y técnica al momento preciso en que ubicaron tal pronunciamiento en la parte final de su artículo 159 que establecía: "El juez al resolver en estos casos, decidirá si debe *vincular a la persona adolescente a investigación* sobre los hechos que se le impute, *con efectos de procesamiento*.".

5 Cabe destacar que al respecto, en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes no se estableció mayor precisión al respecto, de ahí que se aplica de forma supletoria lo dispuesto por el Código Nacional de Procedimientos Penales, limitándose a referirse a la vinculación a proceso sólo en cuatro de sus dispositivos: artículos 100-I, 117, 131 y 136.

mantener una figura incompatible con el acusatorio, en todo caso debió considerarse que dicho auto se pronunciara una vez que el Ministerio Público ya hubiere formulado la *acusación*, puesto que si bien al final tendría el mismo efecto innecesario y repetitivo que se establece con relación a la imputación, por lo menos se le habría ubicado en un momento más acorde a lo que se pretende, que es la vinculación a un proceso judicial y no a una investigación vigilada, amén de que el señalamiento relativo a que "Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. …", referido en el quinto párrafo del artículo 19 constitucional, reiterado en el Código Nacional de Procedimientos Penales y que sin lugar a dudas contradice el sistema acusatorio, por lo menos en tal expresión, ya no chocaría con el contexto de tal esquema, como se verá a continuación.

Ciertamente, hasta en tanto no se realice una adecuada ponderación de congruencia del sistema que se prevé en la Constitución, podrá advertirse que no es la imputación la que debe prevalecer en el análisis del hecho delictivo, pues ésta se construye en una gran mayoría de los casos, exclusivamente con información poco sustentada, derivada de los datos de prueba obtenidos por el órgano ministerial para tal efecto; de ahí que si bien subsiste la disposición expresa del texto del quinto párrafo del artículo 19 constitucional ya referido, ello constituye un elemento más que evidencia la incoherencia generada por la ausencia de un análisis adecuado en el que se valoren tales aspectos de contenido y compatibilidad con el sistema acusatorio y, por ende, al mantener el predominio de tal mandato por sobre el contexto integral de la reforma, habremos de advertir la mayor de las inconsistencias en el mismo cuerpo fundamental en cuanto a los efectos derivados de las exigencias de sus propios dispositivos, cayendo en tal yerro quienes elaboraron el Código Nacional de Procedimientos Penales, al sencillamente no llevar a cabo un análisis hermenéutico en su diseño, sino limitarse simplemente

a copiar el mismo texto del artículo 19 ya referido, sin mayor reflexión y sobre todo, sin atender al hecho de que dicho numeral había sido superado en sus expectativas y modernidad procesal por los artículos 20, primer párrafo y posteriormente el 18, sexto párrafo constitucionales (este último vinculado a la reforma más reciente al Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de julio del 2015), en los que expresamente se plasma la obligatoriedad de implementar un "Sistema procesal penal acusatorio y oral", dado que desde la exposición de motivos de la reforma penal constitucional que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, así quedó establecido y más aún porque no fueron los únicos dispositivos que así lo previeron, sino que en absoluto se dejó lugar a dudas de la pretensión de su mandato, al resultar sumamente explícitos en lo que al efecto se dispuso en los artículos transitorios segundo, tercero, cuarto y décimo primero de dicha reforma.[6]

Por lo tanto, es incontrovertible que no es acertado aseverar que el sistema debía ser imputativo y no acusatorio,[7] pues asumirlo de tal

6 Con especial énfasis el artículo segundo transitorio de dicha reforma, es claro al disponer textualmente: "Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.".

7 José Daniel Hidalgo Murillo sostiene que lo que dispone el quinto párrafo del artículo 19 constitucional significa que contrario a cualquier proceso acusatorio, en el de México no es la acusación sino la imputación, la que construye el hecho delictivo que se adecua al tipo penal. Ese párrafo significa que en México la litis se fija en la etapa de investigación no en la etapa intermedia como ocurre en las demás legislaciones latinoamericanas. Ese párrafo significa que la acusación ha de ser coherente con la vinculación, que el auto de apertura a juicio debe admitir el mismo de la vinculación, que en caso de sentencia, éste debe pronunciarse sobre el hecho de la vinculación. En definitiva, que desde la primera audiencia —en la primera etapa— y no en la audiencia intermedia —en la segunda etapa—, México exige comprometer al Ministerio Público en el hecho delictivo. No ignoro que, para concluir como lo hago, estoy interpretando la norma constitucional. Pero no es posible entender el proceso penal mexicano sino desde el artículo 19 constitucional. Desde ese numeral surge un proceso distinto al tradicional sistema acusatorio. Para ello no conviene interpretar la Constitución Política desde la norma sino que las leyes secundarias han de interpretarse conforme a la Constitución. Por eso no son claras y, por el contrario, confusas e inconstitucionales, las normas que procuran regular la audiencia más mexicana del sistema procesal acusatorio. Una audiencia que no se puede interpretar ajenos a su evolución normativa y su interpretación constitucional. "La

forma contradice sin lugar a dudas la adecuada interpretación de la normativa constitucional, dado que incluso, pese a lo dispuesto por el primero, cuarto y quinto párrafos del artículo 19 constitucional, existe declaratoria expresa e incuestionable de que el sistema es "procesal penal acusatorio" y más aún que en los referidos artículos transitorios, como parte de la fundamentación de dicho sistema, se invoca al propio artículo 19, lo que lleva a considerar que si alguna interpretación puede sostenerse de dichos dispositivos constitucionales, no debe ser efectuada de forma aislada referente a un solo dispositivo, sino exegético sistémico a efecto de desentrañar en el contexto del mandato constitucional y su exposición de motivos, como debe concebirse para efectos de su adecuada implementación y no sólo partir de figuras que se vuelven caducas ante el cambio, pero que se niega su exclusión al considerarlas todavía trascendentes e imprescindibles exclusivamente por su simbolismo jurídico y no por su eficacia procesal.

c) ¿Cuál es el efecto del auto de vinculación una vez emitido?

No puede dejar de considerarse que independientemente de todo lo que pueda aducirse —amén de lo que ya se ha señalado pudiera ser invocado como argumento justificatorio respecto de mantener vigente el plazo constitucional—, el único y aparente efecto benéfico que engañosamente podría atribuírsele dentro del esquema acusatorio regulado en el Código Nacional de Procedimientos Penales, lo constituye el hecho de que, en cumplimiento del deber de ponderar los datos hasta ese momento aportados por la fiscalía, la resolución que en dicho plazo emita el juez de control, abre la posibilidad de liberación del imputado (decisión de no vincularlo a proceso), generando con ello la oportunidad de

vinculación a proceso para el Código Nacional de Procedimientos Penales", *blog* iustópico y atípico de Armando Juárez Bribiesca,
https://iustopico.wordpress.com/2014/03/13/la-vinculacion-a-proceso-para-el-codigo-nacional-de-procedimientos-penales/.

que se resuelva el asunto sin llegar a juicio o sin utilizar algún otro mecanismo alterno de terminación anticipada o de solución de conflictos.

No obstante, aun en tal supuesto, el resultado de dicha ponderación no justifica el plazo constitucional que se comenta, ni mucho menos el proveído que obligadamente deba emitirse en tal virtud, pues ha de tomarse en cuenta que aún bajo esta óptica, la inclusión de un elemento adicional dentro del proceso penal de corte acusatorio, amén de que trastoca su esencia, como se ha destacado, ningún beneficio reporta al justiciable, ni en general a la justicia, al constituir un elemento cuya relativa utilidad sólo podría calificarse de victoria pírrica, puesto que después de agotado el plazo constitucional y dictado el auto de no vinculación, el imputado quedaría en una situación similar, pero de menor avance procesal que aquella en la que se encontraría de no existir dicho plazo; esto es, evidencia la inutilidad de una figura que de no existir, permitiría un mayor y adecuado avance procesal sin retrocesos innecesarios.[8]

IV. VINCULAR A PROCESO

Hagamos el siguiente ejercicio:

En un caso hipotético, en el que se dictara la vinculación a proceso, veremos que con el sistema acusatorio el plazo constitucional se posiciona de inicio, como una evidente e innecesaria prolongación temporal, que en el mejor de los casos, sería sólo de horas, si es que se dicta en la misma Audiencia Inicial, haciéndose más gravoso; sin embargo, en el caso de que el inculpado prefiera que se emita tal decisión dentro de las setenta y dos horas siguientes a que hubiera quedado a disposición del órgano jurisdiccional, sin perjuicio de la ampliación o duplicidad

8 Debemos estar conscientes de que el proceso no es una carrera de obstáculos, ni de recorridos de mayor kilometraje, puesto que lo que se busca es todo lo contrario: disminuir obstáculos haciendo el proceso más ágil, sin trámites o actuaciones que sólo entorpezcan la pretensión de una justicia pronta y expedita.

del plazo por la que pueden optar, supuesto en que sólo superado tal pronunciamiento vinculatorio, se pasaría a la fijación del plazo para el cierre de investigación, al cual en aplicación estricta de un sistema procesal de corte acusatorio, se hubiera llegado anticipadamente en la misma Audiencia Inicial, una vez fijadas las cautelares necesarias, con la ventaja de que en tal hipótesis, el imputado no llevaría arrastrando un pronunciamiento judicial que le irrogó pérdida de tiempo, amén del impacto negativo que se genera en el ánimo de los justiciables por la derrota psicológica que ello representa a sus pretensiones de ser liberados, máxime cuando se trata de adolescentes, ante la formalidad procesal que dicha resolución involucra en los requisitos exigidos para su emisión y dada la incongruencia atribuida respecto de sus efectos,[9] sin contar que tal decisión judicial, pese a los requisitos legalmente exigidos, deberá sustentarse exclusivamente en datos de prueba o, incluso, en el mejor de los casos, con medios de prueba ofrecidos para tal efecto, que desde luego, ante el resultado vinculatorio a proceso, debieron ser desvalorados judicialmente. Lo anterior, sin contar que en ejercicio de su derecho al recurso, las partes pueden impugnar la decisión que respecto de la vinculación emita el juzgador natural.[10]

V. NO VINCULACIÓN A PROCESO

En este mismo tenor, ante el supuesto de que en el caso hipotético, se resolviera no vincular a proceso, bien por resolución del Juez de Control o de Sala ante el correspondiente recurso interpuesto, el efecto liberatorio de dicha resolución —salvo los casos de demostración de causas

9 Atentos a la serie de requisitos y efectos que se prevén y se le atribuyen dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales en sus artículos 316 a 318.

10 Desde luego, que la emisión del auto de vinculación a proceso admite recursos (art. 467, fracción VII, CNPP), en cuyo caso, se estaría de igual forma ante los mismos escenarios, pues de confirmarse o modificarse sin consecuencias liberatorias la resolución del juez de origen, se evidenciaría aún más la inutilidad del plazo constitucional, mientras que de revocarse dictándose auto de libertad, se estaría en el siguiente supuesto que se expone para cuando se dicta auto de *no* vinculación a proceso.

de exclusión del delito o extinción de la pretensión punitiva, en que debería ordenarse la definitiva libertad del justiciable, aún con los disensos de criterio que ello conlleva—, sería con reservas legales, dejando a salvo, por consiguiente, la facultad investigadora de la fiscalía para recabar mayores datos de prueba con los que pudiera volver a insistir en su imputación y consiguiente petición de vinculación a proceso,[11] situación que de forma casi idéntica ocurriría (sólo que con ahorro de todo el tiempo, recursos y estrés que produjo el plazo constitucional y sin que sea necesario esperar nueva cita para formalizar imputación), si no existiera el plazo constitucional, puesto que en tales términos, formalizada la investigación y una vez establecidas las cautelares procedentes, se fijaría plazo a la fiscalía para el cierre de investigación, a cuyo vencimiento, el ministerio público puede llegar a adoptar alguna de las siguientes decisiones:

1. Solicitar sobreseimiento (definitivo o temporal)
2. No hacer nada
3. Acusar

En esta tesitura, lo que trasciende en el análisis que se realiza, es que dentro del sistema acusatorio que se implementa acorde a la Reforma Penal, el plazo constitucional, con su consiguiente apéndice de vinculación o no a proceso, sólo viene a constituirse en un lastre que no justifica su existencia, generando perjuicio sobre todo a los justiciables y afectando la celeridad procesal, puesto que no debe olvidarse la sentencia de Couture, quien señalaba al respecto que "…en el proceso, el tiempo es más que oro, es justicia…",[12] más aún cuando se refiere a la justicia para adolescentes, en que los tiempos dada su situación etaria deben ser más breves y desde luego, cualquier disminución en los trámites y

11 Así lo dispone el párrafo segundo del artículo 319 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

12 Citado por Canelo Rabanal, Raúl Vladimiro en su artículo: "La celeridad procesal, nuevos desafíos. Hacia una reforma integral del proceso civil en busca de la justicia pronta", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista,* 2006.

plazos procesales devienen en beneficio de los mismos por su interés superior.

VI. IMPUTACIÓN Y PLAZO CONSTITUCIONAL INJUSTIFICADO

A efecto de verificar la relación entre dos figuras jurídicas que normativamente han sido previstas como compatibles a nivel constitucional, primero debemos realizar una debida ponderación del acto de formalización de la investigación, dado que evidentemente, como se ha venido exponiendo, si se cuenta con datos de prueba adecuados y suficientes para tal efecto, el órgano ministerial, al advertir que se satisfacen los extremos mínimos requeridos, no tendrá obstáculos para someter al justiciable a una investigación formalizada y sostener tal postura eficazmente en el debate que al respecto podría generarse posteriormente a tal acto, sin recurrir a un plazo constitucional; esto es, sería el momento pertinente en que podrían realizarse los planteamientos que la defensa considerara pertinentes a efecto de generar y fijar debate que pudiera ser, por ejemplo, respecto de la demostración de causas de exclusión del delito o extinción de la pretensión punitiva, en cuyo caso, una vez concluido el debate, el juzgador estaría obligado a resolver;[13] sin embargo, el yerro que se advierte en el desarrollo de las audiencias preliminares en el sistema acusatorio previsto en el Código Nacional de Procedimientos Penales es que se ha generado la idea de que el imputado y su defensa, aun después de haberse formalizada la investigación, deben seguir manteniéndose en silencio y esperar a que el juzgador matice su derecho con el plazo constitucional, lo cual es una apreciación inadecuada, puesto que sin necesidad de que se establezca dicho plazo, en cualquier país que haya adoptado el sistema acusatorio, se permite que el imputado se

13 Así se prevé en el artículo 52, parte *in fine*, del artículo 52 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

defienda, realizando las alegaciones y solicitudes necesarias que generen debate, sobre las que el juez debe pronunciarse.

En efecto, no debe olvidarse que dado el principio de igualdad procesal, por haber tenido oportunidad de conocer los datos de prueba con que cuenta la fiscalía, la defensa, posterior al acto imputativo puede, desde interrogar a su representado si le resulta adecuado como estrategia, hasta realizar los alegatos que estime pertinentes sobre la imputación realizada, debiendo ser resuelto el debate por el juzgador y/o pronunciarse respecto de las peticiones realizadas por las partes, dejando en claro por ello, que precisamente en un acto de absoluta coherencia, se eliminó el plazo impuesto a los juzgadores para tomar la declaración a los justiciables, en función de que es a éstos y su defensa a quienes compete decidir si el imputado declara o no en la misma audiencia inicial o en el momento en que lo estimen pertinente, mas no corresponde a la autoridad decidir en qué momento recibe su declaración.

En tal tenor, la misma premisa priva respecto de la situación jurídica del ya imputado, pues la actividad y estrategia defensiva dará la pauta para realizar alegatos con respecto de la imputación formulada, sin verse limitado por un plazo constitucional que formalmente, como se ha expuesto, en cualquier caso obra en su contra. Efectivamente, consideremos que no sólo en el caso de una investigación desformalizada sin detenido, sino más aún en el supuesto de detención por flagrancia, o caso urgente, o inclusive por cumplimiento de una orden de aprehensión, como ha sido referido previamente, la fiscalía ya contaría con datos de prueba que obren en contra del imputado y, por ende, la emisión de una resolución en ese estadio, sólo genera mayor desequilibrio, máxime que contrariando los principios de presunción de inocencia e igualdad procesal y de que las actuaciones practicadas durante la investigación formalmente carecen de valor probatorio para el dictado de la sentencia, el auto de vinculación constituirá en el ánimo judicial, un

elemento que difícilmente podrá ser ignorado no sólo para fijar el plazo de cierre de la investigación, sino sustancialmente en la consiguiente formulación de acusación y en las cuestiones a debatir en la audiencia intermedia, independientemente del impacto y afectación psicológica que esa serie de actos procesales progresivamente van generado en el justiciable, sobre todo si no es culpable del hecho atribuido.[14]

Por tal razón se estima que el cambio de sistema debe guardar total correspondencia con sus mecanismos procesales y, por ende, aun cuando en su momento de manera utilitaria y fundada algunas figuras jurídicas se hayan instituido como una garantía en favor de los justiciables, el plazo constitucional hoy, de frente a la implementación de un sistema penal diferente, carece de utilidad, pues se prevén mecanismos también diversos y sobre todo efectivos que cumplen tal cometido, sobre todo en los casos de detenidos.

Uno de los aspectos argumentativos más débiles que pretende justificar el dictado del auto de vinculación radica en que se modifica reduciendo el nivel de convicción que se refiere al estándar de exigencia respecto de los antecedentes que el juez debe valorar para su emisión; sin embargo, fuera del discurso interpretativo y del afán de justificación, el texto de la reforma es claro al requerir de antecedentes plausibles y razonables que permitan establecer que se está en presencia de un hecho delictivo y de la probabilidad de responsabilidad o participación del

14 Con relativo acierto, el Dr. José Daniel Hidalgo Murillo asevera que: "el Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 viene interpretando equivocadamente la Constitución Federal, coincidiendo en que efectivamente, nunca ha existido el derecho del imputado de "renunciar al plazo" porque el plazo nunca ha sido del imputado sino del Juez y nunca ha existido "dúplica" del plazo, sino la obligación constitucional de que el Juez resuelva dentro de 72 horas y la posibilidad de que el imputado le otorgue prórroga de ese plazo. Cuando la Constitución refiere "plazo constitucional" lo hace en relación al que tiene el Juez de Control para definir la situación jurídica del imputado". (Haciendo únicamente la aclaración que en el Código Nacional de Procedimientos Penales, no hay una referencia legislativa que indique que tal acotamiento al plazo constitucional deriva de "la renuncia" del inculpado a dicho plazo). "La vinculación a proceso para el Código Nacional de Procedimientos Penales", *blog* iustópico y atípico de Armando Juárez Bribiesca, *https://iustopico.wordpress.com/2014/03/13/la-vinculacion-a-proceso-para-el-codigo-nacional-de-procedimientos-penales/*.

imputado;[15] por ende, tales estándares resultan de un nivel de exigencia idéntica al mutado auto de formal prisión y que incluso se asemeja al que se requiere también para la petición de medidas cautelares en detención o incluso para la acusación.

Así, el modelo constitucional de sistema acusatorio de nuestro país, si bien, como se adujo en la exposición de motivos de la reforma penal, pretende reducir el estándar probatorio con relación al otrora vigente "auto de formal prisión", contrariando tales argumentos, el ya citado artículo 19 de la Carta Magna no se limita a prever una temporalidad reducida para que el juzgador se pronuncie sobre la situación jurídica del imputado, sino que, además, impone cubrir determinados requisitos de forma y fondo (*que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió ó participó en su comisión*), lo que da pie a que tal mandato se complemente con un diverso dispositivo constitucional, que impone una obligación aún de mayor rigor técnico jurídico, por involucrar un derecho fundamental, relativo a que no se autoriza molestar a alguien en su "…persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento".[16]

Luego entonces, no estamos ante un instituto del que simple y sencillamente, sin mayor complejidad deba realizarse un pronunciamiento atendiendo exclusivamente a la información respecto de los datos de prueba que derivan de los antecedentes con los que cuenta el ministerio público (carpeta de investigación) y que hará del conocimiento del imputado y del juzgador al formular la imputación, sino que impone un pronunciamiento judicial en forma, que incluso debe emitirse por escrito, con la consiguiente debida y suficiente motivación y fundamen-

15 Así se prevé en el artículo 316, fracción III, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

16 Artículo 16, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

tación.[17] Ante ello es que debe reflexionarse en la congruencia que el modelo debe guardar con respecto de aquellas figuras que carecen de utilidad para su implementación y sólo conducen hacia incongruencias como las que se generan por la insistencia de su inclusión y más aún, en fases que las hacen mayormente cuestionables; de ahí que deba atenderse a la experiencia internacional, ya que en los países latinoamericanos que han implementado tal sistema de forma anticipada al nuestro, al no tener que enfrentarse a tal problemática, les ha permitido de forma más natural y eficiente adaptarse al modelo acusatorio.[18]

VII. INCOMPATIBILIDADES DEL PLAZO CONSTITUCIONAL

Ante este panorama, cabe enfatizar que el modelo acusatorio está diseñado de tal forma, que respecto de ciertas directrices de tradición jurídico penal locales, no compagina con el esquema constitucional mexicano (previo o posterior a la reforma penal), puesto que en el mismo no hay lugar o espacio que permita, prevea o justifique involucrar figuras como el "plazo constitucional", ni por consiguiente el "auto de vinculación o no a proceso", las cuales si bien, como se ha reconocido, traen aparejados candados que insertados en un sistema procesal tradicional, han cumplido su cometido, dado que atendiendo a sus particulares circunstancias justificativas histórico-sociológicas, así como a su dinámica procesal en su contexto de origen, han contribuido a generar seguridad y certeza jurídica, pero que, sin embargo, dicha figura actualmente de-

17 Dado que con independencia de los criterios federales que se han emitido al respecto, es preocupante advertir que aún hay juzgadores que no entienden la esencia del dictado del auto de vinculación pretendiendo un análisis similar al del auto de formal prisión, lo cual es resultado del contenido de la propia normatividad y del pobre conocimiento que se tiene del sistema acusatorio, como se ha expuesto.

18 Incluso cabe advertir que en Chile se prevé que una vez realizada la imputación, el imputado podrá manifestar lo que estimare conveniente al respecto y el juez tiene obligación de abrir debate sobre las peticiones que los intervinientes plantearen, pudiendo el imputado reclamar ante las autoridades del ministerio público la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando considere que hubiere sido arbitraria (*v.gr.:* art. 232 Código procesal penal chileno).

viene innecesaria para un sistema que no es preponderantemente escrito, sino básicamente oral, que no se tramita de forma oculta, sino que privilegia la publicidad, la contradicción y la inmediación, pero sobre todo, que se sustenta en la acusación.

Asimismo, no debemos dejar de lado que en el sistema acusatorio, en atención al principio dispositivo, se impone con toda oportunidad que sean las partes las que determinen esa dinámica procesal a partir de su propia actuación; de ahí que actualmente no encuentren asidero las motivaciones del Constituyente que válidamente todavía hasta 2008 mantenían la vigencia y trascendencia del plazo constitucional (salvo en los asuntos que continúen tramitándose durante la transición), justificando en favor de los imputados, no el que en los casos de detención fueran puestos a disposición inmediata del órgano jurisdiccional —pues tal mandato sí resulta compatible en la actualidad con el nuevo sistema procesal y, por ende, mantiene su original relevancia—, sino exclusivamente en lo relacionado a que dicho juzgador cuente con un plazo perentorio para resolver su situación jurídica, emitiendo un proveído justificatorio de haber cumplido en tiempo, dado que al encontrarnos frente a un esquema diferente de procesamiento, se tiene que si bien ya ha sido formalizada la investigación al formular la imputación, aún no se ha realizado pronunciamiento alguno por parte del fiscal de si tiene intención de llevar a juicio al imputado, evidenciando así que de ser esa su pretensión, sobre todo en casos de flagrancia, desde ese instante ya cuenta con datos probatorios suficientes que le permitirían acusarlo,[19] por lo que de hacerlo, se verificaría la utilización de un mecanismo procesal que haría más ágil el proceso hasta llegar a una resolución de-

19 Como así sucede en esquemas latinoamericanos, en donde en casos, sobre todo de flagrancia, el Fiscal puede recurrir a figuras como la "terminación anticipada del proceso", utilizada en Perú, o la del denominado "Juicio inmediato", prevista en Chile, como mecanismo de aceleración del proceso, que genéricamente implican que la audiencia de formalización de investigación, se transforma en una audiencia de preparación del juicio oral; no obstante, tal pedimento en la legislación chilena no obliga al imputado y su defensor, quienes pueden oponerse y ante ello, deberá emitirse resolución inmediata del juez.

finitiva, siendo que la figura que podría actualizarse en tal supuesto, sería el procedimiento abreviado; sin embargo, atentos a lo dispuesto por la fracción I del artículo 201 en relación al 202, primer párrafo, del Código Nacional de Procedimientos Penales, aun tal instituto queda supeditado a que se cumpla con un requisito que incide en la figura cuya pertinencia y utilidad se pone en tela de juicio y, por ende, no hace más que confrontar un mecanismo que tiende a resolver con mayor rapidez un conflicto, con otro que lo retarda y que por ende vuelve a ser cuestionado en su relevancia, al no justificarse su inclusión en el actual sistema procesal penal, deduciéndose que únicamente se pretende sin justificación validar su existencia.

En efecto, nos referimos al auto de vinculación, dado que para determinar la admisión del procedimiento abreviado, amén de los demás requisitos establecidos, debería bastar como requisito *ex ante*, la formulación de imputación, sin que el imputado requiriera esperarse a que se realice pronunciamiento vinculatorio alguno o, en su caso, se agote el plazo constitucional, con lo que se evidencia que sobre todo en los procesos en donde se encuentren involucrados adolescentes,[20] en vez de coadyuvar a la celeridad procesal, que como principio debe guardar relación estrecha con su eficaz aplicación para garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva, se pierde en trámites que ninguna utilidad práctica reporta al proceso, sustancialmente con relación a los justiciables, puesto que se empeña en la emisión de una resolución judicial que vincule al imputado, aunque a lo único que pueda vincularlo en tal momento, como ya se analizó, es a una investigación que previamente ya se había formalizado en audiencia pública ante la misma presencia judicial, duplicando tal formalismo, sólo

20 Sin que con ello se acepte que en el sistema de justicia juvenil deba aplicarse al igual que en el sistema de adultos el procedimiento abreviado, por considerar que en ello se comprometen diversos derechos fundamentales de justiciables adolescentes a quienes no se les puede homologar en este aspecto concreto con los adultos, bajo el principio de trato desigual a los desiguales, atentos a su propia situación etaria, a los fines socio-educativos del sistema, a las características o modalidades del proceso penal juvenil en su tramitación y a la duración de las sanciones (medidas sancionadoras).

que ahora llevado a cabo a través de una resolución judicial y no por un comunicado en presencia de un juzgador, sólo cambiando al notificador y nulificando *de facto* el acto formal de la imputación al ser sustituido por el pronunciamiento vinculatorio del juez.

Otro de los inconvenientes y limitaciones en los derechos de los justiciables, que se generan con el plazo constitucional introducido al nuevo sistema, radica en que contradictoriamente no permite que el imputado y su defensa cuenten con el tiempo suficiente para recabar elementos de prueba que les permita desvirtuar los datos con los que se cuente hasta ese instante en la carpeta de investigación, imponiéndoles de forma anticipada una carga probatoria; puesto que, atendiendo a lo anteriormente comentado, desde el momento en que la fiscalía se encuentra en posición de formular la imputación, formalizando la investigación con o sin detenido, es un hecho que ya cuenta con suficientes datos de prueba de los que ha venido recabando no sólo en virtud de aquellos conseguidos de forma inmediata, dada la forma en que tuvo conocimiento del hecho delictivo (denuncia, querella, flagrancia), sino incluso por los obtenidos dentro del periodo de la retención y aun de los que pudiera haberse allegado dentro del plazo constitucional, al que el imputado y su defensa están supeditados; de ahí que si dicho imputado no tuviera que verse limitado en ese momento al referido plazo constitucional, desde luego, amén de que no se enfrentaría de inicio a una resolución judicial en contra (auto que lo vincula a proceso), contaría con un plazo más amplio (al igual que el órgano ministerial), relativo al fijado por el juez de control para el cierre de la investigación.

CONCLUSIÓN

En suma, debe considerarse a la luz de los argumentos expuestos, que el denominado "plazo constitucional" y su consecuencia jurídica relativo al "auto de vinculación o no a proceso", introducido en un sis-

tema de corte acusatorio, únicamente se convierten en un lastre, obstáculo o apéndice procesal que no reportan beneficio alguno de efectivización de derechos hacia los justiciables, ni en su caso, a las víctimas del delito, sino que imponen una injustificada prolongación temporal, así como actos formales innecesarios, amén de incongruentes que trastocan el sentido de la justicia pronta y expedita, además de contrariar el mandato constitucional de que los procesos penales sean *acusatorios*, puesto que de forma incongruente privilegia la imputación con respecto a la acusación, que como ya se ha destacado, sin lugar a dudas constituye la nota más distintiva que se pretende incorporar al sistema procesal mexicano a partir de la reforma penal constitucional y que en la obligación de realizar una interpretación conforme y el control de constitucionalidad correspondiente previsto como obligatorio por el artículo 1o. constitucional, debe tomarse la decisión más adecuada, inaplicando aquellas disposiciones que resulten contrarias al mandato constitucional.

En efecto, independientemente de todos los razonamientos aludidos que evidencian que no se justifica la inclusión del plazo constitucional en un sistema acusatorio, de igual forma queda al descubierto la incongruencia que se genera al pretender mantener dicha figura en un contexto procesal diferente, puesto que si no se ha efectuado la acusación, que es el acto mediante el cual se formaliza el ejercicio de la acción penal,[21] no podría darse tampoco la formalización vinculante a un proceso judicial, sino sólo a uno de investigación con control judicial, en reiteración y consiguiente nulificación del acto imputativo. De ahí que un proveído que al decir de los propios señalamientos expositivos de justificación, se emite con reducción del estándar probatorio, más allá de quebrantar el mandato de que el proceso sea acusatorio, deja al justiciable en la mayor de las inseguridades jurídicas, dado que en ab-

21 Así se encuentra previsto legalmente en la parte *in fine* del primer párrafo del artículo 335 del CNPP.

soluto se cumple con el propósito del pronunciamiento de dicho auto, al asignarle estándares mayores incluso en los efectos que le atribuye la ley secundaria, contraviniendo el sentido de la reforma penal constitucional, puesto que para el seguimiento del proceso, da prevalencia al auto de vinculación, el cual a su vez, impone que debe ser emitido por el hecho o hechos que fueron motivo de la imputación, con lo que finalmente trastoca el propósito acusatorio a que se refieren los artículos 18 y 20 constitucionales en los respectivos sistemas de justicia de adolescentes y de adultos.

Bibliografía

Cursos y publicaciones

Rafael Blanco y Leonardo Moreno, profesores del Diplomado Internacional en Litigio Penal, celebrado en Santiago de Chile, Universidad Alberto Hurtado, 10/01/11.

Blanco Suárez, Rafael, Decap Fernández, Mauricio, Moreno Holman, Leonardo y Rojas Corral, Hugo, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Legal Publishing, 6a. ed., Santiago de Chile, 2011.

Consultas en línea

Canelo Rabanal, Raúl Vladimiro, "La celeridad procesal, nuevos desafíos. Hacia una reforma integral del proceso civil en busca de la justicia pronta, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, 2006, http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AFD8117BA4D5B7CF05257A7E0077571D/$FILE/2006_CaneloRaul.pdf.

Hidalgo Murillo, José Daniel, "La vinculación a proceso para el Código Nacional de Procedimientos Penales", *blog* iustópico y atípico de Armando Juárez Bribiesca, *https://iustopico.wordpress.com/2014/03/13/la-vinculacion-a-proceso-para-el-codigo-nacional-de-procedimientos-penales/*.

Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal: *http://www.setec.gob.mx/*.

Legislación

Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, Conatrib, 2007-2009.

Código Nacional de Procedimientos Penales

Código procesal penal chileno

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de junio de 2008

Diario Oficial de la Federación de fecha 2 de julio del 2015

Ley Federal de Justicia para Adolescentes

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes

Proyecto de Ley Nacional de Justicia para Adolescentes Infractores, Senado de la República.

REFORMA CONSTITUCIONAL AL ARTÍCULO 19, RESPECTO DEL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO

*Rafael Guerra Álvarez**

Sumario: I. *Antecedentes*. II. *Justificación*. III. *Problema*. IV. *Problemática*: *a) Procesal; b) Mantener privado de la libertad al imputado hasta por 72 horas más; y c) De valoración de la prueba.* V. *Conclusión*.

I. ANTECEDENTES

En 2008 el legislador reforma los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73 fracciones XXI y XXIII, 115 fracción VII y 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución y consolida el nuevo modelo de procesamiento penal, conocido como acusatorio y oral, que dejó a tras el modelo mixto o inquisitivo.

El artículo segundo transitorio de dicha reforma obliga a las entidades del país y a la Ciudad de México a establecer a más tardar en el 2018 un modelo procesal penal de corte acusatorio y oral.

Como principales características del modelo de enjuiciamiento penal diseñado con la reforma de 2008 se destacan:

* Magistrado de la Séptima Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México

• Se deja atrás un modelo mixto (o inquisitivo) y se implementa uno acusatorio y oral.

• El procedimiento se divide en tres etapas: investigación, intermedia y de juicio.

• El proceso basado en audiencias orales y públicas, presididas por el juez (inmediación), con igualdad de las partes en todos los actos procesales.

• La presunción de inocencia como rector del quehacer de las autoridades en todos los niveles, lo que implica, entre otros aspectos, que la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público o Fiscal.

• La observancia del debido proceso.

• La despresurización del sistema penitenciario y desjudicialización del sistema penal a través de las salidas alternas y el procedimiento abreviado.

• La integración de criterios de oportunidad.

• La judicialización de actos de molestia que atenten contra derechos fundamentales.

• El equilibrio entre los derechos del imputado y los de la víctima.

En ese esquema, es que el legislador en los párrafos primero, cuarto, quinto y sexto del artículo 19 constitucional incorpora el auto de vinculación a proceso dejando atrás el tradicional auto de plazo constitucional.

II. JUSTIFICACIÓN

El derecho "vale como un instrumento de organización social, que debe ser puesto al servicio de la sociedad y de los hombres que la integran, para facilitar y posibilitar una forma de estructura y de relaciones sociales que asegure a todos los individuos su más pleno desenvolvimiento humano, dentro de una sociedad capaz de promoverlo y asegurarlo".[1]

1 Novoa Monreal, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, 9a. ed., México, Siglo XXI, 1988, p. 17.

El derecho penal no escapa de esa percepción, por el contrario, como *ultima ratio* para que una sociedad moderna y organizada resuelva sus conflictos y sancione al infractor del pacto social, debe ser visto como un instrumento de organización al servicio de la sociedad y de los hombres que la integran.

En tal virtud, el sistema de enjuiciamiento penal (al ser el medio legalmente constituido por los poderes de la unión y el soberano, a través del cual la autoridad decidirá la inocencia o culpabilidad de una persona que se presume inocente ante la presencia de un delito), debe ser *claro* para todos los gobernados y, sobre todo, ser *congruente* y *garantizar que en cada una de sus etapas se respeten sus derechos fundamentales*.

La claridad de la ley coadyuva a que cada ciudadano, no importando raza, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, posición económica o cualquier otra condición social, la comprenda en su totalidad y así, pueda exigir su cumplimiento o conocer su trascendencia ante su inobservancia.

El procedimiento penal debe ser metodológicamente congruente, para así, cuando como último recurso un ciudadano que se presume inocente sea llamado a juicio, éste tenga la certeza de que ha entrado por la puerta de la legalidad que lo llevará irremediablemente hasta la justicia.

Una ley que no es clara ni congruente poco o nada contribuye al respeto de los derechos fundamentales del gobernado, es necesario que cada acto de molestia que el legislador prevé dentro del sistema de enjuiciamiento penal, se encuentre justificado como cuestión necesaria para que el Estado, a través del Juez, emita un acto legal y justo.

En ese sentido, el auto de vinculación a proceso previsto en el artículo 19 constitucional, no cumple con las tres características que anteceden, al ser confuso, incongruente con la metodología de un sistema acusatorio y no garantiza el respeto de derechos fundamentales, como lo es la libertad ambulatoria.

Es por eso que se propone reflexionar respecto del presente tema que he intitulado Reforma constitucional al artículo 19, respecto del auto de vinculación a proceso.

III. PROBLEMA

Como todo proceso, el penal, es una secuencia de pasos interrelacionados con un fin común, en el caso concreto, de acuerdo a la fracción I del apartado A, del artículo 20 Constitucional, el objeto del proceso penal acusatorio y oral es:

a) Esclarecer los hechos,
b) Que el culpable no quede impune,
c) Que el inocente sea absuelto y,
d) Que se repare el daño.

En consecuencia, para que un proceso cumpla con sus fines, se debe consolidar una secuencia de pasos (metodología) clara y congruente. De no ser así, se presentarán problemas no sólo en el ámbito de lo teórico, más grave aún, en el terreno de lo práctico, que es al final, donde los ciudadanos tienen contacto con la administración de justicia.

El *auto de plazo constitucional* fue durante muchos años la base del proceso penal conocido como tradicional o mixto, que prevalecía hasta antes de las reformas a la Constitución de 2008.

En ese entonces, aquel modelo, era metodológicamente correcto, ya que el proceso se organizaba a partir de un esquema de:

a) Averiguación previa
b) Preinstrucción
c) Instrucción

Siendo el *auto de plazo constitucional* el que resolvía la situación jurídica del indiciado, y daba inicio a la etapa de instrucción, donde se ofrecían y desahogaban las pruebas de las partes.

Quedando la libertad personal del procesado restringida, a menos que resultara procedente la libertad provisional en términos de ley.

En palabras sencillas, la regla en aquel modelo era que toda persona permaneciera en prisión y únicamente en algunos casos fuera liberado (la prisión preventiva como regla).

En contraste, en el nuevo diseño procesal penal las etapas son tres:

a) Investigación
b) Intermedia
c) Juicio[2]

Cada una de ellas con un fin determinado, que da congruencia al modelo de enjuiciamiento penal acusatorio y oral:

Etapa de investigación. El objetivo de esta etapa es investigar el delito. Que el Ministerio Público, a través de la coordinación de la investigación (y bajo técnicas de investigación científica), obtenga datos de prueba necesarios para determinar si ejercita acción penal o no, así como proponer soluciones alternas y desarrollar los criterios de oportunidad en concordancia con la Ley. Desarrollando toda la actividad procedimental relacionada con la investigación (tanto inicial como complementaria), hasta su cierre.

Etapa intermedia. La finalidad de esta etapa es la preparación del Juicio. A través de la depuración de la prueba (incluidos los acuerdos probatorios). El Juez de control, por petición de las partes, admitirá o excluirá las pruebas que se oferten, identificando, en su caso, alguna cuestión de previo y especial pronunciamiento (procediendo aún las soluciones alternas).

2 Sin pasar por alto que el estudio de la teoría general del proceso continúa vigente al formar parte de nuestro sistema de justicia de una tradición germana-romana.

Etapa de Juicio. El objeto de esta etapa es dirimir el fondo de la controversia. El Tribunal de enjuiciamiento (o unitario si así se determina) debe resolver, a partir de la inmediación en la producción de prueba (y en su caso los acuerdos probatorios o la prueba anticipada), la condena o absolución del acusado e imponer la pena o medida seguridad correspondiente.

A tal virtud, el diseño procesal del sistema mixto (o tradicional) correspondía con un método y el acusatorio con otro, como se distingue enseguida:

Precisado lo anterior, devienen sendos problemas cuando en un método procesal se insertan figuras jurídicas que no corresponden con la metodología del nuevo proceso. Para el sistema mixto o tradicional, no hay duda de que el *auto de plazo constitucional* es congruente con su metodología:

Sin embargo, en lo tocante al sistema acusatorio y oral, un **auto** de esas características es incongruente con su método, ya que una etapa (conocida como investigación), es "partida" en dos, y en su mitad –sin más– se incrusta el *auto de vinculación a proceso,* cuando aún no se concluye la investigación y ni siquiera se sabe si el Ministerio Público concretizará la acusación en contra de una persona.

No obstante que la reforma constitucional de 2008 fue de avanzada, se mantuvo la figura del *auto de formal prisión***,** ahora bajo el nombre de *auto de vinculación a proceso;* no obstante, que como se insiste, dicha figura no corresponde con un proceso acusatorio y oral.

Lo anterior se evidencia cuando se compara la redacción del artículo 19 Constitucional, antes y después de la reforma. Advirtiéndose que lo que el legislador llevó a cabo, fue únicamente sustituir *auto de formal prisión* por *vinculación a proceso*, como si con eso fuera suficiente para dar congruencia al proceso penal acusatorio y oral.

Haber integrado una figura jurídica ajena al método acusatorio y oral es por sí mismo un problema, ya que, en términos del proceso le-

gislativo, se deben respetar sus seis etapas: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación, publicación y vigencia; si en cambio, se discute una ley y luego se busca su publicación, es evidente el error metodológico, y escapa a nuestra lógica que alguien lo pudiera así plantear.

IV. PROBLEMÁTICA

Bajo este contexto, la inclusión del *auto de vinculación a proceso* en un método que le es ajeno, en el terreno práctico provoca diversas problemáticas de carácter:

a) Procesal

El artículo 19 Constitucional señala que el *auto de vinculación a proceso* debe dictarse dentro del inicio de la fase de investigación complementaria. Al emitirse dicho auto el Fiscal aún no concluye su investigación, es decir, aún no concretiza su pretensión punitiva, dado que no sabe si su investigación alcanzará para acusar o no al imputado. Lo que se traduce en que *el Juez analiza el fondo de una investigación inacabada, lo cual incide en la imparcialidad del Juez y vulnera el principio de presunción de inocencia, al emitir en contra del imputado un acto de molestia cuando aún el órgano de acusación no ha decidido si hará patente su pretensión punitiva.*

El dictado del *auto de vinculación a proceso rompe con la naturaleza de la etapa de investigación.* El fin principal de la etapa de investigación es la obtención de evidencias de todo tipo para decidir si el Fiscal acusa o no al imputado, es decir, aún no se está en presencia de una etapa de instrucción como ocurría en el sistema mixto; en consecuencia, resulta desacertado incorporar una resolución de fondo cuando está vigente la investigación.

b) Mantener privado de la libertad al imputado hasta por 72 horas más

El *auto de vinculación a proceso no da certeza jurídica al imputado y alarga la prisión preventiva.* De acuerdo al esquema Constitucional diseñado en el artículo 16 y 19 Constitucionales, se desprende que el Ministerio

Público puede tener detenida a una persona durante 48 horas y el Juez de hasta 144 horas, antes del dictado del auto de vinculación a proceso, es decir, transcurren 5 u 8 días en que una persona (que se presume inocente) es privada de su libertad.

Bastaría con la formulación de imputación para que el Fiscal (con la supervisión de la autoridad judicial) continúe con la investigación complementaria, sin necesidad del dictado de un auto de vinculación a proceso.

En un modelo adecuado del proceso penal acusatorio y oral, basta que dentro de las 48 horas el Ministerio Público ejercite acción penal y el Juez de control, si no se le obligara a dictar auto de vinculación a proceso, dentro de la misma Audiencia Inicial, se concentraría en *ratificar la legalidad de la detención*, escucharía la justificación del Fiscal para que se investigue a una persona (*formulación de imputación*) y determinaría, si hay controversia, si resulta procedente o no que se continúe investigando a un ciudadano, es decir, en términos prácticos: en algunos minutos, y el mismo día, el imputado sabría en la sala de audiencias si permanecerá o no en prisión preventiva o bajo una medida cautelar diversa (real o personal).

c) De valoración de la prueba

Con el *auto de vinculación a proceso el Juez de control debe valorar pruebas que sólo son datos.* Respecto de la valoración de la prueba, los doctrinarios, y luego el legislador, han tenido que distinguir entre *dato de prueba*, *medio de prueba* y *prueba*. Dicha distinción es para dar congruencia al sistema procesal acusatorio y oral; sin embargo, en el diseño mexicano, se mal interpretó, ya que el dato de prueba debe sostener la ratificación de la detención y la discusión de medidas cautelares, no así un acto de fondo como lo es el análisis de la prueba en un momento inacabado de la investigación. La existencia del *auto de vinculación a proceso* obliga al Juez de control a *pre-valorar* un dato de prueba en una etapa de investigación inacabada. Más grave aún: se permite a la defensa producir prueba en la Audiencia Inicial, y luego el Juez se enfrenta al problema

de que ya no sólo tiene los "datos de prueba" que aporta el Fiscal sino ahora también "pruebas" desahogadas por la defensa, ¿a cuál de ellas habrá de dar más valor? Parece ser que a la prueba producida, al ser la que el Juez inmedió a partir de la contradicción de las partes, y no al dato de prueba que únicamente es un registro de la investigación. En la práctica lo que el Juez hace es valorarlas del mismo modo, porque no hacerlo así, provocaría una ventaja indebida para la Defensa, respecto del Fiscal y la Asesoría jurídica, otro aspecto que rompe con el método de cualquier sistema procesal penal.

Quienes apoyan la permanencia del auto de vinculación a proceso sostienen como ventajas las siguientes:

Argumentos a favor	Análisis del autor
El auto de vinculación a proceso respeta la tradición jurídico penal mexicana y evita adoptar modelos extranjeros.	No se comparte. Es insostenible solucionar una controversia metodológica con argumentos sólo "culturales", basados en la tradición jurídica. O en su defecto, intentado implementar en un modelo acusatorio (como el que da origen a las reformas de 2008) instituciones jurídicas inherentes a un modelo mixto, basado en argumentos "nacionalistas". Es como querer introducir un circulo en la figura de un triángulo. No es posible. Todo análisis serio debe girar en torno a razones científicas, no a meros juicios de valor como la cultura y el nacionalismo, ya que ello provoca problemas como el que ahora se analiza.
El auto de vinculación a proceso legitima la detención del imputado, cuando éste se encuentre en prisión preventiva.	No se comparte. No es posible señalar que el auto de vinculación a proceso legitima la detención del imputado, cuando éste se encuentre en prisión preventiva, ya que dicho acto jurídico lo es la *ratificación de la detención*, que se traduce en la judicialización del Juez, de la calificación de la detención que preliminarmente llevó a cabo el Ministerio Público.

El auto de vinculación a proceso representa el acto jurisdiccional a través del cual se resuelve la situación jurídica del imputado, como ocurría en el sistema mixto.	No se comparte. El auto de vinculación a proceso se dicta en la etapa de investigación, es decir, el Fiscal, luego de la vinculación, seguirá investigando, y ahora sí, a través, en su caso, del *escrito de acusación*, resolverá la acusación o no del imputado, que, con la intervención de la defensa, permitirá quede fijada la Litis. Siendo que la situación jurídica del sujeto a investigación –desde que es detenido o puesto a disposición del Juez, hasta el cierre de investigación- es de *imputad*o, en su calidad *probable de haber cometido* un hecho que la ley señala como delito, por lo que no hay duda de su situación jurídica. Es claro que es un ciudadano investigado con la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, como se le informó en la formulación de imputación. Así, con la *formulación de la imputación* es suficiente para investigar durante los meses siguientes al imputado y decidir si se formula o no acusación en su contra, y ya en las medidas cautelares se discutirá si eso será en prisión preventiva o en libertad (a excepción de los delitos de prisión preventiva oficiosa). En consecuencia, basta con la formulación de imputación para que el Fiscal (con la supervisión de la autoridad judicial) continúe con la investigación complementaria, sin necesidad del dictado de un auto de vinculación a proceso.

El auto de vinculación a proceso es un filtro para la actuación el Ministerio Público y evitar así el desarrollo de juicios con investigaciones deficientes.	No se comparte. No se requiere del auto de vinculación a proceso para analizar la apariencia del buen derecho, esto puede ocurrir –de desaparecer la vinculación a proceso- con el análisis de la medida cautelar, ya que en esta se analizan dos tópicos: *a)* Apariencia de buen derecho *b)* Peligro en la demora. Siendo en el primer aspecto, donde se puede analizar si existe una causa probable, de haberla la medida cautelar puede ser más severa, dado que es latente la posibilidad de que el Fiscal acuse al imputado, de no ser así, la medida cautelar es menos severa dada la poca probabilidad de que el Ministerio Público acuse y así, se respetan los derechos del imputado.
Con el auto de vinculación a proceso se permite al imputado y a su defensa producir pruebas ante el Juez.	No se comparte. No existe razón procesal para que el imputado o su defensa produzcan prueba en relación a una investigación inconclusa. Máxime que en todo momento no sólo tienen acceso a los registros de investigación, además, pueden solicitar al Fiscal la obtención de algún dato o medio de prueba. Además, al corresponderle al Fiscal la carga de la prueba, de advertir deficiencias en la justificación de la apariencia de buen derecho, puede la Defensa solicitar al Juez la libertad del imputado en la medida cautelar.[3]

3 Al respecto, y como parte integral de la propuesta que se expone, y de la cual he abundado en otros espacios, se puede incorporar una figura excepcional de revisión preliminar para la Defensa o el imputado, para que el Juez de control analice "a causa probable", y así decidir si permite al Fiscal seguir investigando, o en su defecto, se decrete sobreseimiento.

V. CONCLUSIÓN

La redacción en el primer párrafo del artículo 19 constitucional con las reformas de 2008 únicamente modificó el término "auto de plazo constitucional" por el de "vinculación a proceso", sin atender a la nueva metodología del sistema acusatorio.

El auto de vinculación a proceso no corresponde con un sistema procesal acusatorio y oral, obligando al Juez de control a *pre-valorar* datos de prueba en una etapa de investigación inacabada.

Sin auto de vinculación a proceso no existe duda de la situación jurídica del imputado.

El auto de vinculación a proceso mantiene privado de la libertad al imputado hasta por 144 horas más.

Es con el análisis de las medidas cautelares y no con el auto de vinculación a proceso que se analiza la apariencia de buen derecho, para respetar los derechos del imputado.

Para verificar la actuación del Ministerio Público se pueden incorporar dos figuras, congruentes con el método procesal acusatorio y oral: "estudio de la causa probable" (como excepción) y control judicial sobre la acusación (como regla).

GOBIERNO ELECTRÓNICO, JUSTICIA ABIERTA Y CIBERJUSTICIA EN MATERIA ELECTORAL (JUICIO EN LÍNEA)

Moisés Vergara Trejo[*]

Sumario: I. *Informática jurídica*. II. *Gobierno electrónico*. III. *Justicia abierta*. IV. *Ciberjusticia en materia electoral (juicio en línea)*. V. *Conclusiones*; y VI. *Mesografía*.

I. INFORMÁTICA JURÍDICA

El profesor Jesús Pérez Sánchez apunta que el vocablo informática parte del estudio de las computadoras, así como de sus principios fundamentales y de su aprovechamiento, por lo que dicha palabra hace referencia a máquinas que realizan múltiples operaciones simultáneas mediante diversos tipos de *software*; es por ello que en el ámbito del derecho procesal, se ha comenzado a utilizar diversos elementos "informáticos" que paulatinamente han sustituido métodos convencionales

[*] Doctorando en Derecho por la Facultad de Derecho de la Barra Nacional de Abogados, licenciado en Derecho, especialista en Derecho electoral y maestro en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), tiene estudios de especialización en derechos fundamentales y transformaciones del Estado en la Universidad Carlos III de Madrid, España.

dentro del quehacer jurisdiccional (almacenamiento de información de libros a discos ópticos, uso de redes de área local (LAN), etc.)[1]

El mismo autor, afirma que la informática ha permeado a pasos agigantados en el derecho procesal, pues se han venido implementado diversos medios de comunicación entre el juzgado y las partes, iniciando con el expediente electrónico, hasta llegar a los procesos en línea en su totalidad, en los cuales se utilizan las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), prescindiendo de personas físicas.

Por su parte, el doctor Julio Téllez aduce que la palabra informática es un neologismo derivado de los vocablos información y automatización, sugerido por Phillipe Dreyfus en 1962, lo cual puede simplificarse si la entendemos como un conjunto de técnicas destinadas al tratamiento lógico y automatizado de la información con miras a una adecuada toma de decisiones.[2]

Siguiendo con este autor, el cual es considerado como uno de los pioneros en el estudio del derecho informático, podemos sostener que el mismo, es una nueva rama del conocimiento jurídico en continuo desarrollo, que tiene en su haber novedosos antecedentes a nivel histórico; siendo a partir de 1949 cuando Norbert Wiener en su obra *Cibernética y Sociedad*, dedica el cuarto capítulo al estudio del Derecho y las comunicaciones, expresando la influencia que ejerce la cibernética respecto a uno de los fenómenos sociales más significativos: el jurídico.

Asimismo, el doctor Téllez comenta que en ese mismo año, el juez norteamericano Lee Loevinger publicó un artículo de 38 páginas en la revista *Minessota Law Review*, titulado "The Next Step Forward", en el cual menciona que el próximo paso en el largo camino del progreso del hombre, debe ser el de la transición de la teoría general del derecho

1 Pérez Sánchez, Jesús, "El derecho procesal y la informática" en Romero López, Lucero, *Jus Informa TIC's*, México, IIJ-UNAM, 2011, pp. 140-141.

2 Téllez Valdés, Julio, *Derecho informático*, México, McGraw Hill, 2009, p. 5.

hacia la jurimetría, que es la investigación científica acerca de los problemas jurídicos.[3]

Más adelante, el mismo autor se anima a proponer una definición de Derecho Informático, con los riesgos que ello implica, sosteniendo que es una rama de las ciencias jurídicas que contempla a la informática como instrumento (informática jurídica) y como objeto de estudio (derecho a la informática).

Nosotros podemos decir, siguiendo al profesor Téllez que la informática jurídica es el conjunto de aplicaciones de la informática en el ámbito del derecho.

Otros autores señalan que la informática jurídica tuvo como principal razón de existencia, la recuperación y fácil acceso de instrumentos jurídicos. Se dice que fue en la Universidad de Pittsburgh en Pensilvania, a finales de la década de los cincuenta, cuando el director del *Health Law Center* concibió la idea de crear un mecanismo a través del cual se pudiera tener acceso a información legal de manera automatizada. En dicha Universidad se colocaron los primeros ordenamientos jurídicos en cintas magnéticas, dando nacimiento a la recopilación legal informática.[4]

No obstante lo poco explorado del tema, existen múltiples denominaciones a esta disciplina en distintos países: *jurimetría, iuscibernética, law and computers, informatique juridique, rechinformatique, y rechcibernetik*, entre muchos otros.

Nosotros sostenemos que la informática jurídica no solo se ocupa de los aspectos sustantivos o adjetivos del derecho, relacionados con la resolución de medios de impugnación o *ciberjusticia*, sino también guarda estrecha relación con el gobierno electrónico y la justicia abierta.

3 *Ibidem*, p. 8.

4 Informática Jurídica. *Concepto, Origen y Evolución*, por Nicolás Tato: <http://www.nicolastato.com.ar/esp/docs/UNIDAD%20I.pdf>. Consultada el 11 de mayo de 2017.

II. GOBIERNO ELECTRÓNICO

El gobierno electrónico o *e-government*, es un concepto de gestión que fusiona el empleo adecuado y acentuado de las TIC, con modalidades de gestión y administración, como una nueva forma de gobierno, sin perder de vista que un programa gubernamental es ante todo un proyecto de políticas públicas donde se imaginan escenarios, se programan acciones y se acentúan relaciones eficientes dentro de la administración y en referencia a los ciudadanos y a las empresas.[5]

En el caso de la Ciudad de México (CDMX), el 7 de octubre de 2015 fue publicada en la entonces *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, la Ley de Gobierno Electrónico, la cual tiene por objeto establecer los principios que regirán las comunicaciones entre los ciudadanos y las dependencias, órganos desconcentrados, órganos político-administrativos y entidades de la Administración Pública, a través del uso y aprovechamiento de las TIC; y, determinar las bases y componentes que sirvan para el diseño, regulación, implementación, desarrollo, mejora y consolidación del gobierno electrónico en la capital del país.

En dicho ordenamiento, se reconoce el derecho de los ciudadanos para relacionarse y comunicarse con todos los órganos gubernamentales, mediante el uso de medios electrónicos y las TIC de uso generalizado.

Los principios rectores a los que se sujeta el gobierno electrónico del Distrito Federal (hoy CDMX), en términos del artículo 3 de la referida Ley de Gobierno Electrónico, son los siguientes:

> Artículo 3.
>
> …
>
> *a) Principio de accesibilidad*: Facilitar la información de las Dependencias, Órganos Desconcentrados, Órganos Político-Administrativos y Entidades de la

5 Téllez Valdés, Julio, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

Administración Pública del Distrito Federal y la difusión de los trámites, servicios y demás actos de gobierno por medios electrónicos, en un lenguaje claro y comprensible.

b) Principio de adecuación tecnológica: Promover el uso estandarizado de las TIC, compatibles con cualquier medio o dispositivo electrónico, para satisfacer las necesidades de las Dependencias, Órganos Desconcentrados, Órganos Político-Administrativos y Entidades de la Administración Pública del Distrito Federal y de la ciudadanía.

*c) Principio de legalidad***:** La información, substanciación y resolución de trámites, servicios y demás actos de que se realicen por medios electrónicos por las Dependencias, Órganos Desconcentrados, Órganos Político-Administrativos y Entidades de la Administración Pública del Distrito Federal, serán acordes a las formalidades establecidas en las disposiciones jurídicas aplicables.

*d) Principio de privacidad***:** Comprende el respeto a la información personal de los usuarios o ciudadanos en el uso de comunicaciones electrónicas por parte de las Dependencias, Órganos Desconcentrados, Órganos Político-Administrativos y Entidades de la Administración Pública del Distrito Federal, siempre en apego a las normas y disposiciones en materia de protección de datos personales.

*e) Principio de responsabilidad***:** Las comunicaciones o actos emitidos por las Dependencias, Órganos Desconcentrados, Órganos Político-Administrativos y Entidades de la Administración Pública del Distrito Federal que se ubican en medios electrónicos, encontrarán su validez mediante el uso de la firma electrónica avanzada u otros mecanismos de validación de firma digital legalmente reconocidos.

El mismo ordenamiento, en sus artículos 10 y 11, prevé que la Administración Pública contará con un órgano colegiado denominado Comisión de Gobierno Electrónico del Distrito Federal (hoy CDMX), para el diseño e implementación de las estrategias de TIC, la generación y difusión de conocimiento en la materia y asesoría en proyectos transversa-

les de modernización e innovación a los órganos de la Administración Pública, la cual estará integrada por:

- Un Presidente que será el titular de la Oficialía Mayor;
- Un Presidente Suplente que será el titular de la Coordinación General de Modernización Administrativa;
- Un Secretario Técnico que será el titular de la Dirección General de Gobernabilidad de TIC;
- Un Vocal por cada uno de los órganos de la Administración Pública; y
- Los vocales que serán los titulares del área de TIC, sistemas, informática o modernización del ente público.

En términos generales, las que se conocen como fases de gobierno electrónico, según la Contraloría General del Gobierno de la CDMX a través del portal *Transparencia 360°*, se han denominado de la manera siguiente:

> Fase I: *Presencia*. En esta primera etapa el gobierno tiene presencia en Internet a través de la divulgación de sus sitios web o portales. En esta instancia los organismos ponen a disposición información básica de manera rápida y directa. No existe mayor relación con ciudadanos y empresas debido a que la información puesta en línea no posibilita la interacción.
>
> Fase II: *Interacción*. En la etapa de interacción es posible una comunicación más directa entre los ciudadanos y los organismos. Estos no solo brindan información, sino que están preparados para recibir opiniones y establecer una comunicación con la población a través del correo electrónico, envío de formularios, de comentarios de opinión o de foros.
>
> Fase III: *Transacción*. En esta fase, en la que se encuentran instituciones más avanzadas en materia de tecnología, se han incorporado aplicaciones de auto servicio para que el ciudadano pueda realizar trámites completos en línea.

Fase IV: *Transformación*. En la cuarta fase, que corresponde a la transformación, el salto es cultural, lo cual genera un reto mayor para su implementación porque implica una redefinición de los servicios y de la operación de la administración pública, creando una integración total entre agencias y entre niveles regionales, así como con el sector privado, las organizaciones no gubernamentales y el ciudadano, permitiendo servicios cada vez más personalizados.

Fase V: *Participación democrática*. Representa el nivel más sofisticado de las iniciativas en línea del gobierno, puede ser caracterizada por una integración de las interacciones con empresas, ciudadanos y otras administraciones. El gobierno estimula la toma de decisiones participadas y está dispuesto a implicar a la sociedad en la red en un diálogo de doble dirección. A través de características interactivas tales como blogs, foros y otros, el gobierno solicita activamente opiniones y participación a los ciudadanos y los integra en el proceso interno de toma de decisiones.[6]

La importancia del gobierno electrónico fue reconocida posteriormente en la Constitución Política de la Ciudad de México (CPCDMX), a grado tal que en su artículo 16, dispuso que las autoridades facilitarán a sus habitantes el acceso a las TIC a fin de asegurar su integración a la sociedad del conocimiento y el ejercicio de los derechos reconocidos en esa Constitución.[7]

La conectividad, según el artículo 16 de CPCDMX, "será ofrecida en condiciones de eficiencia, calidad y alta velocidad que permitan consolidar una ciudad digital con acceso universal, equitativo, asequible y progresivo. Será gratuita en el espacio público, y para ello se promoverá la concurrencia de los sectores público, social y privado."

En ese sentido, el mismo artículo prevé que la hoy CDMX "contará con la infraestructura de tecnologías de la información y comunicacio-

6 http://www.transparenciafocalizada.cdmx.gob.mx/index.php/consultoria/129-gobierno-electronico/640-que-es-el-gobierno-electronico. Consultada el 24 de agosto de2017.

7 Recordemos que la CPCDMX se publicó el cinco de febrero de dos mil diecisiete en la *Gaceta Oficial de la CDMX*, y la Ley de Gobierno Electrónico del Distrito Federal el siete de octubre de dos mil quince en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*.

nes que garantice la transferencia, almacenamiento, procesamiento de información, la comunicación entre dependencias de la administración pública, así como la provisión de trámites y servicios de calidad a la población".

III. JUSTICIA ABIERTA

Una vez analizado el concepto de gobierno electrónico, podríamos abordar una reflexión en torno a la justicia abierta.

Empecemos por preguntarnos: ¿La justicia es parte de gobierno?, ¿la justicia debe ser abierta o es una tarea que comprende solamente a las autoridades judiciales y a las partes interesadas?

En palabras de la autora *Irma Ramos Salcedo,* el principio de *Open Justice* (justicia abierta) se puede encontrar en las familias jurídicas anglosajonas o del *Common Law*, este principio básicamente establece que los procesos judiciales deben ser de puertas abiertas a la ciudadanía, la cual pueda informarse sobre el desarrollo judicial, pero también pueda comprender su razón de ser; esto se considera así pues el escrutinio público de las cortes, tribunales y juzgados es fundamental para conservar la confianza en las instituciones que componen todo sistema de justicia.[8] El proceso judicial, desde esta óptica, debe ser transparente, de fácil acceso y entendimiento, y facilitar el arribo eficaz a la justicia por parte de la ciudadanía.

El concepto de justicia abierta ha ido evolucionando en su contenido, pues las exigencias sociales en los rubros de rendición de cuentas, eficacia, protección de derechos, participación ciudadana, entre otros tantos, le han tornado mucho más complejo.

En México hay algunas voces en el sector judicial que se han empeñado por difundir el concepto de justicia abierta, particularmente en la

8 Jiménez Gómez, Carlos, *Justicia abierta: transparencia y proximidad de la justicia dentro del actual contexto de Open Government*, España, Centro de Estudio Jurídicos y Formación Especializada-Departamento de Justicia de Calatuña, 2014, pp. 14-15.

materia electoral, tal es el caso del doctor Salvador Nava Gomar, el cual afirma que "La justicia abierta debe tener dos planos: material y formal. En el primer caso, para acceder a un juez competente e imparcial; en el segundo, la sensibilidad para poner a disposición del público las resoluciones, incluyendo anteproyectos de resolución, […] Esto es una justicia y un Tribunal abierto".[9]

Es pertinente rescatar también las ideas del investigador Carlos E. Jiménez Gómez, para intentar clarificar el contenido semántico de este concepto, mismo que aborda en los términos siguientes:

> Justicia Abierta [se entiende] como la extensión de la filosofía y los principios del Gobierno Abierto (especialmente Transparencia, Participación y Colaboración) aplicados al ámbito de la justicia donde la innovación y, actualmente, las TIC son herramientas clave para estas iniciativas. Asimismo, definimos Modernización de la justicia como el perfeccionamiento de la Administración de justicia orientado a conseguir un servicio público en el ámbito de la justicia, equiparable en rendimiento al de los servicios públicos más avanzados, actual, ágil, eficaz y confiable, que garantice el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, y que cumpla con las expectativas actuales de la ciudadanía.[10]

Es en este contexto donde podemos ubicar a los juicios en línea, es decir, aquellos procedimientos de carácter contencioso, realizados ante una autoridad judicial, que se siguen mediante un sistema online.

Al respecto, el magistrado Juan Ángel Chávez Ramírez precisa:

> Los avances tecnológicos […] modifican la interacción del hombre en sociedad, muestra de ello, son las tecnologías digitales que ahora nos permiten el procesamiento de la información por medios artificiales, abriendo un abanico de

9 Nava Gomar, Salvador, *Participación en el II Simposio en Materia Electoral y Transparencia*, 15 de octubre del 2015.

10 Jiménez Gómez, Carlos, *op. cit.*, p. 19.

posibilidades para relacionarnos que van más allá de solucionar los problemas de comunicación a distancia, generando la necesidad de las personas de estar siempre conectadas al mundo globalizado […]

De esta suerte, la gran mayoría de los servidores públicos federales, estatales y municipales, los justiciables, y en general la población que debe ocurrir ante ellos, de algún modo estamos cada vez más inmersos en el uso de estas tecnologías, que caracterizan la nueva sociedad del conocimiento.

En lo concerniente al Derecho, hace apenas un par de décadas la forma en que se impartía justicia era muy distinta, es difícil imaginar ahora un tribunal en el que no se usen las computadoras cuando menos para la elaboración de documentos jurídicos; poco a poco no sólo se ha sustituido a las máquinas escribir para realizar esa actividad, ahora se pueden realizar un sin número de procesos con la ayuda de la tecnología, desde la consulta de una jurisprudencia, hasta la notificación de una sentencia vía internet.[11]

Es decir, el quehacer judicial no ha sido ajeno a este tipo de avances tecnológicos, por lo que poco a poco y de manera paulatina, las instituciones impartidoras de justicia han adoptado distintas medidas para su eficiente operación.

Temas tan fundamentales como la captura de versiones estenográficas, la redacción de acuerdos, el flujo de información, entre otras diversas actividades del quehacer judicial, están íntimamente ligadas con las diversas manifestaciones tecnológicas.

En palabras de la licenciada Nayeli García Aguilar, sería una torpeza afirmar que el Derecho puede ser distante al fenómeno incesante de la modernización digital, por ello, debe brindarse una sólida seguridad jurídica para su empleo en dicho campo. Los procedimientos informáticos en el ámbito judicial configuran la forma más moderna, económica

11 Chávez Ramírez, Juan Ángel, "El modelo del sistema de justicia en línea y su expansión a otros ámbitos de la jurisdicción", en *Estudios en Homenaje a César Esquinca Muñoa*, México, IIJ-UNAM, p. 200.

y pronta para poder acceder a la justicia, y hay que subrayar que pese lo complicado que se tornan hoy para algunos, estos serán los medios que en un futuro facilitarán todas las tareas judiciales.[12]

Hoy en día, nos dice el magistrado Juan Ángel Chávez Ramírez, es posible sustanciar diversos trámites administrativos en línea, pero no existía –hasta hace muy poco tiempo— una herramienta al alcance de la ciudadanía para acceder a la justicia por dicho medio; en México, aduce este autor, el pionero resultó ser el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, pues identificó que se requería de un procedimiento cuyas características permitieran su desahogo a través de una plataforma totalmente electrónica que sirviera como modelo de aplicación de las nuevas tecnologías a la justicia.

La justicia electrónica mexicana tiene entonces su fundamentación en el derecho administrativo y fue en 2011 cuando, según Chávez Ramírez, se dio el paso más significativo de la historia de la justicia electrónica mexicana, lo cual relata de manera textual en los términos siguientes:

> Es así como a partir del día 08 de agosto de 2011, entró en operación el primer Sistema en el mundo que permite substanciar en todas sus partes un procedimiento jurisdiccional, desde la presentación de la demanda hasta la notificación de la sentencia definitiva a través de internet, con lo que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa da un nuevo alcance a la garantía constitucional establecida en el artículo 17 de la Ley Suprema, con la impartición de justicia pronta, completa e imparcial, pero sobre todo sin mediar obstáculos de tiempo y distancia. De esta manera se ahorra tiempo y recursos al Tribunal, pero sobre todo a los justiciables quienes pueden presentar sus demandas, consultar el expediente e interponer promociones las 24 horas, los 365 días al año. Cabe precisar que el desahogo del Juicio en Línea es optativo para los particulares, y los justiciables que opten por la justicia en línea obtendrán comodidad, prontitud, eficacia y

12 García Aguilar, Nayeli, *Valor probatorio de los documentos judiciales emitidos en el juicio en línea, México, Dirección General de Bibliotecas UNAM, 2011, p. 229*

> seguridad al facilitárseles la presentación de su demanda, promociones y pruebas, así como la consulta del expediente desde cualquier lugar y a cualquier hora, con el consiguiente ahorro de tiempo, recursos y esfuerzo. Cuando el particular elija el Juicio en Línea, éste será obligatorio para las autoridades, sin que ello implique alguna desventaja o desigualdad de partes, toda vez que las dependencias y organismos gubernamentales cuentan, en la mayoría de los casos, con la estructura necesaria.[13]

En el caso de la CDMX, su Tribunal Electoral ha realizado el esfuerzo de implementar un modelo de justicia abierta para consolidarse como un órgano jurisdiccional que no sólo brinde confianza, sino que respete y promueva los derechos humanos, la cultura de la legalidad y el Estado de derecho; con el propósito de brindar a ciudadanía, una justicia electoral más ágil y transparente y, sobre todo, más cercana a la gente

IV. CIBERJUSTICIA EN MATERIA ELECTORAL (JUICIO EN LÍNEA)

La ciberjusticia se encuentra íntimamente relacionada con los conceptos de gobierno electrónico y justicia abierta, pues es con base en las políticas de transparencia y de relación y comunicación con las dependencias de gobierno, mediante el uso de las TIC, que los ciudadanos pueden tener acceso a la procuración e impartición de justicia en diversas materias; sin embargo, hasta la fecha, ello no ha sucedido en la electoral.

Hoy en día, es evidente que la informática jurídica ha comenzado a ocuparse cada vez más de diversos aspectos del derecho procesal, precisándose que no se trata que el sistema informático tome las decisiones *per se*, sino que sea coadyuvante de los operadores jurídicos, tal como señala el doctor Téllez.

13 Chávez Ramírez, *op. cit.*, pp. 201 y 202.

Desde mi punto de vista, el derecho procesal informático tiene aspectos de documentación judicial, como puede ser el almacenamiento electrónico de constancias, tesis de jurisprudencia o datos en general; así como de gestión remota, tal es el caso de las notificaciones a las partes o el desahogo de pruebas y audiencias; y una un tanto más atrevida pero cada vez más visible y contundente, la decisoria, donde, en algunos casos, el fallo del juzgador no se hará únicamente a través de estos medios electrónicos utilizados como herramientas de escritura y procesamiento de datos, sino a través de sistemas expertos basados en inteligencia artificial, diseñados expresamente para apoyar a los juzgadores en sus fallos.[14]

La función jurisdiccional, así como el ejercicio de la abogacía, se han adentrado en el campo de las TIC como nunca antes se había pensado; sin embargo, aún faltan algunos años para que se implemente de manera natural en la mayoría de los operadores jurídicos en nuestro país, pues si bien para un nativo tecnológico es algo cotidiano, para gran parte de quienes forman parte de la transición tecnológica, es algo aún muy complicado.

En diversas partes del mundo ya se reflexiona sobre los aspectos informático-procesales del Derecho, y se comienzan a proponer marcos legislativos que permitan operar procedimientos jurisdiccionales mediante aplicaciones electrónicas; esto no es solamente un tema que pertenece —como muchos podrían pensar— a países de Europa o América del Norte; en América Latina existen ejemplos sobre la prioridad que debe darse al estudio y enseñanza del denominado Derecho Procesal Informático, tal es el caso de la República de Argentina con el Instituto

14 Sistemas expertos (ES, siglas del *término Expert System*) es un sistema de información basado en el conocimiento que usa su conocimiento de un área de aplicación compleja y específica a fin de actuar como un consultor experto para los usuarios finales. Los sistemas expertos proporcionan respuestas sobre un área problemática muy específica al hacer inferencias semejantes a las humanas sobre los conocimientos obtenidos en una base de conocimientos especializados. *https://www.ecured.cu/Sistemas_expertos*. Consultada el veintiséis de junio de dos mil diecisiete.

Argentino de Derecho Procesal Informático, donde están conscientes que el "formato papel" en los procesos jurisdiccionales, tarde o temprano pasará a un segundo plano, al ceder paso al formato electrónico-digital.[15]

En México, ha sido una tradición no escrita que después de cada proceso electoral federal, los actores políticos anuncian con bombo y platillo: *la reforma política definitiva*; sin embargo, dichas reformas, lejos han estado de ser definitivas.

A lo largo del tiempo, fue evolucionando paulatinamente el sistema electoral mexicano, incluyendo, desde luego, cambios importantes en el sistema de medios de impugnación en materia electoral, basados siempre en el fantasma de la desconfianza.

En el caso del Distrito Federal (hoy CDMX), el Código Electoral, en diversos momentos, ha considerado la inclusión de sistemas electrónicos de votación para las elecciones constitucionales, ya sea dentro del territorio de esta ciudad capital o desde el extranjero. En cierta época, el Instituto Electoral local realizó pruebas piloto vinculantes en un determinado número de secciones, pero jamás en la totalidad de ellas.

Por su parte, las leyes procesales electorales, establecieron la obligación del Tribunal Electoral local de aprobar un Acuerdo que contuviera las causales de nulidad de la votación recibida en casilla, así como de la elección, cuando se utilizaran instrumentos electrónicos; pero nunca, ninguna Legislatura, se ha interesado en normar el juicio en línea en materia electoral.

Si bien la implementación de la votación en línea en nuestro país se ha vuelto un tema tabú, ligado muchas veces a la fragilidad de la certidumbre del conteo de votos, así como la seguridad misma de los sistemas informáticos, aunado a la ausencia de causales de nulidad de la votación y elección cuando se utilicen medios electrónicos, eso no es

15 *http://iadpi.com.ar/*. Consultada el 25 de agosto de 2017.

impedimento para discutir la implementación de un juicio en línea en materia electoral, el cual tiene muchas virtudes, pero una de ellas es que permite eficientar el trabajo con menos personal y, por ende, con menos recursos.

Producto de la reforma político-electoral de 2014, la carga de trabajo de los tribunales electorales en las entidades federativas aumentó, debido a que se les otorgó la novedosa facultad de resolver los procedimientos especiales sancionadores, sustanciados por los institutos electorales locales, además de los medios de impugnación tradicionales.

Para ejemplificar, tan solo durante los meses de abril, mayo y junio de 2016, el tribunal local conoció 2,089 asuntos, mismos que fueron atendidos en breve tiempo por el personal de tan solo 5 ponencias, lo cual implicó cargas de trabajo excesivas para dichos trabajadores, debido a que todo el procedimiento litigioso se lleva a cabo bajo el sistema tradicional; siendo las notificaciones, el talón de Aquiles.

El siguiente cuadro nos ilustra con mejor detalle el número de medios:[16]

ASUNTOS	JUICIO O PROCEDIMIENTO	2016			TOTAL
		ABRIL	MAYO	JUNIO	
ELECTORALES	Juicios Electorales	1	8	7	16
	Juicios para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos	1001	1048	2	2051
LABORALES	Juicios para dirimir conflictos laborales entre el IEDF y sus servidores	1	2	0	3
	Juicios para dirimir conflictos laborales entre el TEDF y sus servidores	0	0	0	0

16 Información pública, rescatada del portal oficial del Tribunal Electoral de la Ciudad de México. Consultada el 7 de mayo de dos mil diecisiete.

ADMINISTRATIVOS	Juicios de inconformidad administrativa promovidos por servidores del IEDF	0	0	2	2
	Juicios de inconformidad administrativa promovidos por servidores del TEDF	1	0	0	1
PES	Procedimiento Especial Sancionador Electoral	0	0	0	0
RECLAMACIÓN	Recursos de reclamación	0	0	0	0
GENERALES	Asuntos Generales	0	0	0	0
PARAPROCESALES	PP Promovidos por el IEDF	7	2	7	16
	PP Promovidos por el TEDF	0	0	0	0
	TOTAL:	1011	1060	18	2089

En virtud de lo anterior, la implementación del juicio en línea en dicho Tribunal, vendría a eficientar y economizar sus aspectos procesales, pues de entrada se permitiría presentar electrónicamente —en la medida de lo posible—, los escritos y los medios de prueba, recibir notificaciones por ese medio, verificar el estado de trámite del juicio y promover incidentes y recursos, entre otras tantas áreas posibles de explorar.

El juicio en línea en materia electoral tiene que entenderse como un mecanismo optativo que vendría a acompañar y complementar el proceso jurisdiccional ya establecido, no se propone sustituir ni dejar proscrito el actual, por lo tanto, el juicio convencional mantendría su vigencia en todo momento.

Algunos operadores o críticos podrán decir que no se cuenta con la infraestructura tecnológica necesaria para promover el juicio en línea; sin embargo, ello no genera mayor complicación si se toman en cuenta los avances que se han dado en otras ramas del derecho.[17]

Del mismo modo, es un tema que requiere capacitación, tanto de los juzgadores, personal administrativo y operadores jurídicos, para lo cual podrían rescatarse las experiencias del juicio en línea en materia

17 Actualmente existen condiciones para que se celebre un convenio con el Poder Judicial Federal para utilizar la firma electrónica FIREL o con el Servicio de Administración Tributaria para el uso de la e-firma antes FIEL.

administrativa y amparo a nivel federal, y las de tribunales estatales; pero siendo objetivos, el tema requiere más un cambio de actitud entre los abogados de la clase política para romper inercias y atreverse a iniciar una nueva era en la justicia electoral.

En ese sentido, si bien el juicio en línea en materia electoral es un tema novedoso y ambicioso, en ningún momento se partiría de cero, ya que este paso en la administración de justicia electoral debe comprenderse en el marco mundial de justicia abierta y aprovechamiento de las TIC del cual México ya es parte, entendida no solo como la transparencia en el quehacer jurisdiccional, sino como todo aquello que verdaderamente facilita y aproxima el acceso a la justicia.

De tener éxito su implementación a nivel local, se podría entonces valorar el impacto de sus resultados en el mediano plazo para introducirlo en el orden federal. El objetivo, no es cambiar el sistema de elecciones en México para que las máquinas electrónicas de votación puedan emplearse en los comicios; sino, más bien, se trata de darle la oportunidad a las TIC de eficientar y potenciar el funcionamiento de la justicia electoral, teniendo como punto de partida a la CDMX, que es la caja de resonancia de los principales avances jurídicos del país.

V. CONCLUSIONES

El juicio en línea en materia electoral tendría muchas ventajas, pues los justiciables tendrían acceso al sistema las 24 horas del día, los 365 días del año, y podrían no solo presentar promociones, sino consultar el expediente electrónico y así preparar más cómodamente sus audiencias con lo cual se agilizarían los trámites.

Además: sería optativo, remoto, y el expediente electrónico sería inalterable, se tendrían claves de acceso y firma electrónica para garantizar la seguridad y validar las promociones, habría celeridad en las notificaciones, los medios de prueba podrían ofrecerse de manera elec-

trónica o digital, existiría mayor confianza por parte de los litigantes y se ahorraría papel, entre otras ventajas.

Cabe señalar que un gran sector del foro y de la doctrina, insiste en descalificar las bondades de los juicios en línea, al aportar el ingrediente que ha dado pie a innumerables reformas electorales: la desconfianza; muchos han dicho que es *"un virtual fracaso"*; sin embargo, cada vez es más sencillo operar los sistemas y auditarlos, y cada vez más los jóvenes litigantes están normalizando el uso de la tecnología.

Sin duda, falta mucho camino por andar, pero ya es hora de que empecemos. Urge un cambio en las leyes, pero urge más un cambio en la mentalidad de nuestros legisladores, esperemos que sea pronto.

En ese sentido, como dijo Julio Téllez, "ignoro que nos depara el futuro, pero lo que sí me queda claro es que no debemos asumir posiciones confortables de *tecnodependencia* o fatalistas de no poder hacer nada; debemos seguir intentando trascender con el ánimo de lograrlo, y si no, al menos no pasar inadvertidos o ignominiosos en nuestro de por sí efímero paso por este mundo."[18]

Finalmente, aun y cuando existen autores que hacen prospectiva y afirman que "los efectos de la informática sobre el funcionamiento de la sociedad serán decisivos y pueden ser temibles",[19] nosotros concluimos que, como dijo Alvin Toffler, "los analfabetas del siglo XXI, no serán aquellos que no sepan leer y escribir (…) sino aquellos que no puedan aprender, desaprender y reaprender." No le tengamos miedo al futuro, éste ya nos alcanzó y debemos adaptarnos a él.

18 Téllez Valdés, Julio, *Derecho informático*, McGraw Hill, México, 2009, p. 310.

19 Nora, Simon y Minc, Alain, *La informatización de la sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 95.

VI. MESOGRAFÍA

Chávez Ramírez, Juan Ángel, "El modelo del sistema de justicia en línea y su expansión a otros ámbitos de la jurisdicción", en *Estudios en Homenaje a César Esquinca Muñoa*, México, IIJ-UNAM.

García Aguilar, Nayeli, *Valor probatorio de los documentos judiciales emitidos en el juicio en línea*, México, Dirección General de Bibliotecas UNAM, 2011.

Informática Jurídica. Concepto, Origen y Evolución, por Nicolás Tato: <http://www.nicolastato.com.ar/esp/docs/UNIDAD%20I.pdf>. Consultada el 11 de mayo de 2017.

Jiménez Gómez, Carlos, *Justicia abierta: transparencia y proximidad de la justicia dentro del actual contexto de Open Government*, España, Centro de Estudio Jurídicos y Formación Especializada-Departamento de Justicia de Calatuña, 2014, pp. 14-15.

Nava Gomar, Salvador, *Participación en el II Simposio en Materia Electoral y Transparencia*, 15 de octubre del 2015.

Nora, Simon y Minc, Alain, *La informatización de la sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

Pérez Sánchez, Jesús, "El derecho procesal y la informática" en Romero López, Lucero, *Jus Informa TIC's*, México, IIJ-UNAM, 2011.

Téllez Valdés, Julio, *Derecho informático*, México, McGraw Hill, 2009.

Publicación Especial

Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación *in Vitro*") vs. Costa Rica

Sentencia de 28 de noviembre de 2012

(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

En el caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro")*,

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal"), integrada por los siguientes jueces[1]:

Diego García-Sayán, Presidente;

Leonardo A. Franco, Juez;

Margarette May Macaulay, Jueza;

Rhadys Abreu Blondet, Jueza;

Alberto Pérez Pérez, Juez, y

Eduardo Vio Grossi, Juez;

presentes además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y

Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

1 De conformidad con el artículo 19.1 del Reglamento de la Corte Interamericana aplicable al presente caso (*infra* nota 3), que establece que "[e]n los casos a que hace referencia el artículo 44 de la Convención Americana, los Jueces no podrán participar en su conocimiento y deliberación, cuando sean nacionales del Estado demandado", el Vicepresidente de la Corte, Juez Manuel E. Ventura Robles, de nacionalidad costarricense, no participó en la tramitación del presente caso ni en la deliberación y firma de esta Sentencia.

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana") y con los artículos 31, 32, 42, 65 y 67 del Reglamento de la Corte[2] (en adelante "el Reglamento"), dicta la presente Sentencia que se estructura en el siguiente orden:

Tabla de Contenido

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

II. PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

III. EXCEPCIONES PRELIMINARES

A) ***Falta de agotamiento de recursos internos***

B) ***Extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez Acuña***

C) Incompetencia de la Corte para conocer "hechos nuevos no incluidos" en los "hechos de la demanda"

IV. COMPETENCIA

V. PRUEBA

A) Prueba documental, testimonial y pericial

B) Admisión de la prueba

B.1) Admisión de la prueba documental

B.2) Admisión de las declaraciones de presuntas víctimas, y de la prueba testimonial y pericial

VI. HECHOS

A) Técnicas de Reproducción Asistida y Fecundación in Vitro

2 Reglamento de la Corte aprobado por el Tribunal en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009 el cual, de conformidad con su artículo 78, entró en vigor el 1 de enero de 2010.

B) El Decreto ejecutivo

C) Sentencia de la Sala Constitucional de 15 de marzo de 2000

D) Recursos interpuestos por Ileana Henchoz y Karen Espinoza

E) Proyectos de ley

F) Situación particular de las presuntas víctimas

F.1) Grettel Artavia Murillo y Miguel Mejías Carballo

F.2) Ileana Henchoz Bolaños y Miguel Yamuni Zeledón

F.3) Oriéster Rojas y Julieta González

F.4) Víktor Sanabria León y Claudia Carro Maklouf

F.5) Geovanni Vega y Joaquinita Arroyo

F.6) Karen Espinoza y Héctor Jiménez

F.7) Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano y María del Socorro Calderón Porras

F.8) Enrique Acuña Cartín y Ana Cristina Castillo León

F.9) Andrea Bianchi Bruna y Germán Moreno Valencia

VII. CONSIDERACIÓN PREVIA SOBRE EL OBJETO DEL PRESENTE CASO

VIII. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR Y EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL EN RELACIÓN CON LA AUTONOMÍA PERSONAL, LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA, EL DERECHO A GOZAR DE LOS BENEFICIOS DEL PROGRESO CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

A) Alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar en el presente caso

B) Efectos de la prohibición absoluta de la FIV

C) Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso

C.1) Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

C.2) Interpretación sistemática e histórica

C.2.a) Sistema Interamericano de Derechos Humanos

C.2.b) Sistema Universal de Derechos Humanos

C.2.c) Sistema Europeo de Derechos Humanos

C.2.d) Sistema Africano de Derechos Humanos

C.2.e) Conclusión sobre la interpretación sistemática

C.3) Interpretación evolutiva

C.3.a) El estatus legal del embrión

C.3.b) Regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado

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

C.5) Conclusión de la interpretación del artículo 4.1

D) Proporcionalidad de la medida de prohibición

D.1) Severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso

D.2) Severidad de la interferencia como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica

D.2.a) Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad

D.2.b) Discriminación indirecta en relación con el género

D.2.c) Discriminación indirecta en relación con la situación económica

D.3) Controversia sobre la alegada pérdida embrionaria

D.4) Conclusión sobre el balance entre la severidad de la interferencia y el impacto en la finalidad pretendida

E) Conclusión final sobre el fondo del caso

IX. REPARACIONES

A) Parte Lesionada

B) Medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición

B.1) Medidas de rehabilitación psicológica

B.2) Medidas de satisfacción: publicación de la Sentencia

B.3) Garantías de no repetición

B.3.1) Medidas estatales que no impidan la práctica de la FIV

B.3.2) Campaña sobre derechos de las personas con discapacidad reproductiva

B.3.3) Otras medidas solicitadas

C) Indemnización compensatoria por daño material e inmaterial

C.1) Daño material

C.2) Daño inmaterial

D) Costas y gastos

E) Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

X. PUNTOS RESOLUTIVOS

Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán

Voto disidente del Juez Eduardo Vio Grossi

I

INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. El 29 de julio de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión Interamericana" o "la Comisión") sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana (en adelante "es-

crito de sometimiento"), de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, el caso 12.361 contra el Estado de Costa Rica (en adelante "el Estado" o "Costa Rica"). La petición inicial fue presentada ante la Comisión Interamericana el 19 de enero de 2001 por el señor Gerardo Trejos Salas. El 11 de marzo de 2004 la Comisión Interamericana aprobó el Informe de Admisibilidad No. 25/04[3]. El 14 de julio de 2010 la Comisión aprobó el Informe de Fondo 85/10[4], de conformidad con el artículo 50 de la Convención Americana (en adelante también "el Informe de Fondo" o "el Informe No. 85/10"), en el cual realizó una serie de recomendaciones al Estado. Luego de conceder tres prórrogas al Estado para el cumplimiento de dichas recomendaciones, la Comisión decidió someter el caso a la Corte. La Comisión designó como delegados al Comisionado Rodrigo Escobar Gil y al entonces Secretario Ejecutivo Santiago A. Canton, y designó como asesores legales a las señoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta, y Silvia Serrano Guzmán, Isabel Madariaga, Fiorella Melzi y Rosa Celorio.

2. La Comisión indicó que el caso se relaciona con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación *in vitro* (en adelante "FIV") que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (en adelante "Sala Constitucional") de dicho país. Entre otros aspectos, se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y

3 En dicho Informe la Comisión Interamericana declaró admisible la petición en relación con la presunta violación de los artículos 11, 17 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado. *Cfr.* Informe de Admisibilidad No. 25/04, Caso 12.361, Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros, Costa Rica, 11 de marzo de 2004 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos del representante Gerardo Trejos, tomo I, anexo 2, folios 3900 a 3914). En dicho informe la Comisión declaró "inadmisible la denuncia en cuanto a las empresas Costa Rica Ultrasonografía S.A. y el Instituto Costarricense de Fertilidad".

4 Informe de Fondo No 85/10, Caso 12.361, Grettel Artavia Murillo y otros, Costa Rica, 14 de julio de 2010 (expediente de fondo, folios 7 a 37).

a formar una familia. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

3. La Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, Maria del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

II

PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

4. El 29 de agosto y el 14 de septiembre de 2011 el señor Boris Molina Acevedo remitió a la Corte los poderes de representación de 12 de las presuntas víctimas[5].

5. El 31 de agosto de 2011 el señor Trejos Salas remitió a la Corte los poderes de representación de 6 de las presuntas víctimas[6].

5 Presuntas víctimas: Ileana Henchoz Bolaños, Joaquinita Arroyo Fonseca, Julieta González Ledezma, Karen Espinoza Vindas, Enrique Acuña Cartín, Carlos E. Vargas Solórzano, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Giovanni Antonio Vega Cordero, Oriéster Rojas Carranza, Héctor Jiménez Acuña, Victor Hugo Sanabria León, y María del Socorro Calderón Porras.

6 Presuntas víctimas: Germán Alberto Moreno Valencia, Miguel Gerardo Mejías Carballo, Grettel Artavia Murillo, Ana Cristina Castillo León, Claudia Carro Macklouf, y Andrea Bianchi Bruna.

6. El sometimiento del caso fue notificado al Estado y a los representantes el 18 de octubre de 2011. Teniendo en cuenta que los representantes de las presuntas víctimas no llegaron a un acuerdo sobre la designación de un interviniente común, el Presidente de la Corte, en aplicación del artículo 25.2 del Reglamento de la Corte, dispuso la designación de los señores Molina Acevedo y Trejos Salas como intervinientes comunes que tendrían participación autónoma.

7. El 19 de diciembre de 2011 los intervinientes comunes presentaron ante la Corte sus respectivos escritos de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante "escrito de solicitudes y argumentos"), conforme al artículo 40 del Reglamento del Tribunal. Los intervinientes comunes coincidieron en general con lo alegado por la Comisión. El representante Molina alegó la violación de los artículos 17.2, 11.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas que representa. El representante Trejos Salas alegó la violación de los artículos 4.1, 5.1, 7, 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas que representa.

8. El 30 de abril de 2012 Costa Rica presentó ante la Corte su escrito de excepciones preliminares, contestación al escrito de sometimiento del caso y de observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante "escrito de contestación"). En dicho escrito el Estado presentó dos excepciones preliminares y alegó la inexistencia de violaciones de derechos humanos en el presente caso. El Estado designó como Agente a Ana Lorena Brenes Esquivel, Procuradora General de la República, y como coagente a Magda Inés Rojas Chaves, Procuradora General Adjunta de la República.

9. El 8 de mayo de 2012 Huberth May Cantillano comunicó que las presuntas víctimas representadas por Gerardo Trejos Salas lo habían

designado como nuevo representante, debido al fallecimiento del señor Trejos. Asimismo, adjuntó los respectivos poderes.

10. El 22 y 21 de junio de 2012 la Comisión Interamericana y los intervinientes comunes presentaron, respectivamente, sus observaciones a las excepciones preliminares interpuestas por el Estado (*supra* párr. 8).

11. Mediante Resolución de 6 de agosto de 2012[7] el Presidente de la Corte ordenó recibir declaraciones rendidas ante fedatario público (*affidávit*) de dos declarantes a título informativo, cuatro presuntas víctimas, y siete peritos, las cuales fueron presentadas el 24 de agosto de 2012. Asimismo, mediante dicha Resolución el Presidente convocó a las partes a una audiencia pública (*infra* párr. 12).

12. La audiencia pública fue celebrada los días 5 y 6 de septiembre de 2012 durante el 96 Período Ordinario de Sesiones de la Corte, llevado a cabo en la sede del Tribunal[8]. En la audiencia se recibieron las declaraciones de dos presuntas víctimas y cuatro peritos, así como las observaciones y alegatos finales orales de la Comisión Interamericana, los representantes y el Estado, respectivamente. Durante la referida audiencia el Tribunal requirió a las partes y a la Comisión que presentaran determinada documentación y prueba para mejor resolver.

13. Por otra parte, el Tribunal recibió 49 escritos en calidad de *amicus curiae* presentados por: 1) Mónica Arango Olaya, Directora Regional

7 *Cfr. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de agosto de 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia_06_08_12.pdf.

8 A esta audiencia comparecieron: a) por la Comisión Interamericana: Tracy Robinson, Comisionada, Emilio Álvarez-Icaza, Secretario Ejecutivo, Elizabeth Abi-Mershed, Secretaría Ejecutiva Adjunta, y Silvia Serrano Guzmán, Asesora; b) por la representación de Huberth May Cantillano: Huberth May Cantillano, representante de las presuntas víctimas y Antonio Trejos Mazariegos, abogado; c) por la representación de Boris Molina Acevedo: Boris Molina Acevedo, representante de las presuntas víctimas, William Vega Murillo, abogado, Alicia Neuburger, Maria Lorna Ballestero Muñoz, Alejandro Villalobos Castro, Alejandra Cárdenas Cerón, Carlos Valerio Monge, Boris Molina Mathiew, Mauricio Hernández Pacheco, y Ángela Rebeca Martínez Ortiz; y d) por el Estado de Costa Rica: Ana Lorena Brenes Esquivel, Procuradora General de la República, Agente del Estado de Costa Rica, Magda Inés Rojas Chaves, Agente del Estado de Costa Rica, Alonso Arnesto Moya, Silvia Patiño Cruz, Ana Gabriela Richmond Solís, Grettel Rodríguez Fernández, y Jorge Oviedo Álvarez, funcionarias y funcionarios de la Procuraduría General de la República.

para América Latina y el Caribe del Centro de Derechos Reproductivos, y María Alejandra Cárdenas Cerón, Asesora Legal de dicho Centro; 2) Marcela Leandro Ulloa del Grupo a Favor del In Vitro; 3) Filomena Gallo, Nicolò Paoletti y Claudia Sartori, representantes de la Asociación Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica y del Partito Radicale Nonviolento Transnazionale e Transpartito; 4) Natalia Lopez Moratalla, Presidenta de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica; 5) Lilian Sepúlveda, Mónica Arango, Rebecca J. Cook y Bernard M. Dickens[9]; 6) Equal Rights Trust y la Human Rights Clinic of the University of Texas School of Law[10]; 7) International Human Rights Clinic of Santa Clara University Law School[11]; 8) Viviana Bohórquez Monsalve, Beatriz Galli, Alma Luz Beltrán y Puga, Álvaro Herrero, Gastón Chillier, Lourdes Bascary y Agustina Ramón Michel[12]; 9) Ricardo Tapia, Rodolfo Vásquez y Pedro Morales[13]; 10) Alejandro Leal Esquivel, Coordinador de la Sección de Genética y Biotecnología en la Escuela de Biología de la Universidad de Costa Rica; 11) Rita Gabriela Chaves Casanova, Diputada de la Asamblea Legislativa de Costa Rica; 12) Alexandra Loría Beeche; 13) Claudio Grossman, Decano de American University Washington College of Law y Macarena Sáez Torres, Faculty Director del Impact Litigation Project de

9 Lilian Sepúlveda es Directora del Centro de Derechos Reproductivos, Mónica Arango Olaya es Directora Regional para América Latina y el Caribe de dicho centro. Rebecca J. Cook y Bernand M. Dickens son co-directores del The International Reproductive and Sexual Health Law Programme of University of Toronto, Faculty of Law.

10 El escrito fue firmado por Ariel E. Dulitzky, Profesor de la University of Texas Law School y Director de la Human Rights Clinic en dicha facultad.

11 El escrito fue presentado por Francisco J. Rivera Juaristi, Director y Abogado Supervisor de la International Human Rights Clinic of Santa Clara University Law School; Britton Schwartz, Abogada Supervisora de dicha clínica y Amanda Snyder, Bernadette Valdellon y Sophia Areias, estudiantes de dicha clínica.

12 Viviana Bohórquez Monsalve, miembro de la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres; Beatriz Galli, miembro de IPAS; Alma Beltrán y Puga, Coordinadora Jurídica del Grupo de Información de Reproducción Elegida GIRE; Álvaro Herrero, Director Ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles; Gastón Chillier, Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales CELS, Lourdes Bascary, miembro del Centro de Estudios Legales y Sociales y Agustina Ramón Michel, Becaria del Área de Salud del CEDES.

13 Ricardo Tapia es el Presidente del Colegio de Bioética A.C. (México). Rodolfo Vásquez es el Vicepresidente de dicho colegio. Pedro Morales, Secretario Ejecutivo de dicho colegio.

la American University Washington College of Law; 14) Jon O'Brien, Presidente de Catholics for Choice y Sara Morello, Vicepresidenta Ejecutiva de dicha organización; 15) Carlos Polo Samaniego, Director de la Oficina para América Latina de Population Research Institute; 16) Reynaldo Bustamante Alarcón, Presidente del Instituto Solidaridad y Derechos Humanos; 17) Hernán Collado Martínez; 18) Carmen Muñoz Quesada, Rita Maxera Herrera, Cristian Gómez, Seidy Salas, e Ivania Solano[14]; 19) Enrique Pedro Haba, Profesor de la Universidad de Costa Rica; 20) Organización de Litigio Estratégico de Derechos Humanos Litiga OLE[15]; 21) Susie Talbot, Abogada del Center for the Legal Protection of Human Rights INTERIGHTS y Helen Duffy, Consejera Principal de INTERIGHTS; 22) Andrea Acosta Gamboa, Profesora de la Universidad de Costa Rica; 23) Andrea Parra, Natalia Acevedo Guerrero, Matías González Gil y Sebastián Rodríguez Alarcón[16]; 24) Leah Hoctor, Asesor Legal de la Comisión Internacional de Juristas; 25) Margarita Salas Guzmán, Presidenta de la Colectiva por el Derecho a Decidir y Larissa Arroyo Navarrete, Abogada de la Colectiva por el Derecho a Decidir; 26) Caio Fabio Varela, Marcelo Ernesto Ferreyra, Rosa Posa, Bruna Andrade Irineu y Mario Pecheny[17]; 27) María del Pilar Vásquez Calva, Coordinadora de Enlace Gubernamental Vida y Familia A.C, México; 28) Red Latinoamericana de Repro-

14 Carmen Muñoz Quesada, Diputada de la Asamblea Legislativa de Costa Rica; Rita Maxera Herrera, asesora parlamentaria e Ivania Solano, abogada. Cristian Gómez pertenece a la Asociación Demográfica Costarricense. Seidy Salas pertenece a la Colectiva por el Derecho a Decidir.

15 El escrito fue presentado por Graciela Rodríguez Manzo, Directora General de Litiga OLE; Geraldina Gónzalez de la Vega, Colaboradora de Litiga OLE; Adriana Muro Polo, Abogada de Litiga OLE; Marisol Aguilar Contreras, Abogada de Litiga OLE.

16 Andrea Parra, Directora del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Colombia y Natalia Acevedo Guerrero, Matías González Gil y Sebastián Rodríguez Alarcón, estudiantes adscritos a PAIIS

17 Caio Fabio Varela, Defensor de Derechos Humanos, Marcelo Ernesto Ferreyra, en representación de Heartland Alliance y de la Coalização de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Transexuais, Travesti e Intersexuais (LGBTTTI) en América Latina y en el Caribe y de la Campanha por uma Convencao Interamericana de Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, Rosa Posa, en representación de AKAHATA, Bruna Andrade Irineu y Mario Pecheny.

ducción Asistida e Ian Cooke, Emritus Professor de la Universidad de Sheffield; 29) Priscilla Smith, *Senior Fellor* del Programa para el estudio de la Justicia Reproductiva de la Sociedad de la Información (Information Society Project ISP) de la Universidad de Yale y Genevieve E. Scott, Profesora Visitante del ISP; 30) Red Latinoamericana de Reproducción Asistida y Santiago Munné, Presidente de Reprogenetics; 31) Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad[18]; 32) José Tomás Guevara Calderón; 33) Carlos Santamaría Quesada, Jefe de División de Diagnóstico Molecular en el Laboratorio Clínico del Hospital Nacional de Niños; 34) Cesare P.R. Romano, Profesor de Derecho Joseph W. Ford Fellow y Co-Director del Proyecto sobre Cortes y Tribunales Internacionales (PICT) en Loyola Law School Los Angeles[19]; 35) Defensoría de los Habitantes[20]; 36) Hernán Gullco y Martín Hevia, profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuatto Di Tella; 37) Alejandra Huerta Zepeda, catedrática del Instituto de Investigaciones Biomédicas (IIB) de la Uni-

18 El escrito fue presentado por Rodrigo Uprimny Yepes, Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y Diana Esther Guzmán, Paola Molano, Annika Dalén y Paula Rangel Garzón, Investigadoras de Dejusticia.

19 El escrito fue presentado por dicha clínica en colaboración con once académicos y profesionales de derechos humanos y derecho internacional quienes también firmaron el *amicus*: Roger S. Clark, Profesor Titular de Derecho de la Facultad de Derecho Rutgers, Camden, Nueva Jersey; Lindsey Raub Kantawee, Esq. Asociada de Clifford Chance, Bufete de Abogados; Yvonne Donders, Profesora de Derechos Humanos Internacionales y Diversidad Cultural y Directora Ejecutiva del Centro para el Derecho Internacional de Ámsterdam, Facultad de Derecho de la Universidad de Ámsterdam; Ellen Hey, Profesora de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Erasmus de Rotterdam; Jessica M. Almqvist, Conferenciante de Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho; Freya Baetens, Profesor asistente de Derecho Público Internacional del Grotius Centre for International Legal Studies de la Facultad de Derecho de la Universidad de Leiden; Konstantinos D. Magliveras, Profesor Asociado del Departamento de Estudios Mediterráneos de la Universidad del Egeo de Rodas; Belén Olmos Giupponi, Profesor Asociado de Derecho Internacional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid; Miguel Ángel Ramiro Avilés, Profesor Titular en el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y Director de la Maestría en Derechos Fundamentales y Co-Director de la Maestría en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia; Margherita Salvadori, Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín, y Jaume Saura, Profesor Titular de Derecho Internacional en la Universidad de Barcelona y Presidente del Instituto de los Derechos Humanos e Catalunya.

20 El escrito fue presentado por la Defensoría de los Habitantes de la República Costa Rica. El escrito fue firmado por Ofelia Taitelbaum Yoselewich, Defensora de los Habitantes de la República Costa Rica.

versidad Nacional Autónoma de México, y José María Soberanes Diez, profesor de la Universidad Panamericana de México; 38) Asociación de Médicos por los Derechos Humanos (AMEDEH)[21]; 39) Federación Latinoamericana de Obstetricia y Ginecología[22]; 40) Carlo Casini, Antonio G. Spagnolo, Marina Casini, Josehp Meaney, Nikolas T. Nikas y Rafael Santa María D'Angelo[23]; 41) Rafael Nieto Navia, Jane Adolphe, Richard Stith y Ligia M. de Jesus[24]; 42) Hugo Martín Calienes Bedoya, Patricia Campos Olazábal, Rosa de Jesús Sánchez Barragán, Sergio Castro Guerrero, y Antero Enrique Yacarini Martínez[25]; 43) Julian Domingo Zarzosa; 44) Kharla Zúñiga Vallejos del Berit Institute for the Family de Lima; 45) Guadalupe Valdez Santos, Presidenta de la Asociación Civil Promujer y Derechos Humanos, y 46) Piero A. Tozzi, Stefano Gennarini, William L. Saunders y Álvaro Paúl[26].

14. El 26 y 28 de septiembre de 2012 y el 24 de octubre de 2012 el señor Hany Fahmy, The Human Rights Centre of the United Nations Mandated University for Peace (Universidad para la Paz) y la señora

21 El escrito fue presentado por la Asociación de Médicos por los Derechos Humanos (AMEDEH). El escrito fue firmado por Carlos María Parellada Cuadrado, Presidente, y Juan Pablo Zaldaña Figueroa, Vicepresidente de dicha asociación.

22 El escrito fue presentado por la Federación Latinoamericana de Obstetricia y Ginecología. La nota fue firmada por Ivonne Díaz Yamal, Luis Távara Orozco, Director Ejecutivo, y Pio Iván Gómez Sánchez, Coordinador del Comité de Derechos Sexuales y Reproductivos de dicha federación.

23 Carlo Casini, Magistrado, Diputado del Movimiento por la Vida Italiano en el Parlamento Europeo y Presidente de la Comisión de asuntos constitucionales del Parlamento Europeo; Antonio G. Spagnolo, Director del Instituto de Bioética de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Roma; Marina Casini, Profesora Agregada de Bioética en el Instituto de Bioética de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Roma; Joseph Meaney, Director de la Coordinación Internacional de Vida Humana Internacional; Nikolas T. Nikas, Presidente y Consejero General del Fondo de Defensa de Bioética (BD), y Rafael Santa María D'Angelo, Abogado, Presidente de la Asociación Civil Crece Familia (CreceFam).

24 Rafael Nieto Navia, Profesor de la Universidad Javeriana de Bogotá; Jane Adolphe, Catedrática, Ave Maria School of Law; Richard Stith, Catedrático, Valparaíso School of Law y Ligia M. de Jesús, Profesora, Ave Maria School of Law.

25 Hugo Calienes Bedoya, Rector y Director del Instituto de Bioética de la Rector de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogravejo (USAT); Patricia Campos Olázabal, Decana de la Facultad de Medicina de la USAT, y por Rosa de Jesús Sánchez Barragán, Sergio Castro Guerrero, y Antero Enrique Yacarini Martínez, miembros del Instituto de Bioética de la USAT.

26 Piero A. Tozzi, del Alliance Defend Fund; Stefano Gennarini, del Center for Legal Studies at C-Fam; William L. Saunders de Americans United for Life, y Álvaro Paúl.

Olga Cristina Redondo Alvarado, psicoanalista, remitieron, respectivamente, escritos en calidad de *amicus curiae.* Dado que la audiencia pública tuvo lugar en los días 5 y 6 de septiembre de 2012 y, en consecuencia, el plazo para la remisión de *amicus curiae* venció el 21 de septiembre de 2012, siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte se informó que dichos escritos no podían ser considerados por el Tribunal ni incorporados al expediente del caso.

15. La Corte observa que los *amicus curiae* interpuestos por Equal Rights Trust y la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Texas, INTERIGHTS, y el presentado conjuntamente por Caio Fabio Varela, Marcelo Ferreyra, Rosa Posa, Bruna Andrade y Mario Pecheny fueron presentados en el plazo establecido en el artículo 44 del Reglamento pero en un idioma que no correspondía al idioma oficial del presente caso. Posteriormente, las traducciones al español fueron remitidas 5, 7 y 34 días con posterioridad al plazo, respectivamente. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 28.1 del Reglamento del Tribunal, la Corte considera que, debido a que la versión en español de dos de dichos *amicus curiae* fue presentada dentro del término de 21 días dispuesto para acompañar los originales o la totalidad de los anexos, tales escritos son admisibles. Dado que la versión en español del escrito de Caio Fabio Varela y otras personas fue presentada con 34 días de retraso, se declara inadmisible.

16. El 4, 5 y 6 de octubre de 2012 los representantes y el Estado remitieron sus alegatos finales escritos y la Comisión Interamericana presentó sus observaciones finales escritas al presente caso, respectivamente. Tales escritos fueron transmitidos a las partes, a quienes se dio oportunidad hasta el 17 de octubre de 2012 para que presentaran las observaciones que estimaran pertinentes respecto a la información suministrada como respuesta a las preguntas de la Corte. Dichas observaciones fueron remitidas por el representante Molina. La Comisión

Interamericana manifestó que no tenía observaciones que formular. El representante May y el Estado no presentaron observaciones.

III

EXCEPCIONES PRELIMINARES

17. El Estado presentó tres "excepciones preliminares": la falta de agotamiento de recursos internos, la extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez, y la incompetencia de la Corte Interamericana para conocer de hechos sobrevinientes a la presentación de la petición.

A) *Falta de agotamiento de recursos internos*

18. El Estado alegó que no hizo "renuncia a la interposición" de excepciones. Indicó que la Sala Constitucional "declaró inconstitucional un determinado tipo de fertilización in vitro" y precisó que "si la técnica avanza al punto de permitir la realización de la misma sin pérdida de embriones, es posible efectuarla". En consecuencia, el Estado indicó que "los peticionarios podían acudir tanto a la jurisdicción constitucional como a la jurisdicción contencioso administrativa, a efectos de que se discutiera la posibilidad de que los servicios de salud atendieran su condición de infertilidad" incluyendo la posibilidad de "una determinada técnica de fertilización in vitro […] dentro de los supuestos dados por la Sala Constitucional". El Estado señaló que, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, "la existencia de la sentencia" no "impide que la Sala Constitucional vuelva a conocer el asunto en la vía de la acción de inconstitucionalidad" dado que la Ley de la Jurisdicción Constitucional indica que las resoluciones de dicha Sala "no son vinculantes para la propia Sala, [la cual] podría revisar el tema nuevamente".

Agregó que "la existencia de la resolución de la Sala Constitucional no impedía que existiera un pronunciamiento de parte de la propia Sala" en la "vía del amparo constitucional o por parte de los Tribunales Contencioso Administrativos". Añadió que las presuntas víctimas "podrían haber solicitado a las autoridades administrativas que, respetando la resolución de la Sala Constitucional, se brindara un remedio para su situación de infertilidad" o "se creara una nueva regulación" de la FIV, "acorde con los parámetros establecidos por la resolución del Tribunal Constitucional". "Si las autoridades administrativas se negaran a brindar la atención requerida", procedía la presentación de un recurso de amparo. Sin embargo "ninguna de las parejas presentó" dicho recurso.

19. Adicionalmente, el Estado alegó que "ante la negativa de las autoridades administrativas, las presuntas víctimas podrían interponer un proceso contencioso administrativo", sin embargo, ninguna lo presentó antes de iniciar el trámite ante la Comisión. Agregó que los recursos internos eran "eficientes" y que "prueba de ello es que una de las presuntas víctimas acudió al Tribunal Contencioso Administrativo, con posterioridad a la interposición de la petición ante la Comisión".

20. La Comisión señaló que en el procedimiento anterior al informe de admisibilidad el Estado solo se limitó a "plantear la posibilidad de que las [presuntas] víctimas interpusieran una acción de amparo". Manifestó que el Estado "no detalló el sustento legal de esa posibilidad ni explicó de qué manera, vía de amparo, era posible eliminar los efectos de una decisión abstracta de inconstitucionalidad […] regulada como irrecurrible". Señaló que el Estado "faltó a la carga de la prueba que le correspondía para explicar las razones por las cuales el recurso de amparo podría ser efectivo".

21. El representante May manifestó que en el trámite ante la Comisión "el Estado indicó que renunciaba expresamente al privilegio de interponer excepciones previas", renuncia que "una vez interpuesta es irrevocable e irreversible". Alegó que el recurso interno adecuado "debe

ser acorde al fin", esto es capaz de satisfacer las pretensiones e intereses en juego, y siendo el objeto fundamental de las víctimas la anulación de la sentencia de la Sala Constitucional y la rehabilitación de la FIV, "no existe ningún remedio jurisdiccional interno que permita cumplir tal objetivo". El representante Molina indicó que el Estado "no comprob[ó] la idoneidad de los recursos señalados". Por otra parte, resaltó que "la resolución de la Sala Constitucional es una Sentencia contra la cual no procede recurso alguno y cuyos efectos son *erga omnes"*. Alegó que el recurso iniciado por la señora Ileana Hénchoz fue rechazado.

Consideraciones de la Corte

22. El artículo 46.1.a) de la Convención Americana dispone que para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana, de conformidad con los artículos 44 o 45 de la Convención, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos[27]. La Corte recuerda que la regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios[28]. Lo anterior significa que no sólo deben existir formalmente esos recursos, sino también deben ser adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2 de la Convención[29].

27 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares.* Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 85, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, párr. 23.

28 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 23.

29 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*, párr. 63, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 23.

23. Asimismo, esta Corte ha sostenido de manera consistente que una objeción al ejercicio de la jurisdicción de la Corte basada en la supuesta falta de agotamiento de los recursos internos debe ser presentada en el momento procesal oportuno[30], esto es, durante la admisibilidad del procedimiento ante la Comisión[31]. Al alegar la falta de agotamiento de los recursos internos corresponde al Estado señalar en esa debida oportunidad los recursos que deben agotarse y su efectividad. Al respecto, el Tribunal reitera que no es tarea de la Corte, ni de la Comisión, identificar *ex officio* cuáles son los recursos internos pendientes de agotamiento. El Tribunal resalta que no compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado[32].

24. La Corte observa que lo primero que procede determinar en relación con esta excepción es el tipo de alegatos que presentó el Estado antes de la emisión del informe de admisibilidad, es decir, en el momento procesal oportuno para plantear esta excepción. Al respecto, el Estado sólo presentó un escrito en relación con este tema, el 23 de enero de 2004, en el que señaló que una de las víctimas "podría haber acudido en amparo"[33]. El escrito donde el Estado analizó la posible idoneidad de la jurisdicción contencioso administrativa para resolver el presente caso fue presentado en 2008[34], cuatro años después de emitido el informe de admisibilidad. En consecuencia, la Corte considera que los argumentos planteados en relación con la necesidad de agotar procedimientos contencioso administrativos o

30 *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Excepciones Preliminares,* párr. 88, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 24.

31 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Excepciones Preliminares,* párr. 88, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 24.

32 *Cfr. Caso Reverón Trujillo*, párr. 23, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 25. Ver también: T.E.D.H., *Case of Bozano vs. France*, Sentencia de18 de diciembre de 1986, parr. 46.

33 Escrito número 03-AM-03 presentado ante la Comisión Interamericana el 23 de enero de 2004 por el Ministro de Relaciones Exteriores de Costa Rica (expediente de anexos al Informe de Fondo, tomo III, folio 1056 y 1058).

34 Escrito número DJO-486-08 del 17 de noviembre de 2008 (expediente de anexos al Informe de Fondo, tomo V, folio 2276).

demandar la omisión en la regulación del procedimiento de la FIV según los parámetros establecidos por la Sala Constitucional, resultan extemporáneos y el análisis se concentrará en los alegatos en torno al recurso de amparo.

25. Respecto al agotamiento del recurso de amparo, el Estado plantea dos argumentos diferentes. El primero, respecto a los alcances que el Estado atribuye a la decisión adoptada por la Sala Constitucional en el presente caso. El Estado considera que dicha decisión no implicó una prohibición de la FIV sino de una modalidad de dicho procedimiento, razón por la cual se alega la existencia de otras posibilidades que hubieran tenido las presuntas víctimas para enfrentar su infertilidad y, de ser el caso, agotar el recurso de amparo ante la negación de dichas alternativas. La Corte considera que este es un asunto de fondo que será resuelto oportunamente al determinar si la decisión de la Sala Constitucional constituyó una limitación a los derechos de las presuntas víctimas (*infra* párrs. 160 y 161). Al respecto, la Corte ha afirmado que las excepciones preliminares son actos que buscan impedir el análisis del fondo de un asunto cuestionado, mediante la objeción de la admisibilidad de un caso o la competencia del Tribunal para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar, siempre y cuando dichos planteamientos tengan el carácter de preliminares[35]. Dado que este primer argumento del Estado no pude ser revisado sin entrar a analizar previamente el fondo del caso, no puede ser analizado en el marco de esta excepción preliminar[36].

26. En segundo lugar, el Estado alega que un recurso de amparo le hubiera podido dar una nueva oportunidad a la Sala Constitucional

35 *Cfr. Caso Las Palmeras vs. Colombia. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párr. 34, y *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248, párr. 30.

36 En similar sentido, *Cfr. Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 39, y *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*, párr. 30.

de valorar la posible afectación de derechos en el presente caso. Al respecto, la Corte observa que es un hecho no controvertido que existe una decisión definitiva y vinculante de la más alta instancia judicial de Costa Rica en materia constitucional, que declaró la inconstitucionalidad de la práctica de la fecundación *in vitro*, tal como se regulaba en ese momento. Tal como se analiza con más detalle posteriormente (*infra* párr. 135), el objeto del presente caso es determinar si dicha decisión de la Sala Constitucional comprometió la responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la cuestión del agotamiento de recursos se relaciona con los recursos existentes contra la sentencia de inconstitucionalidad. Al respecto, la Corte observa que, conforme el artículo 11 de la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, las sentencias, autos o providencias de la Sala Constitucional son irrecurribles[37]. Asimismo, en Costa Rica el control de constitucionalidad es concentrado[38], de tal forma que dicha sala es la que conoce de todos los amparos que se presentan en el país.

27. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal considera que interponer un recurso de amparo no era idóneo para remediar la situación de las presuntas víctimas, dado que el más alto tribunal en la jurisdicción constitucional había emitido su decisión final respecto a los problemas jurídicos centrales que deben resolverse en el presente caso en relación con los alcances de la protección de la vida prenatal (*infra* párr. 162). Dado que la Sala Constitucional es la que conoce de todos los recursos de amparo que se interponen en Costa Rica, esa misma Sala sería

37 Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989. El artículo 4 de esta ley establece que "la jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia". El segundo apartado del artículo 11 dispone que "No habrá recurso contra las sentencias, autos o providencias de la jurisdicción constitucional". *Cfr.* Expediente de anexos al Informe de Fondo, tomo I, anexo 1, folios 42 y 44.

38 El artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley 7135 de 11 de octubre de 1989) consagra un control concentrado de constitucionalidad ejercido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, siendo éste el único órgano competente para decidir sobre el recurso de amparo y la constitucionalidad de normas de cualquier naturaleza.

la que hubiera tenido que valorar el eventual recurso de amparo que interpusieran las presuntas víctimas. Asimismo, las presuntas víctimas pretendían recibir el tratamiento médico de la FIV en el marco de la regulación prevista en el Decreto Ejecutivo. Ante la declaración de inconstitucionalidad del decreto en su conjunto, la posibilidad de acceder a la FIV bajo las condiciones establecidas por la Sala Constitucional es sustancialmente diferente a los intereses y pretensiones de las presuntas víctimas. Por ende, en las circunstancias específicas del presente caso, la Corte considera irrazonable exigir a las presuntas víctimas que tuvieran que seguir agotando recursos de amparo si la más alta instancia judicial en materia constitucional se había pronunciado sobre los aspectos específicos que controvierten las presuntas víctimas. Así las cosas, la función de dicho recurso en el ordenamiento jurídico interno no era idónea para proteger la situación jurídica infringida y, en consecuencia, no podía ser considerado como un recurso interno que debió ser agotado[39].

28. Por todo lo indicado anteriormente, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

B) ***Extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez Acuña***

29. El Estado alegó que ante la Comisión Interamericana señaló que la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez "result[aba] extemporánea, pues había sido presentada fuera del plazo de seis meses establecido por el artículo 46.1.b de la Convención Americana". Manifestó que dichas presuntas víctimas "no pueden considerarse incluidas en la petición del 19 de enero del 2001 debido a que, para ese momento, no sabían de su condición" de infertilidad, dado que la señora Espinoza se enteró de su infertilidad en julio de 2002. Alegó que "si se considera

39 En similar sentido, *cfr. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 85.

que el escrito del 2 de octubre de 2003 introduce por primera vez" la denuncia de estas presuntas víctimas, "es claro que desde el momento en que ella conoce de su condición -julio del 2002- a octubre del 2003 han transcurrido sobradamente los seis meses" que la Convención establece como plazo para presentar la denuncia. Agregó que el "problema que se presenta con esta petición es la dilación que tuvo la Comisión en analizar la admisibilidad de la solicitud presentada, trámite que duró aproximadamente tres años (desde enero del 2001 a marzo del 2004), razón por la cual se incluyeron peticionarios que, según su propio dicho, no podrían haber estado incorporados a la petición original pues ni siquiera habían sido declarados como infértiles para ese momento". Indicó que en otro informe de admisibilidad "la propia Comisión ha advertido que a efectos de determinar el plazo para presentar la petición en los casos de [FIV], debe tomarse en consideración la fecha a partir de la cual la persona fue declarada infértil". Agregó que la presunta víctima "fue diagnosticada con infertilidad en el año 2002 y que la técnica de FIV le fue sugerida en el año 2004, lo cual se produce la paradoja de que cuando se presentó ante este Tribunal como presunta víctima, ni siquiera había pensado en la FIV como técnica que le fuera aplicable". En consecuencia, cuando se incorporaron como peticionarios en este proceso, "ya había transcurrido el plazo de seis meses, por lo que su petición debe considerar extemporánea".

30. La Comisión señaló que "la vasta mayoría de los argumentos planteados por el Estado […] no fueron plantedos ante la Comisión" y "difiere sustancialmente de lo sostenido por el Estado en la etapa de admisibilidad", que es precisamente la etapa en la cual la Comisión "se pronuncia sobre este requisito [de los seis meses] a la luz de la información aportada por las partes". Manifestó que "el hecho de que un peticionario al momento de presentar la denuncia inicial omita algún requisito en particular y que dicho requisito sea subsanado con poste-

rioridad, no convierte en extemporánea la presentación de la denuncia".

31. El representante Molina Acevedo señaló que "el conocer o no de la infertilidad de una pareja al momento de la emisión de la Sentencia de la Sala Constitucional no cierra el portillo para que cualquier persona, hasta el día de hoy, tenga la limitación de los seis meses establecidos en la Convención Americana". No obstante, alegó que el presente caso "lo que determina la condición para ser presunta víctima, no es si estas personas estaban siendo tratados por determinados médicos en el año 2001, sino si éstos estaban conscientes de su posible y luego comprobada infertilidad" y que además su única forma de procrear fuese a través del método de la FIV. Por último, el representante señaló que "había hostilidad respecto de la condición de quienes podían estar en la lista confidencial de la presuntas víctimas en este caso".

Consideraciones de la Corte

32. El artículo 46.1.b de la Convención señala lo siguiente:

> Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: […]
>
> b. que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos **haya sido notificado** de la decisión definitiva (Añadido fuera de texto)

33. En el presente caso, la petición inicial fue presentada el 19 de enero de 2001. En ese momento el entonces representante legal de las víctimas no había hecho una determinación específica e individualizada de las presuntas víctimas. La inclusión de la señora Espinoza y del señor Jiménez ocurrió a través de un escrito presentado el 10 de octubre de

2003. En el proceso ante la Corte ha sido informado que la señora Espinoza se enteró de su infertilidad en julio de 2002[40].

34. El 16 de enero de 2004 el Estado presentó un escrito en el cual solicitó a la Comisión que declarara la inadmisibilidad de la petición respecto a la señora Espinoza por "la extemporalidad" de su reclamo "por haber sido presentada después de 6 meses a partir de que la presunta lesionada en sus derechos fue comunicada de la decisión" de la Sala Constitucional[41].

35. La Corte considera que las circunstancias específicas del presente caso exigen una interpretación del requisito de los 6 meses establecido en el artículo 46.1.b. El Tribunal tiene en cuenta que el fenómeno de la infertilidad genera diversas reacciones que no pueden ser asociadas a una regla rígida sobre los cursos de acción que necesariamente deba seguir una persona. Una pareja puede tomar meses o años en decidir si acude a una determinada técnica de reproducción asistida o a otras alternativas. Por estas razones el criterio del momento en el cual la presunta víctima conoce de su situación de infertilidad es un criterio limitado en las circunstancias del presente caso, donde no es posible generar en las presuntas víctimas una carga de tomar una decisión de presentar una petición ante el Sistema Interamericano en un determinado período de tiempo. En similar sentido, el Tribunal Europeo ha señalado que la regla de los seis meses es autónoma y debe ser aplicada de acuerdo con los hechos del caso específico en orden a que se asegure el ejercicio efectivo del derecho a presentar una peticiones individuales[42].

40 Epicrisis (diagnóstico médico) de la señora Karen Espinoza Vindas (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos de Boris Molina, anexo XIV, folio 5477).

41 Escrito No. 03-AM-03 de 16 de enero de 2004.

42 "The six-month rule is autonomous and must be construed and applied according to the facts of each individual case, so as to ensure the effective exercise of the right to individual petition". En el Tribunal Europeo, ver T.E.D.H., casos Sabri Günes v. Turkey, Gran Cámara, (No. 27396/06) Sentencia de 29 de junio de 2012; Büyükdağ v. Turkey (No. 28340/95), Sentencia de 6 Abril de 2000; Fernández-Molina González and 369 Others v. Spain (No. 64359/01), Sentencia de 8 de octubre de 2002); y Zakrzewska v. Poland, (No. 49927/06), párr. 55, Sentencia de 16 de diciembre de 2008.

36. Por tanto, la Corte considera que, en el presente caso, no encuentra elementos para apartarse de la decisión de admisibilidad adoptada por la Comisión Interamericana, ya que: a) sigue en vigor la Sentencia emitida por la más alta instancia de la jurisdicción constitucional, b) las víctimas no tenían por qué tener conocimiento de su situación de infertilidad al momento en que se emitió dicha Sentencia, y c) se interpuso la petición en el año siguiente al momento de conocer que dicha Sentencia impediría el acceso a la FIV.

37. Por todo lo indicado anteriormente, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

C) Incompetencia de la Corte para conocer "hechos nuevos no incluidos" en los "hechos de la demanda"

38. El Estado alegó que "ambos representantes incluyeron en sus escritos de solicitudes, la responsabilidad del Estado respecto de la exposición a la medios de prensa la situación de la presuntas víctimas, como resultado de la divulgación que han efectuado los medios de prensa tanto en el procedimiento ante la Comisión como en esta Corte". Asimismo, el Estado arguyó que "ninguno de los hechos denunciados por los representantes [sobre estas materias], está incluido dentro de los hechos alegados por la Comisión y tampoco pueden considerarse como derivados de los hechos principales o sobrevinientes de los mismos". Por tanto, solicitó a esta Corte que "declare inadmisible las peticiones de los presuntas víctimas relacionadas con hechos no incluidos por la Comisión en la demanda presentada".

39. El representante Molina señaló que "como los hechos objetados por el Estado son hechos supervinientes y tienen un nexo causal directo con el hecho generador de las violaciones de derechos humanos

del presente caso, es perfectamente acorde con el procedimiento" el "que los mismos hayan sido presentados" a consideración de la Corte. El representante May alegó que no se trata de "hechos nuevos", "son situaciones que se inscriben todas en el escenario factual de la prohibición" de la FIV, es decir "todas las conductas, situaciones personales, vivencias, actos y actuaciones, y eventos desencadenados en el ámbito de la vida de las víctimas con motivo y por motivo de la prohibición". Agregó que lo pertinente debe ser resuelto en el fondo del caso.

Consideraciones de la Corte

40. Tal como ha sido señalado, las excepciones preliminares son actos que buscan impedir el análisis del fondo de un asunto cuestionado, mediante la objeción de la admisibilidad de un caso o la competencia del Tribunal para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar, siempre y cuando dichos planteamientos tengan el carácter de preliminares[43]. Si estos planteamientos no pudieran ser revisados sin entrar a analizar previamente el fondo de un caso, no pueden ser analizados mediante una excepción preliminar[44]. En el presente caso, la Corte considera que no corresponde pronunciarse de forma preliminar sobre el marco fáctico del caso, ya que dicho análisis corresponde al fondo del caso (*infra* párr. 133). Asimismo, los alegatos planteados por el Estado al interponer la excepción preliminar serán tomados en cuenta al establecer los hechos que este Tribunal considera como probados y determinar si el Estado es internacionalmente responsable de las alegadas violaciones a

43 *Cfr. Caso Las Palmeras vs. Colombia. Excepciones Preliminares*, párr. 34, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párr. 39.

44 *Cfr. Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 39, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 39.

los derechos convencionales, así como al precisar el tipo de daños que eventualmente podrían generarse en perjuicio de las presuntas víctimas. En razón de lo expuesto, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

IV

COMPETENCIA

41. La Corte Interamericana es competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que Costa Rica es Estado Parte de la Convención desde el 8 de abril de 1970 y reconoció la competencia contenciosa del Tribunal el 2 de julio de 1980.

V

PRUEBA

42. Con base en lo establecido en los artículos 46, 47, 50, 51 y 57 del Reglamento, así como en su jurisprudencia respecto de la prueba y su apreciación[45], la Corte examinará y valorará los elementos probatorios documentales remitidos por la Comisión y las partes en diversas oportunidades procesales, las declaraciones de las presuntas víctimas y testigos y los dictámenes periciales rendidos mediante declaración jurada ante fedatario público (*affidávit*) y en la audiencia pública ante la Corte, así como las pruebas para mejor resolver solicitadas por el Tribunal (*supra* párr. 11). Para ello el Tribunal se atendrá a los principios de la sana crítica, dentro del marco normativo correspondiente[46].

45 *Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo.* Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párrs. 69 al 76, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 31.

46 *Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala,* párr. 76, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador,* párr. 31.

A) Prueba documental, testimonial y pericial

43. El Tribunal recibió diversos documentos presentados como prueba por la Comisión Interamericana, los representantes y el Estado, adjuntos a sus escritos principales. Asimismo, la Corte recibió las declaraciones rendidas ante fedatario público (*affidávit*) por los declarantes a título informativo: Gerardo Escalante Lopez y Delia Ribas Valdés; presuntas víctimas: Andrea Regina Bianchi Bruna, Ana Cristina Castillo León, Claudia María Carro Maklouf, Victor Hugo Sanabria León, y peritos: Andrea Mesén Fainardi, Antonio Marlasca López, Alicia Neuburger, Maureen Condic, Martha Garza y Paul Hunt. En cuanto a la prueba rendida en audiencia pública, la Corte escuchó las declaraciones de las presuntas víctimas Miguel Mejías e Ileana Henchoz, y de los peritos Fernando Zegers, Anthony Caruso, Paola Bergallo y Marco Gerardo Monroy Cabra[47].

44. El representante Molina informó a la Corte que presentó un recurso de amparo "contra los médicos tratantes de cuatro de las [presuntas] víctimas, porque [dichos médicos habrían] alega[do], en dos de esos casos, que las ex esposas de [sus] representados les prohibieron, expresamente" que ellos le entregaran al representante Molina "copia del expediente médico que originó las consultas sobre la infertilidad". Al respecto, el representante señaló que dicha situación le dejó "en clara indefensión" y que por ello recurrió "a las vías judiciales internas para intentar tener acceso a la información solicitada para presentar como prueba" ante la Corte. El representante informó que dicho amparo le fue negado. El representante expresó que lo anterior era "una clara violación procesal y de la buena fe que debe imperar en todo litigio pues habrían flagelado la "comunidad de prueba" a sabiendas de que, para

47 Los objetos de todas estas declaraciones se encuentran establecidos en la Resolución del Presidente de la Corte de 6 de agosto de 2012. Disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia_06_08_12.pdf*. Mediante comunicación de 9 de agosto de 2012 la Comisión desistió de la declaración de la señora Florencia Luna.

los efectos del presente proceso, el expediente médico guarda información importante que, si bien es cierto que puede ser suplida por otro tipo de prueba, no puede ser ocultada si una de las partes ha tenido acceso a ella, pues su obligación es compartirla".

45. El representante solicitó "un plazo adicional" para referirse "y hacer cualquier observación, como parte del escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, acerca de la prueba que hayan presentado las señoras Ana Cristina Castillo León y Claudia Carro Macklouf, ex esposas de los señores Enrique Acuña Cartín y Víktor Hugo Sanabria León" en la medida que "de haber aportado los expedientes médicos del caso, estarían haciendo uso de esa prueba en clara violación del principio de comunidad de prueba" y "de la buena fe en el litigio". El representante solicitó a la Corte "que valore la posibilidad de solicitarle al Estado que, por las vías que correspondan, obligue a los Doctores Gerardo Escalante López y Delia María Ribas Valdéz" para que "entreguen copia del expediente médico de los señores mencionados y de los señores María del Socorro Calderón Porras y Carlos Vargas Solórzano, a quienes sin ningún motivo, a la fecha, se les ha entregado copia del expediente médico". Al respecto, el Presidente tomó nota de estas solicitudes y señaló que, en caso de considerar que dicha prueba debe requerirse para resolver lo concerniente al objeto del presente caso, se solicitaría en el momento que se estimara oportuno. La Corte considera que dicha información no resulta indispensable para resolver el presente caso.

B) Admisión de la prueba

B.1) Admisión de la prueba documental

46. En el presente caso, como en otros, el Tribunal otorga valor probatorio a aquellos documentos presentados oportunamente por las partes

y la Comisión que no fueron controvertidos ni objetados, ni cuya autenticidad fue puesta en duda[48]. Los documentos solicitados por el Tribunal como prueba para mejor resolver (*supra* párr. 11) son incorporados al acervo probatorio, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 58 del Reglamento.

47. El Tribunal decide admitir aquellos documentos que se encuentren completos o que, por lo menos, permitan constatar su fuente y fecha de publicación, y los valorará tomando en cuenta el conjunto del acervo probatorio, los alegatos del Estado y las reglas de la sana crítica[49].

48. Igualmente, con respecto a algunos documentos señalados por las partes y la Comisión por medio de enlaces electrónicos, el Tribunal ha establecido que si una parte proporciona al menos el enlace electrónico directo del documento que cita como prueba y es posible acceder a éste, no se ve afectada la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal, porque es inmediatamente localizable por el Tribunal y por las otras partes[50]. En este caso, no hubo oposición u observaciones de las otras partes o la Comisión sobre el contenido y autenticidad de tales documentos.

49. Por otra parte, en consideración de que los representantes remitieron con sus alegatos finales escritos, comprobantes de gastos de litigio relacionados con este caso, sólo considerará aquellos que se refieran a solicitudes de costas y gastos en que hubiesen incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte, con posterioridad a la fecha de presentación del escrito de solicitudes y argumentos.

50. El Estado solicitó que se rechacen "los informes psicológicos que aporta" el representante Molina "para demostrar el supuesto daño producido por el Estado". Indicó que dichos informes no analizan "cuál es

48 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo,* párr. 140, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador,* párr. 35.

49 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo,* párr. 146, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador,* párr. 36.

50 *Cfr. Caso Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 26, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador,* párr. 37.

el supuesto impacto de la prohibición" de la FIV en las presuntas víctimas, "sino que se limita a señalar las afectaciones producto de su estado de infertilidad" lo cual "no es consecuencia de ninguna actuación u omisión del Estado". Agregó que los informes "parecen mencionar los efectos" que la FIV ha "ocasionado en las mujeres, lo cual lejos de hablar bien de la técnica, demuestra las graves afectaciones que sufren las mujeres que se someten a dicho procedimiento", lo cual "no puede ser imputable al Estado, ni tampoco puede pretenderse una indemnización por este motivo". Finalmente, señaló que "los informes psicológicos parecen evidenciar el criterio de las presuntas víctimas y no el criterio objetivo de los psicólogos". En similar sentido, el Estado solicitó el rechazo de los "certificados psicológicos emitidos por la Dra. Andrea Meses Fernardi en los casos de Ana Cristina Castillo León y Claudia María Carro Maklouk", los cuales fueron presentados por el representante May, dado que se limitan "a analizar el impacto que la infertilidad ha tenido en las supuestas víctimas".

51. Asimismo, el Estado solicitó se rechacen los "expedientes económicos" de las presuntas víctimas que fueron presentados por el representante Molina y que incluyen "estados de cuenta bancarios" y "certificaciones de ingresos" a partir de las cuales "se pretende lograr una indemnización del Estado". El Estado alegó que de dicha documentación "no se extrae forma alguna de demostrar los gastos en que dicen haber incurrido las supuestas víctimas, y por el contrario contienen simples números sin identificación alguna que tenga relación" con el proceso. Agregó que "tampoco se explica la importancia de los datos bancarios y de ingresos para la resolución" del caso.

52. En cuanto a estas observaciones del Estado respecto a esta prueba documental, el Tribunal entiende que estas no impugnan su admisibilidad, sino que apuntan a cuestionar el peso probatorio de la misma. En consecuencia, no se genera problema en la admisibilidad de dicha

prueba y será valorada conjuntamente con el resto del acervo probatorio, teniendo en cuenta las observaciones del Estado y de conformidad con las reglas de la sana crítica.

B.2) Admisión de las declaraciones de presuntas víctimas, y de la prueba testimonial y pericial

53. En cuanto a las declaraciones de las presuntas víctimas, los testigos y los dictámenes rendidos en la audiencia pública y mediante declaraciones juradas, la Corte los estima pertinentes sólo en lo que se ajusten al objeto que fue definido por el Presidente del Tribunal en la Resolución mediante la cual se ordenó recibirlos (*supra* párrs. 11). Éstos serán valorados en el capítulo que corresponda, en conjunto con los demás elementos del acervo probatorio y tomando en cuenta las observaciones formuladas por las partes[51].

54. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte, las declaraciones de las presuntas víctimas no pueden ser valoradas aisladamente sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso, ya que son útiles en la medida en que pueden proporcionar mayor información sobre las alegadas violaciones y sus consecuencias[52]. Con base en lo anterior, el Tribunal admite dichas declaraciones (*supra* párrs. 11), cuya valoración se hará con base en los criterios señalados.

55. Por otra parte, en relación con las declaraciones ante fedatario público, el Estado solicitó la inadmisibilidad de las declaraciones de Paul Hunt, Antonio Marlasca, Gerardo Escalante y Delia Ribas. Asimismo, realizó observaciones de fondo sobre algunas dec[l]araciones.

56. Respecto a los temas de admisibilidad, el Estado señaló que las declaraciones de Antonio Marlasca y Paul Hunt omitieron referirse a

51 *Cfr. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo.* Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 43, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador,* párr. 43.

52 *Cfr. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo,* párr. 43, y *Caso Díaz Peña vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244, **párr. 27.**

las preguntas planteadas por el Estado, lo cual afecta el deber de cooperación procesal, el principio de buena fe, el principio del contradictorio y el derecho a la defensa. La Corte reitera que el hecho de que se encuentre contemplado en el Reglamento la posibilidad de que las partes puedan formular preguntas por escrito a los declarantes ofrecidos por la contraparte y, en su caso, por la Comisión, impone el deber correlativo de la parte que ofreció la declaración de coordinar y realizar las diligencias necesarias para que se trasladen las preguntas a los declarantes y se incluyan las repuestas respectivas. En ciertas circunstancias, el no contestar diversas preguntas puede resultar incompatible con el deber de cooperación procesal y con el principio de buena fe que rige en el procedimiento internacional[53]. Sin perjuicio de ello, el Tribunal considera que la no presentación de respuestas a las preguntas de la contraparte no afecta la admisibilidad de una declaración y es un aspecto que, según los alcances de los silencios de un declarante, podría llegar a impactar en el peso probatorio que puede alcanzar un peritaje, aspecto que corresponde valorar en el fondo del caso.

57. El Estado señaló que "la no presentación" en el plazo de la traducción al español de la declaración de Paul Hunt "violenta el deber de cooperación procesal y buena fe que debe imperar en el proceso internacional". El Estado indicó que "cumplió con presentar dos traducciones en el mismo plazo otorgado a la Comisión, lo cual evidentemente implicó una reducción del tiempo efectivo para la elaboración del dictamen", lo cual les "coloca en una situación de desigualdad procesal al disminuir además el tiempo [...] otorgado [...] para presentar las observaciones respectivas". Al respecto, la Corte observa que la versión en inglés del dictamen fue presentada dentro del plazo y que la demora en la remisión de la versión en español fue de 7 días. El Tribunal toma en cuenta que en el procedimiento ante la Comisión las partes presentaron

53 *Caso Díaz Peña vs. Venezuela,* párr. 33, *y Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 3 de septiembre de 2012, Serie C No. 249, párr. 29.

diversa información y prueba en inglés sin que existiera traducción de la misma, lo cual no mereció objeción de las partes y, además, evidencia que en el procedimiento se han adoptado medidas para garantizar en debida forma el equilibrio procesal entre las partes. Asimismo, ante la Corte se han otorgado diversos plazos a la Comisión y a las partes para la remisión de traducciones al español de algunos documentos que se presentaron en inglés. Estos aspectos permiten concluir que la falta de traducción oportuna de dicha declaración no generó una carga desproporcionada hacia el Estado o los representantes que pudiera justificar su inadmisibilidad.

58. El Estado solicitó a la Corte que desestime el peritaje rendido por Antonio Marlasca, dado que "debió haber comparecido ante fedatario público", "y no como sucedió en este caso donde claramente se desprende del documento presentado que no existió tal comparecencia, pues el notario público afirma que se limita a transcribir el dictamen ya rendido previamente". Al respecto, la Corte ha señalado, en cuanto a la recepción y valoración de la prueba, que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto[54]. Asimismo, el Tribunal ha admitido en otras ocasiones declaraciones juradas que no fueron rendidas ante fedatario público, cuando no se afecta la seguridad jurídica y el equilibrio procesal entre las partes[55], lo cual se respeta y garantiza en este caso.

59. El Estado objetó la admisibilidad de las declaraciones a título informativo de Gerardo Escalante y Delia Ribas, y la declaración de Alicia

54 *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 33.

55 *Cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 189; *Caso Servellón García y otros*, párr. 46; y *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 51.

Neuburger, porque presuntamente se habrían referido a cuestiones que no estarían previstas en el objeto de sus declaraciones. La Corte reitera que sólo tendrá en cuenta las declaraciones rendidas ante fedatario público en la medida en que se enmarquen en el objeto previsto en la Resolución emitida por el Presidente.

60. Respecto a los temas del fondo, el Estado indicó los siguientes aspectos: i) Paul Hunt "carece de ese análisis de balance de intereses que es indispensable para determinar la existencia de un impacto desproporcionado"; ii) el peritaje de Alicia Neuburger "no resulta una prueba útil para demostrar la relación de causalidad entre las supuestas acciones violatorias de derechos" y "los daños que supuestamente tuvieron las presuntas víctimas", y "parte de un conjunto de hechos que no han sido demostrados en este proceso"; iii) "el señor Marlasca falla en su intento por querer establecer una distinción que se pueda considerar como racional u objetiva entre lo que es una vida humana y una persona humana"; iv) "la declaración [de Andrea Mesén] esta rendida de una forma tan general que la hace inviable para tratar de justificar, mucho menos demostrar, un supuesto daño inmaterial en las presuntas víctimas"; v) Gerardo Escalante "limita la naturaleza y el contenido de la declaración a la forma en que se practicaba la FIV en Costa Rica al momento en que él la realizaba, por lo que no podría hacer valoraciones ni rendir opiniones sobre la técnica de fecundación in vitro en general, ni sobre la regulación internacional"; y vi) respecto a Delia Ribas: "refiere en todo momento al término "preembión", utilizándolo como punto de partida para justificar el trato que recibe el embrión desde su concepción (o fecundación) hasta momentos antes de ser transferido al útero materno […] y, por tanto, no es aceptable pretender fundamentar su manipulación escudándose en dicho concepto, ya que está científicamente demostrado que desde esta etapa inicial existe un organismo pleno y completo"; asimismo, alegó que "no es correct[o] […] justificar la

práctica de la técnica de la FIV como un tratamiento a una enfermedad que permite a los 'pacientes' tener 'una mejoría de su salud'"; "aboga en su documento por la práctica de la criopreservación –o congelamiento de los embriones-, lo que resulta incompatible con el derecho a la vida y a la dignidad humana", y que "no contesta la segunda interrogante que oportunamente le fue planteada".

61. En cuanto a estas observaciones del Estado respecto a los peritajes, el Tribunal entiende que estas no impugnan su admisibilidad, sino que apuntan a cuestionar el peso probatorio de los mismos. La Corte considerará el contenido de estos peritajes en la medida que se ajusten al objeto para el cual fueron convocados (*supra* párr. 11). Con base en lo antes expuesto, el Tribunal admite los peritajes señalados y los valorará conjuntamente con el resto del acervo probatorio, teniendo en cuenta las observaciones del Estado y de conformidad con las reglas de la sana crítica.

VI

HECHOS

A) Técnicas de Reproducción Asistida y Fecundación in Vitro

62. La infertilidad puede ser definida como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más[56]. Las causas más comunes de infertilidad son, entre otras, daños en las trompas de Falopio, adherencias tubo-ováricas, factores masculinos (por ejemplo, bajo nivel

56 *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2818); Declaración ante fedatario público de la perita Garza (expediente de fondo, tomo V, folio 2558); Declaración rendida por el perito Caruzo ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada en el presente caso, y Declaración de la declarante a título informativo Ribas (expediente de fondo, tomo V, folio 2241).

de esperma), endometriosis, factores inmunológicos o pobre reserva ovárica[57]. Se estima que la incidencia de la infertilidad asciende a un aproximadamente 10% de las mujeres en edad reproductiva[58].

63. Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen "la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones […] para el establecimiento de un embarazo"[59]. Entre dichas técnicas se encuentran la FIV, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos, la transferencia intra-túbarica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado[60]. Las técnicas de reproducción asistida no incluyen la inseminación asistida o artificial[61].

64. Por su parte, la FIV es "un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer"[62]. Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y pos-

57 *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2828). Como explicó el perito Zegers-Hochschild, según la Organización Mundial de la Salud, la infertilidad constituye una enfermedad del sistema reproductivo (expediente de fondo, tomo VI, folio 2818).

58 *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2820).

59 Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2821).

60 *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2820).

61 *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2820).

62 Declaración ante fedatario público de la perita Garza (expediente de fondo, tomo V, folio 2559).

teriormente implantado en el útero[63], o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino[64], así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida. Las fases que se siguen durante el la FIV son las siguientes[65]: i) inducción a la ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno.

65. Sobre el desarrollo embrionario en la FIV, existen cinco etapas de dicho desarrollo que duran en total cinco días. En primer lugar, se seleccionan los óvulos maduros, los cuales son fecundados, por lo que se da paso al desarrollo del cigoto. En las primeras 26 horas de desarrollo el cigoto se divide en dos células, las cuales posteriormente se dividen en cuatro células en el día dos, y finalmente se vuelve a dividir para formar ocho células en el día tres. En el día cuatro, se habla de Morula y del día cuatro al día cinco, el embrión llega a su estado de Blastocisto. Los embriones pueden permanecer en cultivo hasta cinco días antes de ser transferidos al útero de la mujer[66]. Por lo tanto, el embrión puede ser transferido desde el día dos y hasta el día cinco. Dependiendo de la caracterización morfológica y dinámica de la división celular, se toma

63 Al respecto, el perito Zegers-Hochschild indicó que "la fecundación no puede ocurrir, si no existe trompa de Falopio el desarrollo embrionario no puede ocurrir, si los espermatozoides depositados en la vagina no tienen la capacidad de llegar a la trompa no hay fecundación, lo mismo que si los espermatozoides llegan pero no son capaces de fecundar". Declaración rendida por el perito Zegers-Hochschild ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada en el presente caso. Asimismo, Resumen escrito del peritaje rendido por Anthony Caruso en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2937.210), y Declaración de la declarante Ribas (expediente de fondo, tomo V, folio 2243).

64 *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Anthony Caruso en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2937.214).

65 *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folios 2825 a 2830); Declaración ante fedatario público de la perita Garza (expediente de fondo, tomo V, folio 2559), y Declaración de la declarante a título informativo Ribas (expediente de fondo, tomo V, folios 2245 a 2248).

66 *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (Expediente de fondo, tomo VI, folios 2828 a 2829).

la decisión respecto de cuando transferir el embrión[67]. La transferencia embrionaria puede ser directamente al útero o a las trompas de Falopio. A los 12 días de la transferencia embrionaria, se sabe si la mujer quedó embarazada a través de marcadores[68].

66. El primer nacimiento de un bebe producto de la FIV ocurrió en Inglaterra en 1978[69]. En Latinoamérica, el nacimiento del primer bebe producto de la FIV y la transferencia embrionaria fue reportado en 1984 en Argentina[70]. Desde que fuera reportado el nacimiento de la primera persona como resultado de Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante "TRA"), "cinco millones de personas han nacido en el mundo gracias a los avances de esta [tecnología]"[71]. Asimismo, "[a]nualmente, se realizan millones de procedimientos de TRA. Las estimaciones para 2008, comprenden 1.600.000 tratamientos que dieron origen a 400.000 personas nacidas entre 2008 y septiembre de 2009" en el mundo[72]. En Latinoamérica "se estima que entre 1990 y 2010 150.000 personas han nacido" de acuerdo con el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida[73].

67. De la prueba que obra en el expediente, Costa Rica es el único Estado en el mundo que prohíbe de manera expresa la FIV[74].

67 *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (Expediente de fondo, tomo VI, folios 2828 a 2829).

68 *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (Expediente de fondo, tomo VI, folios 2829 a 2830).

69 *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2821), y Declaración de la declarante a título informativo Ribas (expediente de fondo, tomo V, folio 2242).

70 *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2822).

71 *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, Tomo VI, folios 2821 a 2822).

72 *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, Tomo VI, folios 2821 a 2822).

73 *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, Tomo VI, folio 2822).

74 El Perito Zegers-Hochschild explicó que "[l]as TRA son usadas en el mundo entero. Esto incluye todos los países de Europa, Oceánia, Asia y Medio Oriente, así como los países que cuentan con la tecnología en África. En relación a las Américas, los TRA se realizan en todos

B) El Decreto ejecutivo

68. En Costa Rica, el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales y regulaba su ejecución. En su artículo 1° el Decreto Ejecutivo regulaba la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establecía reglas para su realización[75]. En el artículo 2° se definían las técnicas de reproducción asistida como "todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio"[76].

69. Las normas del Decreto Ejecutivo No. 24029-S que regulaban específicamente la técnica de la FIV cuestionada en el recurso de inconstitucionalidad, eran las siguientes[77]:

> Artículo 9.- En casos de fertilización in vitro, queda absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento.
>
> Artículo 10.- Todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes.

los países que cuentan con dicha tecnología, con excepción de Costa Rica. Así es razonable concluir que Costa Rica es el único país en el mundo que [prohíbe] la TRA". *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, Tomo VI, folio 2821).

75 Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 85).

76 Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 85).

77 Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 85 y 86).

Artículo 11.- Quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo.

Artículo 12.- Queda absolutamente prohibido comerciar con células germinales —óvulos y espermatozoides— para ser destinados a tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean éstas homólogas o heterólogas.

Artículo 13.- El incumplimiento de las disposiciones aquí establecidas faculta al Ministerio de Salud para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento en el que se cometió la infracción, debiendo remitirse el asunto en forma inmediata al Ministerio Público y al Colegio Profesional respectivo, para establecer las sanciones correspondientes.

70. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000[78] por la entidad privada denominada "Instituto Costarricense de Infertilidad"[79]. En ese lapso nacieron 15 costarricenses[80]. La técnica fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de Costa Rica mediante de 15 de marzo de 2000.

78 "El 14 de [o]ctubre de 1995, nac[ió] el primer niño producto de la" fecundación in Vitro. *Cfr.* Declaración del declarante a título informativo Escalante (expediente de fondo, tomo V, folio 2388). Asimismo, notas de prensa del Diario la Nación de 15 de octubre de 1995, tituladas "Nació Esteban" y "Esteban, alianza fecunda" (expediente de fondo, tomo I, folio 587.40).

79 *Cfr.* Declaración de la declarante a título informativo Ribas: "En Costa Rica la fertilización in vitro se inició por nuestro grupo en septiembre de 1994. […] Nuestro resultados correspondientes a los años 1994 a 1996 fueron publicados en Acta Medica Costarricense […]. Como éramos el único centro en el país, decidimos someternos al escrutinio de nuestros esfuerzos por parte de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, de la cual fuimos miembros desde su creación hasta el fallo correspondiente a la prohibición de la técnica" (expediente de fondo, tomo V, folios 2242 y 2248).

80 El declarante a título informativo Escalante informó que "[e]ntre los meses de se[p]tiembre de [19]94 y marzo de 2000, se trataron 121 parejas a las cuales se les practicaron 149 ciclos de Fertilización in Vitro completos[, de los cuales l]legaron a embarazo de término y nacieron 15 neonatos" (expediente de fondo, tomo V, folio 2392).

C) Sentencia de la Sala Constitucional de 15 de marzo de 2000

71. De conformidad con el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional[81], cualquier ciudadano puede interponer la acción de inconstitucionalidad en contra de una norma "cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto". Basándose dicha norma, el 7 de abril de 1995 el señor Hermes Navarro del Valle presentó una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo que regulaba la FIV en Costa Rica, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida[82]. El solicitante requirió que: i) se declarara el Decreto inconstitucional por violar el derecho a la vida; ii) se declarara inconstitucional la práctica de la fecundación in vitro, y iii) "se instruya a las autoridades públicas a mantener un control minucioso de la práctica médica, para que dichos actos no se vuelv[a]n a producir". Entre los argumentos que se alegaron en la acción de constitucionalidad se encuentran los siguientes: i) "el porcentaje de malformaciones en general fue mayor al registrado en la fecundación natural"; ii) "la práctica generalizada [de la FIV] violenta la vida humana [y] por las características privadas y aisladas […] en que toma lugar dicha inseminación, cualquier reglamentación sería de difícil implementación y de difícil control por el Estado"; iii) "[l]a vida humana se inicia desde el momento de la fecundación, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos - voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada - resultaría en una

81 El artículo 75 estipula que "[p]ara interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de habeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado. No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto".

82 Acción de inconstitucionalidad presentada el 7 de abril de 1995 (expediente de anexos a la contestación, tomo VII, folios 10455, 10456, 10458, 10464, 10465 y 10466).

evidente violación al derecho a la vida contenido" en la Constitución costarricense; iv) se hizo referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención sobre los derechos del niño; v) se arguyó que "el negocio de la fecundación in vitro [es] un negocio[, …] no cura […] una enfermedad[,] ni [es] un tratamiento de emergencia para salvar una vida", y vi) "tan violatorio es el eliminar concebidos[,] o sea niños[,] tirándolos al basurero, como eliminarlos de forma deliberada debido a la falta de técnica en el proceso, pretendiendo jugar una especie de 'ruleta rusa' con los seis niños introducidos en la madre".

72. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia[83], mediante la cual declaró "con lugar la acción [y] se anula por inconstitucional […] el Decreto Ejecutivo No. 24029-S"[84]. Las razones esgrimidas por la Sala Constitucional para motivar su decisión fueron, en primer lugar, la "infracción del principio de reserva legal", según el cual "solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales". De acuerdo a lo anterior, la Sala concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el "derecho a la vida y a la dignidad del ser humano", razón por la cual "[l]a regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resulta[ba] incompatible con el Derecho de la Constitución".

73. Por otra parte, al considerar que era aplicable el artículo 4.1 de la Convención Americana, la Sala Constitucional señaló lo siguiente:

83 Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 76 a 96).

84 Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 95).

La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. […] Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva —primer esbozo del sistema nervioso—; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. […] Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término pre-embrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un ovulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. […] Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico[85]. (Añadido fuera del texto)

85 Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 88 y 89).

74. Asimismo, la Sala Constitucional determinó que las prácticas de FIV "atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano"[86]. Para su fundamentación, la Sala Constitucional indicó que: i) "[e]l ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida"; ii) "en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico", y iii) "como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer"[87].

75. Por otra parte, la Sala Constitucional manifestó que "[l]a normativa internacional […] establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana"[88], para lo cual citó el artículo I de la Declaración Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 de la Convención Americana. Respecto al artículo 4 de la Convención, la Sala consideró que "[e]ste instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho [a la vida] a partir del momento de la concepción[, además s]e prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos"[89].

86 Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 94).

87 Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 88, 90).

88 Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 90).

89 Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 91).

También la Sala hizo referencia al artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre este punto, la Sala concluyó que "[l]as normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia"[90].

76. Finalmente, la Sala concluyó:

> El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. […] La objeción principal de la sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la [FIV] implica una manipulación consciente, voluntaria de las cédulas reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados

90 Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 92).

aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos – voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta – viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas[91]. (Subrayado fuera del texto original)

77. Los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda presentaron conjuntamente su salvamento de voto a la sentencia[92]. En dicho voto, los magistrados consideraron que la FIV "no es incompatible con el derecho a la vida ni a la dignidad humana, sino por el contrario, constituye un instrumento que la ciencia y la técnica han concebido al ser humano para favorecerla, ya que la infertilidad […] debe ser vista como la consecuencia de un estado genuino de enfermedad"[93]. Igualmente, manifestaron que las "[t]écnicas de [r]eproducción [a]sistida […] se ofrecen como un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que, aunque no está expresamente reconocido en [la] Constitución Política, se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la libertad para fundar una familia"[94].

91 Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 94 y 95).

92 Salvamento de Voto de 15 de marzo de 2000 de los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folios 10994 a 10996).

93 Salvamento de Voto de 15 de marzo de 2000 de los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folios 10994).

94 Salvamento de Voto de 15 de marzo de 2000 de los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folios 10994).

D) Recursos interpuestos por Ileana Henchoz y Karen Espinoza

78. El 30 de mayo de 2008, la señora Henchoz interpuso una acción de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala Constitucional de 15 de marzo de 2000, la cual fue rechazada de plano[95]. En dicha decisión la Sala consideró que su jurisprudencia es vinculante "*erga omnes* salvo para sí misma, de manera que el criterio vertido en ell[a] puede ser modificad[a] cuando existan motivos para ello o razones de orden público"[96].

79. Posteriormente, la señora Henchoz interpuso una demanda judicial contra la Caja Costarricense del Seguro Social con la finalidad de que se le permitiera practicarse la FIV. La Caja adujo la imposibilidad de practicar dicho procedimiento debido a la Sentencia de 15 de marzo de 2000[97]. Mediante sentencia de 14 de octubre de 2008, el Tribunal Superior de lo Contencioso y Civil de Hacienda concluyó que la FIV como mecanismo de reproducción asistida no estaba prohibida en Costa Rica, en tanto no se incurra en los vicios señalados por la Sala Constitucional, "máxime que el desarrollo actual de este procedimiento médico posibilita, en un ciclo reproductivo femenino, la fecundación de un solo óvulo para su posterior transferencia al útero de la madre"[98].

80. El Tribunal Superior de lo Contencioso y Civil de Hacienda ordenó a la Caja Costarricense de Seguro Social elaborar un diagnóstico y

95 *Cfr.* Resolución No. 2008009578. Acción de inconstitucionalidad promovida por Ileana Henchoz Bolaños de 11 de junio de 2008 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folios 5842).

96 Sentencia de la Sala Constitucional 2005-10602 16 de agosto de 2005 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folios 5842).

97 Sentencia No. 835-2008 dictada por la Sección Quinta del Tribunal Contencioso y Administrativo y Civil de Hacienda en el Proceso de Conocimiento interpuesto por Ileana Henchoz Bolaños contra la Caja Costarricense de Seguro Social, Expediente No. 08-00178-1027-CA de 14 de octubre de 2008 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folios 5845 a 5872).

98 Sentencia No. 835-2008 dictada por la Sección Quinta del Tribunal Contencioso y Administrativo y Civil de Hacienda en el Proceso de Conocimiento interpuesto por Ileana Henchoz Bolaños contra la Caja Constarricense de Seguro Social, Expediente No. 08-00178-1027-CA de 14 de octubre de 2008 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folio 5859).

realizar los exámenes médicos correspondientes a fin de determinar la viabilidad para practicar los métodos de reproducción asistida, incluida la FIV, a la señora Henchoz[99]. Asimismo señaló que dicho procedimiento se realizaría respetando los lineamientos dictados por la Sala Constitucional, a partir del desarrollo actual de la técnica, "de manera que no e[ra] válida la fecundación de más de un óvulo por ciclo reproductivo de la paciente para su transferencia, ni e[ra] posible la fecundación de dos o más óvulos en ese mismo ciclo reproductivo y mucho menos, la selección de un embrión de entre varios, su destrucción, desecho, congelamiento o experimentación respecto de alguno de ellos"[100].

81. La Caja Costarricense de Seguro Social apeló la sentencia emitida por el Tribunal Superior y el 7 de mayo de 2009 los magistrados de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia anularon dicho fallo y declararon sin lugar la demanda[101]. La Sala Primera indicó que "ha quedado demostrado […] que la técnica de la fertilización in vitro estaría contraindicada para la demandante en razón de su edad, pues a sus 48 años ha perdido ya su capacidad reproductiva con sus propios óvulos, lo que hace extraordinariamente improbable y remoto un embarazo de manera asistida" aunado al hecho que la demandante "luego de la sentencia impugnada manifestó a través de distintos medios de comunicación colectiva que no se sometería a la técnica de la fertilización in vitro, en razón de su edad"[102].

99 Sentencia No. 835-2008 dictada por la Sección Quinta del Tribunal Contencioso y Administrativo y Civil de Hacienda en el Proceso de Conocimiento interpuesto por Ileana Henchoz Bolaños contra la Caja Constarricense de Seguro Social, Expediente No. 08-00178-1027-CA de 14 de octubre de 2008 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folio 5871).

100 Sentencia No. 835-2008 dictada por la Sección Quinta del Tribunal Contencioso y Administrativo y Civil de Hacienda en el Proceso de Conocimiento interpuesto por Ileana Henchoz Bolaños contra la Caja Costarricense de Seguro Social, Expediente No. 08-00178-1027-CA de 14 de octubre de 2008 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folio 5872).

101 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de fecha 7 de mayo de 2009, Exp. 08-000178-1027-CA, Res. 000465-F-S1-2009 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folios 5873 a 5879).

102 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de fecha 7 de mayo de 2009, Exp. 08-000178-1027-CA, Res. 000465-F-S1-2009, remitido por el Estado mediante comunicación de

82. Por otra parte, el 6 de enero de 2005, la Defensoría de los Habitantes emitió el oficio N°00117-2005-DHR, motivado por una denuncia interpuesta por la señora Espinoza, en la cual planteó que, tras haber acudido a un Hospital parte de la Caja Costarricense del Seguro Social, éste le habría denegado la posibilidad de un tratamiento de fertilidad argumentando la ausencia de programas para tales efectos[103] y no se le habría entregado un medicamento denominado "menotropin", el cual le había sido dado en otras ocasiones a la paciente[104]. En el mencionado oficio, la Defensoría emitió una serie de recomendaciones, a saber:

> [el establecimiento de] un programa especial para el tratamiento de la infertilidad y esterilidad de todas las parejas y mujeres que vivan esta situación, que deseen ejercer su derecho de maternidad y paternidad y no cuenten con los recursos económicos para optar por un servicio, atención y tratamientos médicos privados[105].

83. Asimismo, la Defensoría recomendó el mejoramiento de la prestación del servicio y atención médica en aquellos campos en los que se requiere un tratamiento y seguimiento médico como es el caso de la infertilidad, y finalmente, el establecimiento de lineamientos claros en materia de medicamentos sanitarios[106].

fecha 22 de enero de 2010 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folios 5873 a 5879).

103 *Cfr*. Oficio N°00117□2005□DHR de la Defensoría de los Habitantes de 6 de enero de 2005 (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XV, folios 5556 a 5562).

104 *Cfr*. Receta del medicamento "Menotropins" (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XV, folio 5520).

105 *Cfr*. Oficio N°00117□2005□DHR de la Defensoría de los Habitantes de 6 de enero de 2005 (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XV, folio 5561).

106 *Cfr*. Oficio N°00117□2005□DHR de la Defensoría de los Habitantes de 6 de enero de 2005 (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XV, folio 5561).

E) Proyectos de ley

84. La Corte observa que, en el marco de un intento por cumplir con las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana (*supra* párr. 1), en la Asamblea Legislativa en el año 2010 fue presentado un proyecto de ley tratando de regular la FIV[107]. Entre otros elementos, el proyecto partía de la protección de todos los derechos de la persona humana a partir de la fecundación[108] y establecía que podía practicarse la FIV "a condición de que todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento sean transferidos a la misma mujer que los produjo"[109]. Además, se prohibía "la reducción o destrucción de embriones"[110]. Asimismo, el proyecto de ley preveía que "[q]uien, en la aplicación de la técnica de la [FIV], destruyere o redujere o de cualquier modo diere muerte a uno o más embriones humanos, será sancionado con prisión de uno a seis años"[111]. La Corte observa que el proyecto de ley no fue aprobado[112]. Por su parte, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) se pronunció en forma crítica contra el proyecto y resaltó los "riesgos de múltiples embarazos que pueden ocurrir cuando todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento son transferidos a la misma mujer que los produjo, lo cual a su vez incrementa el riesgo del

107 *Cfr. Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria,* Expediente 17.900, 22 de octubre de 2010 (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folios 11055 a 11068).

108 *Cfr.* artículo 6 del *Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria,* Expediente 17.900, 22 de octubre de 2010 (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folios 11055 a 11068).

109 *Cfr.* artículo 8 del *Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria,* Expediente 17.900, 22 de octubre de 2010 (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folio 11064).

110 *Cfr.* artículo 8 del *Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria,* Expediente 17.900, 22 de octubre de 2010 (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folio 11064).

111 *Cfr.* artículo 19 del *Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria,* Expediente 17.900, 22 de octubre de 2010 (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folio 11067).

112 *Cfr.* Contestación de la demanda por el Estado (expediente de contestación, tomo III, folio 1007).

aborto espontáneo, complicaciones obstétricas, nacimientos prematuros y morbilidad neonatal"[113]. La OPS señaló que "[t]ransferir a una mujer todos los embriones producidos en cada ciclo de un tratamiento de [FIV], incluso aquellos embriones que tienen defectos, puede poner en peligro el derecho a la vida de la mujer e incluso ocasionar la realización de un aborto terapéutico lo que a su vez afecta negativamente el goce del derecho a la salud y de otros derechos humanos relacionados que han sido acordados por los Estados de la OPS"[114].

F) Situación particular de las presuntas víctimas

F.1) Grettel Artavia Murillo y Miguel Mejías Carballo

85. La señora Grettel Artavia Murillo contrajo matrimonio con el señor Miguel Mejías Carballo el 13 de diciembre de 1993[115]. A raíz de un accidente laboral ocurrido en 1985, el señor Mejías sufrió un accidente a la edad de 19 años que lo dejó parapléjico permanentemente[116], razón por la cual decidieron buscar ayuda médica.

86. La médica tratante diagnosticó la imposibilidad de la pareja para procrear naturalmente, por lo que era imposible llegar a un embarazo sin asistencia médica. Teniendo en cuenta lo anterior, les realizó ocho

113 Organización Panamericana de la Salud, Opinión técnica de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS) respecto al contenido del Proyecto de Ley de Costa Rica sobre Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria en el contexto del derecho humano a la salud (expediente de anexos al informe, tomo II, folio 835).

114 Organización Panamericana de la Salud, Opinión técnica de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS) respecto al contenido del Proyecto de Ley de Costa Rica sobre Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria en el contexto del derecho humano a la salud, folio 835.

115 *Cfr*. Certificado de Registro Civil de 14 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4074).

116 El señor Mejías indicó que "un terraplén que se vino al lado de la construcción [lo] sepultó y cuando lograron sacar[lo] ya [él] tenía una paraplejía completa a nivel de 10 de 12 y le precisaron que ya no podía volver a caminar, por medio que había sufrido una lesión medular". Declaración del señor Miguel Mejías Carballo rendida en la audiencia pública celebrada en el presente caso.

inseminaciones artificiales[117]. Para sufragar los gastos de las inseminaciones, la pareja solicitó créditos fiduciarios e hipotecarios e hipotecó su casa, además de vender algunas de sus pertenencias[118]. Sin embargo, las inseminaciones artificiales no dieron resultado[119].

87. En febrero de 2000, la médica tratante le informó a la pareja que la última alternativa a seguir en el tratamiento contra la infertilidad sería practicar una FIV. Un mes después, el 15 de marzo de 2000 la Sala Constitucional de Costa Rica emitió la sentencia que prohibió la práctica en el país[120]. La pareja no tenía los recursos económicos para viajar al exterior para realizarse el tratamiento[121].

88. El 10 de marzo de 2011 la pareja se divorció, siendo una de las razones la imposibilidad de tener hijos biológicos[122].

117 Escrito de la señora Artavia y el señor Mejías de 19 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y pruebas, tomo I, folio 4075).

118 Al respecto, la señora Artavia indicó que "para sufragar los gastos [su] ex esposo en ese entonces tuvo que proceder a créditos fiduciarios e hipotecarios los cuales a la fecha no ha podido cancelar en su totalidad". Escrito de la señora Artavia y el señor Mejías de 19 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4075). Asimismo, el señor Mejías declaró que "ya había hipotecado [su] casa, había gastado todos los ahorros que [él] tenía para poder [ellos] practicar acá la fertilización in vitro en Costa Rica". Declaración del señor Miguel Mejías Carballo rendida en audiencia pública celebrada en el presente caso.

119 Escrito de la señora Artavia y el señor Mejías de 19 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4075). De igual manera, el señor Mejías indicó que hicieron todas las inseminaciones pero "no resultó porque [la esposa] tenía un problema de útero". Declaración del señor Miguel Mejías Carballo rendida en audiencia pública celebrada en el presente caso.

120 El señor Mejías declaró que cuando su esposa fue operada para resolver el problema que tenía en el útero, y cuando ya "estaba bien para hacerse una técnica de fertilización In Vitro, y [ellos] felices contentos y fue cuando los prohibieron y hasta el momento no pudi[eron]". Declaración del señor Miguel Mejías Carballo rendida en audiencia pública celebrada en el presente caso.

121 Sobre este punto, la señora Artavia indicó que desde el momento de la sentencia que prohibió la práctica de la FIV ellos venían desesperados y con frustraciones "asociado a la imposibilidad de ir al extranjero a realizar […] tal práctica por falta de dinero". Escrito de la señora Artavia y el señor Mejías de 19 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4076). Declaración del señor Miguel Mejías Carballo rendida en audiencia pública celebrada en el presente caso.

122 Escrito de la señora Artavia y el señor Mejías de 19 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4077) y Certificado de divorcio de 10 de marzo de 2011 (expediente de anexos del Estado, tomo VIII, folios 10269 a 10285).

F.2) Ileana Henchoz Bolaños y Miguel Yamuni Zeledón

89. El 22 de febrero de 1992 los señores Miguel Antonio Yamuni Zeledón e Ileana Henchoz Bolaños se casaron[123]. Dentro de su núcleo familiar estaba la hija del primer matrimonio de la señora Henchoz[124].

90. Desde 1994 decidieron tener hijos. A partir de 1994 la pareja se practicó 16 inseminaciones artificiales sin resultados[125]. Luego de practicarse otras tres inseminaciones artificiales más con otro doctor, y realizar otros exámenes, en 1999 les fue diagnosticado que la única manera por la que podían tener hijos era por medio de la FIV[126]. Para ello, la pareja se realizo una serie de exámenes de laboratorio[127]. Después de esto el médico tratante manifestó que "exist[ía] un factor masculino subóptimo y se realizó un ciclo de inseminación intrauterina con capacitación espermática sin resultados"[128].

91. En el año 1999 se le practicaron varios procedimientos y exámenes médicos a la señora Henchoz, como por ejemplo una miomectomía, en el que se removió un fibroma[129]. El médico tratante afirmó que "en el

123 *Cfr*. Certificado de Registro Civil de 6 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXIX, folio 5902).

124 Declaración de la señora Ileana Henchoz Bolaños rendida en la audiencia pública celebrada en el presente caso.

125 En este sentido, la señora Henchoz Bolaños señaló que "una doctora [les] recomendó que [les] hiciera[n] inseminaciones artificiales, [les] hici[eron] aproximadamente 15, 16 inseminaciones artificiales, no vi[eron] resultados tampoco, eso fue muy duro porque fue mucho tiempo también". Declaración de la señora Ileana Henchoz Bolaños rendida en audiencia pública celebrada en el presente caso.

126 Declaración jurada de la señora Ileana Henchoz Bolaños de 13 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXIX, folio 5885) y declaración jurada del señor Miguel Antonio Yamuni Zeledón de 13 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXIX, folio 5881).

127 *Cfr.* Certificados del Laboratorio Clínico "La California" de hematología, resultado de orina, "anticuerpos anti espermatozoides", histerosalpingografia, ultrasonido transvaginal de junio de 1999 (expediente de anexos al escrito de argumentos y pruebas, tomo V, anexo XXVII, folios 5700 a 5703).

128 Declaración escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5827).

129 *Cfr.* Certificado del Centro Médico de Diagnostico por Ultrasonido "La California" de ultrasonidos vaginal y transvaginales de agosto y noviembre de 1999 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5708, 5730 a 5733); certificados del Laboratorio Clínico "La California" de exámenes de hormonas de 23 y 25 de noviembre

mes de noviembre de ese año de nuevo se insemin[ó] sin resultados"[130]. El 7 de enero de 2000 le fueron recetados medicamentos a la señora Henchoz para estimulo ovárico[131]. El 15 de febrero a la señora Henchoz se le hicieron dos exámenes de laboratorio relativos a hormonas y un ultrasonido[132].

92. El 10 marzo de 2000 se emitió la sentencia de la Sala Constitucional, razón por la cual la pareja decidió viajar a España para continuar el tratamiento[133]. Como pasos previos para el viaje, en abril de ese año se le realizaron varios exámenes médicos y se recetaron medicamentos[134].

93. Entre los días 18 y 28 de abril la pareja estuvo en España[135]. El 21 de abril de 2000 se hicieron los trámites y exámenes de laboratorio

de 1999 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5738 - 5739 y 5742), y certificación respecto a la miomectomia de 9 de septiembre de 1999 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5789 y 5790).

130 *Cfr.* Declaración escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5827).

131 *Cfr.* Receta del Dr. Escalante para la señora Henchoz Bolaños de los 5 medicamentos para estímulo ovárico de 1 de enero de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5744 y 5745).

132 *Cfr.* Certificados del Laboratorio Clínico "La California" de ultrasonido transvaginal y de exámenes de hormonas de 15 de febrero de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5748 a 5750).

133 Declaración jurada del señor Miguel Antonio Yamuni Zeledón de 13 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXIX, folio 5881). De igual manera, la señora Henchoz Bolaños indicó que dado que la única manera en que podían tener hijos era por medio de la FIV "la única forma era saliendo del país pues Costa Rica acababa de prohibirlo. El derecho a tener hijos [les] fue truncado en el año dos mil". Declaración jurada de la señora Ileana Henchoz Bolaños de 13 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXIX, folio 5885).

134 *Cfr.* Certificado del Laboratorio Clínico "La California" de exámenes de hormonas y ultrasonidos transvaginales de abril de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5753, 5756 a 5762), y receta del estimulante de hormonas del médico tratante de 10 de abril de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5754).

135 *Cfr.* Certificado de Ministerio de Gobernación y Policia de Miguel Antonio Yamuni Zeledón y Ileana Henchoz Bolaños de salida el 17 de abril de 2000 y de entrada el 28 de abril de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5764 y 5767); factura de pago del Hotel "Renasa" en Valencia de 24 de abril 2000, y Factura de FIV del Instituto Valenciano de Infertilidad (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5781).

necesarios[136]. El 23 de abril siguiente le implantaron 2 embriones[137] a la señora Henchoz. El costo en España por el tratamiento fue de 463.000 pesetas[138].

94. Los días 2, 5, 8, 15 y 16 de mayo de 2000 se le practicaron 7 exámenes del comportamiento de las hormonas para dar seguimiento al embarazo a la señora Henchoz[139]. El médico indicó que se "realiz[ó] un proceso de FIV en el Instituto Valenciano de Infertilidad, Valencia, España [y que s]e consigu[ió] embarazo bioquímico que se desvanec[ió] en unos días. Aborto bioquímico"[140].

95. La pareja decidió viajar a Colombia, por lo que para esta primera fase de la FIV a la señora Henchoz se le practicaron exámenes médicos[141]. El señor Yamuni y la señora Henchoz viajaron a Colombia el día 25 de noviembre de 2000[142]. La FIV en Colombia se practicó entre el 25 de noviembre y el 3 de diciembre de 2000[143]. Los días 5, 13, 14 y 22 de diciembre de 2000 se le realizaron a la señora Henchoz 5 exámenes del comportamiento de las hormonas para dar seguimiento al posible

136 *Cfr.* Certificados de trámites y exámenes de laboratorio de 21 de abril de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5775 y 5776).

137 *Cfr.* Certificado de la transferencia embrionaria (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5773).

138 *Cfr.* Factura del tratamiento de 28 de abril de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5781).

139 *Cfr.* Certificados del Laboratorio Clínico "La California" de examenes de hormonas de 2, 5, 8 y 15 de mayo de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5782 a 5787).

140 *Cfr.* Declaración escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5827).

141 *Cfr.* Certificados del Laboratorio Clínico "La California" de ultrasonidos transvaginales de 13, 20 y 23 de noviembre de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5791 a 5794 y 5799 a 5802). Certificado del Laboratorio Clínico "La California" de examen de hormonas de 15 de noviembre de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5792).

142 *Cfr.* Certificado de Ministerio de Gobernación y Policia de Miguel Antonio Yamuni Zeledón y Ileana Henchoz Bolaños de salida el 25 de noviembre de 2000 y de entrada el 2 de diciembre de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5764 y 5767).

143 *Cfr.* Certificado de FIV del Laboratorio "Conceptum" de Bogotá, Colombia de diciembre de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5804).

embarazo[144] y los días 19 y 27 del mismo mes y año dos ultrasonidos[145]. Este nuevo intento no arrojó resultados[146]. El 27 de abril de 2001 se dio un informe de citogenética de la sección de genética humana a la pareja, en el que se indicó que hubo dos pérdidas[147].

F.3) Oriéster Rojas y Julieta González

96. El señor Oriéster Rojas y la señora Julieta González contrajeron matrimonio el 20 de julio de 1996[148]. Luego de transcurridos unos meses y ante la falta de un embarazo de la señora González, el señor Rojas inició un tratamiento con la Caja Costarricense del Seguro Social. Entre 1997 y 1999 el señor Rojas se practicó un procedimiento quirúrgico y varios exámenes médicos[149].

97. El 6 de febrero de 2001 se inició la primera fase de preparación de la FIV a la señora González, por lo que se emitieron dos recetas médicas, en donde se le prescribieron los medicamentos conocidos como puregón y luprón[150], para poder practicarse la FIV en Panamá. El 3, 5, 9

144 *Cfr.* Certificados del Laboratorio Clínico "La California" de exámenes de hormonas de 5, 13. 14 y 22 de diciembre de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5805 a 5807 y 5810).

145 *Cfr.* Certificados del Laboratorio Clínico "La California" de ultrasonidos transvaginales de 19 de diciembre de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5808-5809 y 5813-5814).

146 Declaración escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5827). De igual manera la señora Henchoz Bolaños indicó que "fu[eron] a Colombia, fue igual la misma angustia, el mismo no reposo, la misma cajita de cristal en el avión. Volvi[eron] acá igual bueno no se dio el bebe". Declaración de la señora Ileana Henchoz Bolaños rendida en audiencia pública celebrada en el presente caso.

147 *Cfr.* Informe de resultados del laboratorio de citogenética, sección de genética humana, INISA, Universidad de Costa Rica de 27 de abril de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXIX, folios 5817 y 5818).

148 *Cfr.* Certificado de registro de matrimonio de Oriéster Rojas y Julieta Gonzalez (expediente de anexos a la contestación, tomo VIII, folio 10247).

149 *Cfr.* Expediente médico del señor Oriéster Rojas en el Hospital México de la Caja Costarricense del Seguro Social, exámenes médicos, reportes, constancias médicas y recetas de agosto, octubre y diciembre de 1997, mayo y julio de 1999 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folios 4224 a 4234 4256, 4257 y 4258).

150 *Cfr.* Expediente médico de la señora Julieta González Rojas en el Hospital México de la Caja Costarricense del Seguro Social (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folios 4263-4264).

y 12 de marzo de 2001, la señora González empezó el ciclo de inducción a la ovulación, uno de los pasos previos para ir posteriormente a Panamá para la realización de la FIV[151].

98. Entre el 13 y el 20 de marzo de 2001 el señor Rojas y la señora González estuvieron en Panamá con el propósito de realizarse un procedimiento de la FIV[152]. Se realizó el procedimiento de FIV con microinyección espermática (ICSI) debido al factor masculino severo[153]. Tras dicho procedimiento, le fueron recetados medicamentos[154].

99. Tras su regreso de Panamá, la señora González se sometió nuevamente a pruebas hormonales, mediante las cuales se determinó que no había embarazo[155].

100. El 23 de enero de 2002 la señora González y el señor Rojas promovieron un proceso de adopción directa[156], la cual fue autorizada[157].

F.4) Víktor Sanabria León y Claudia Carro Maklouf

101. El día 16 de abril de 1999 se casaron la señora Claudia Carro Maklouf y el señor Víktor Sanabria. La señora Carro tenía 3 hijos de

151 *Cfr.* Expediente médico de la señora Julieta González, Exámenes médicos y ultrasonidos del 3, 5, 9 y 12 de marzo de 2001 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folios 4270 a 4281).

152 *Cfr.* Recibos de pago del Hotel Roma del 13, 14, 15 y 16 de marzo del 2001 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folios 4283-4285).

153 *Cfr.* Certificación por el médico tratante según la cual "se le realizó [a la señora Julieta González] el ICSI en Panamá, donde tuvo que permanecer por 3 días más antes de regresar al país." Certificado de 8 Junio de 2001 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4300).

154 Recetas emitidas por el médico tratante (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folios 4286; 4289; 4290); recetas emitidas en la Clínica Hospital San Fernando (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folios 4288 y 4290), y recibos de pago en diversas farmacias, marzo de 2001 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4287, 4293).

155 *Cfr.* Expediente médico de la señora Julieta González, examen médico del 30 de marzo de 2001 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4299).

156 *Cfr.* Expediente de adopción del señor Oriester Rojas y de la señora Julieta González, Notificación de inicio del proceso de adopción (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folios 4302).

157 *Cfr.* Sentencia No. 318, Expediente No. 02-000029-0673-FA-3 autorizando la adopción (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folios 4498 a 4501).

su primer matrimonio, mientras que el señor Sanabria no tenía hijos de su primer matrimonio[158]. Antes del matrimonio, la pareja había acudido a citas médicas y el 21 de septiembre de 1998 se diagnosticó al señor Sanabria "hipomotilidad espermática" y "viscosidad seminal aumentada"[159], asociadas a infertilidad masculina, patología que de no corregirse condicionaba un muy bajo porcentaje de conseguir un embarazo natural[160].

102. Por su parte, a la señora Carro, tras una serie de análisis médicos, entre ellos una histerosalpingogradia, se le diagnosticó una lesión tubárica, por lo que se recomendó realizar una FIV[161]. En octubre del año de 1998 se operó con la finalidad de reparar en lo posible la lesión tubárica. En diciembre de 1999 la señora Carro se sometió a un primer intento de FIV, el cual no tuvo resultados positivos. A inicios de 2000 la señora Carro volvió a ser intervenida quirúrgicamente[162].

103. A raíz de la sentencia de la Sala Constitucional, la pareja recurrió a practicarse la FIV en España, en el Instituto Valenciano de Infertilidad (en adelante "IVI") en Madrid[163]

104. La pareja viajo en octubre de 2001 a España[164]. El 22 de octubre de 2001 el IVI emitió una factura por el monto de 413.000 pesetas es-

158 *Cfr.* Declaración jurada de Claudia María Carro Maklouf "Historia de vida".

159 *Cfr.* Constancia médica de Gerardo Escalante López de 12 de Agosto de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4700).

160 *Cfr.* Constancia de Gerardo Escalante López de 14 de Noviembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4702).

161 *Cfr.* Constancia del Doctor Gerardo Escalante López de 29 de Agosto de 2011: "[…] con historia de infertilidad por impermeabilidad tubárica bilateral posterior a 2 operaciones cesárea efectuadas en su primer matrimonio" (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4119).

162 *Cfr.* Constancia médica del Doctor Gerardo Escalante López de 29 de Agosto de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4119).

163 Para ello debía recibir dosis diariamente de LUPRÓN por vía subcutánea. *Cfr.* Constancia médica del Doctor Gerardo Escalante López del 1 de octubre de 2001 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4688).

164 *Cfr.* Comprobante de compra de pasaje de avión de 20 de septiembre de 2001 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4695).

pañolas, por concepto de "actuaciones profesionales al paciente"[165]. La FIV realizada en España no fue exitosa, por lo que no hubo embarazo[166].

105. La pareja inició un proceso de adopción el 10 diciembre de 2002 y les fue entregada en custodia temporal a una niña a la pareja[167]. La señora Carro y el señor Sanabria se separaron en noviembre de 2003 y se divorciaron el 27 de enero de 2005[168]. El 1 de diciembre de 2006 se dio en adopción individual a la niña al señor Sanabria[169]. En abril de 2009 la señora Carro adoptó de manera individual a un niño[170].

F.5) Geovanni Vega y Joaquinita Arroyo

106. La señora Joaquinita Arroyo y el señor Geovanni Vega contrajeron matrimonio el 8 de diciembre de 1989[171].

107. Alrededor de octubre de 1990, al no quedar embarazada, la señora Vega inició un tratamiento médico que implicó varios estudios[172]. Posteriormente a ese tratamiento, se aplicaron 12 inseminaciones arti-

165 *Cfr.* Factura de 413.000 pesetas españolas emitida por IVI en fecha del 22 de octubre de 2001 a nombre de Carro Maklouf, Claudia (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4690).

166 *Cfr.* Peritaje psiquiátrico: "[L]e implantan dos embriones y el resultado es negativo" (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4127).

167 *Cfr.* Expediente de adopción, Autorización, por el Patronato Nacional de la Infancia, Oficina de Adopciones, del egreso de la niña con los señores Viktor Hugo Sanabria León y Claudia María Carro Maklouf en fecha del 19 de mayo de 2003 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, folio 4776).

168 *Cfr.* Registro Civil, Certificación de divorcio en fecha del 16 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4118).

169 *Cfr.* Sentencia judicial de aprobación de la solicitud de adopción individual por parte de Víktor Hugo Sanabria Leon de 1 de diciembre de 2006 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, folios 4928 a 4932).

170 *Cfr.* Peritaje psiquiátrico: "En el año 2009 [la señora Claudia María Carro Maklouf] adopt[ó] a su actual hijo" (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4128).

171 *Cfr*. Certificado de Registro Civil de 22 de marzo de 2012 (expediente de anexos del Estado, tomo VIII, folio 10251).

172 "Para febrero de 1991 comenz[ó] con valoraciones médicas para determinar por qué razón no quedaba embarazada, pasando por varios monitoreos de ovulación, con tratamientos para estimular la ovulación". Declaración jurada de la señora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XI, folio 5266). *Cfr*. Certificado de la Clínica Ultrasonido Paseo Colon, S.A. de anovulación de 15 de octubre de 1991 y receta de progesterona, 1 ml y Omifín por 5 días (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folio 4990).

ficiales[173]. Asimismo, el señor Vega también se realizó exámenes médicos[174].

108. La pareja recurrió a otro médico, se hicieron nuevos exámenes, y se hizo aplicación de otra serie de procedimientos de inseminación artificial. En algunas oportunidades se realizaron hasta dos inseminaciones para un mismo ciclo[175].

109. El 25 de octubre de 2000 se le practicó a la señora Arroyo una laparoscopía con el propósito de determinar las causas del problema para concebir un hijo[176]. El 13 de octubre de 2001 el médico tratante catalogó el caso como de "causa desconocida" y remitió a la pareja a la Clínica Barraquer en Colombia, para realizar la FIV[177].

110. Se programó el viaje de la pareja a Colombia en los días cercanos al 25 de octubre de 2001[178]. Dicho viaje a Colombia, en donde se habría realizado la segunda fase de la FIV, no fue realizado. Nuevamente la pareja decidió iniciar la preparación de FIV a realizarse en Colombia,

173 Declaración jurada de la señora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folios 5266 y 5267). *Cfr*. Certificados de la Clínica Ultrasonido Paseo Colon, S.A. de ultrasonido para seguimiento folicular de 24 y 27 de marzo, y 7 de septiembre de 1992 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folios 4991, 4993, 4994 y 5267).

174 *Cfr*. Certificado del Laboratorio Clínico Doctor Valenciano, UCR de Espermograma de 23 de abril de 1992 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folio 4992). Certificado del Laboratorio Clínico Doctor Valenciano, UCR de Espermograma de 29 de marzo de 1995 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folio 5003).

175 En este sentido la señora Joaquinita Arroyo indicó que "inicia[ron] el protocolo de estudio que conllevó nuevos monitoreos de ovulación, ultrasonidos, un estudio radiológico de cavidad uterina y trompas". Declaración jurada de la señora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XI, folio 5268), y Certificados del Centro Médico de Diagnostico por Ultrasonido "La California" de ultrasonidos vaginales de 18 de abril, 14 de mayo, 5 de septiembre de 1996 y 28 y 29 de octubre de 1997 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folios 5010, 5011, 5014, 5016 y 5017).

176 *Cfr.* Certificado de laparoscopía diagnóstica del Hospital México de la Caja Costarricense del Seguro Social (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folios 5044 a 5046).

177 *Cfr*. Dictamen del médico tratante para referir el caso al especialista de la Clínica Barraquer en la ciudad de Bogotá, en Colombia de 13 de octubre de 2001 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folio 5050).

178 Declaración jurada de la señora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, anexo X, folios 5271).

sin embargo, el 7 de marzo de 2002 se le diagnosticó a la señora Arroyo "fibromas intramurales"[179]. El 4 de abril de 2002 se le practicó una miomatosis uterina[180]. El 15 de abril se le practica una biopsia[181].

111. En el año 2003 la pareja adoptó una niña. En el año 2006 la señora Arroyo quedó embarazada y dio a luz a una niña el 25 de junio de 2007[182].

F.6) Karen Espinoza y Héctor Jiménez

112. La señora Espinoza y el señor Jiménez se casaron el 10 de febrero de 2001. Al final del año 2001 la pareja recurrió a un tratamiento médico con el fin de buscar un embarazo. En el marco de dicho tratamiento, la pareja se realizó varios exámenes[183]. El 23 de julio de 2002 a la señora Espinoza se le hizo una laparoscopía por un diagnóstico de endometriosis, de infertilidad primaria de siete años de duración e impermibilidad tubárica[184].

113. Entre agosto de 2002 y el 2004 la pareja continuó realizando exámenes médicos[185] y de laboratorio[186]. Durante el 2004 se le practicaron a

179 *Cfr.* Certificado del Centro Médico de Diagnostico por Ultrasonido "La California" de ultrasonido transvaginal de 7 de marzo de 2002 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folio 5051).

180 *Cfr.* Certificado de la Asociación Hospital Clínica Católica de la Purisima Concepción de miomatosis uterina de 4 de abril de 2002 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folios 5053 a 5082).

181 *Cfr.* Certificado del Laboratorio "Itopat S.A. del 15 de abril de 2002 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folio 5084).

182 *Cfr.* Certificado de nacimiento de Sofia Alejandra Vega Arroyo de Registro Civil de 6 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XI, folio 5316).

183 *Cfr.* Certificados de ultrasonido ginecológico, mamografía, histerosalpingografia, espermograma, y exámenes de sangre, realizados en 2002 (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XIV, folios 5462 a 5486).

184 *Cfr.* Escrito de la médica tratante (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XIV, folios 5512).

185 *Cfr.* Certificados de ultrasonidos transvaginales, exámenes de hormonas, entre otros, realizados en 2002 (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XIV, folios 5487 a 5499).

186 *Cfr.* Certificados de exámenes de laboratorio de 16, 19, 20, 22 y 24 de marzo de 2004 (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XIV, folios 5503 a 5509).

la señora Espinoza tres inseminaciones artificiales y una laparoscopia, mediante la cual se determinó "la presencia de endometriosis pélvica y anomalía anatómica por factor tubárico de infertilidad primaria" en la paciente y, en consecuencia "a criterio médico [se] sugirió avanzar a la técnica de reproducción asistida [FIV] como método para poder concebir para ella y su cónyuge"[187].

114. El 24 de enero de 2006 se le practicó a la señora Espinoza una laparotomía exploradora por infertilidad y dolor pélvico[188]. En el año 2006 el médico tratante emitió una segunda opinión sobre recurrir a la FIV. En consecuencia, se practicaron dos veces la primera fase de la FIV en Costa Rica para ir a Colombia. Sin embargo, no hubo respuesta ovárica[189], razón por la cual no se continuó con la siguiente fase de la FIV.

115. El 26 de octubre de 2007 la pareja tuvo una niña por embarazo natural[190].

F.7) Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano y María del Socorro Calderón Porras

116. De su primer matrimonio la señora María del Socorro Calderón tuvo dos hijos. Desde 1989 vive con el señor Vargas y se casaron en 1995[191].

187 *Cfr*. Escrito de la médica tratante (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XIV, folios 5512).

188 A este respecto, la señora Karen Espinoza indicó que "en el dos mil cuatro, se determin[ó] que t[uvo] quistes de un tamaño considerable y en el Hospital México [le] realiz[aron] una cirugía con riesgo una posible histerectomía". Declaración jurada de la señora Karen Espinoza Vindas (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XVI, folio 5567).

189 Declaración jurada de la señora Karen Espinoza Vindas (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XVI, folio 5567).

190 Cfr. Certificado de nacimiento del Registro Civil de 6 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XVI, folio 5572).

191 *Cfr*. Declaración jurada de María Del Socorro Calderón Porras de 11 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5616) y certificado de registro civil de matrimonio de 6 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5631).

117. En 1994 un médico le indicó a la señora Calderón que otro médico le habría cortado las trompas de Falopio[192]. Posteriormente le descubrieron quistes en los ovarios y le hicieron una intervención médica. Luego, le dictaminaron varicocele al señor Vargas, lo cual condujo a diversos exámenes a partir de los cuales se concluyó que la única opción para concebir que tenía la pareja sería por FIV[193].

118. Posterior a la sentencia de 15 de marzo de 2000 de la Sala Constitucional, la médica les explicó la necesidad de utilización de medicamentos y la necesidad de viajar al exterior para realizar la segunda fase de la FIV[194]. La pareja decidió adoptar un niño, pero no les fue entregado bajo custodia ningún niño[195].

F.8) Enrique Acuña Cartín y Ana Cristina Castillo León

119. El 27 de septiembre de 1988 el señor Enrique Acuña Cartín contrajo matrimonio con la señora Ana Cristina Castillo León[196]. Después de cuatro años de casados empezaron a buscar tener un embarazo. En el marco de los exámenes que se practicaron, en 1997 se diagnosticó varicocele al señor Acuña y se determinó que el contenido espermático imposibilitaría la concepción natural, razón por la cual se sugirió recurrir a la FIV[197].

192 *Cfr.* Declaración jurada de María Del Socorro Calderón Porras de 11 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5616).

193 Al señor se le realizó una varicocelectomía, mejorando en un 60% su condición espermática, pero aun sin llegar a parámetros de normalidad. Tanto el factor tubárico irreversible en la paciente, como por el factor masculino existente en su cónyuge, la única opción para concebir de esta pareja sería por fertilización in vitro. *Cfr.* Constancia medica de la médica tratante de 16 de noviembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5614).

194 *Cfr.* Constancia medica de la Dra. Ribas de 16 de noviembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5613).

195 *Cfr.* Declaración jurada de María Del Socorro Calderón Porras de 11 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5618).

196 *Cfr.* Certificado de registrado civil de matrimonio de 6 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5678).

197 *Cfr.* Declaración jurada de Enrique Francisco Acuña Cartín de 7 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5671), y constancia medica tratante de 27 de octubre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4080).

120. Por su parte, la señora Castillo acudió a varios médicos y la diagnosticaron con endometriosis y útero vuelto. Asimismo, se determinó que la señora Castillo sufría de "retrofelción uternina en grado 3" y una endometriosis en las trompas de Falopio, razón por la cual fue operada quirúrgicamente para corregir la "retroflexión" y revisar sus trompas. También se le sometió a tratamientos hormonales para suspender su período menstrual por más de un año[198].

121. Posteriormente, la pareja se practicó 11 inseminaciones artificiales[199]. Para marzo del 2000, la señora Castillo cumplía con un protocolo médico para controlar los males diagnosticados y estaba a la espera del resultado de una última inseminación, que si no daba resultados positivos, tendría como siguiente paso la realización de una primera FIV[200].

122. Finalmente, el señor Acuña y la señora Castillo se divorcian el 21 de marzo de 2007[201].

F.9) Andrea Bianchi Bruna y Germán Moreno Valencia

123. La señora Andrea Bianchi Bruna contrajo matrimonio el 15 de junio de 1996 con el señor Germán Moreno Valencia[202].

124. A los tres años de matrimonio y ante la imposibilidad de lograr un embarazo, la pareja acudió a tratamiento médico. En el marco del tratamiento, la señora Bianchi se realizó varios exámenes médicos, entre ellos una histerosalpingografía, los cuales arrojaron que sufría de endometriosis[203]. De manera que la señora Bianchi se realizó una primera

198 *Cfr.* Testimonio de Ana Cristina Castillo León (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4102).

199 *Cfr.* Declaración jurada de Enrique Francisco Acuña Cartín de 7 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5673).

200 *Cfr.* Testimonio de Ana Cristina Castillo León (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4103).

201 *Cfr.* Certificado de registro civil de divorcio de 21 de marzo de 2007 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4079).

202 *Cfr.* Certificado de registro civil de matrimonio de 19 diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4107).

203 *Cfr.* Ampliación a peritaje informativo de la Doctora Delia Ribas (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, folio 2374).

cirugía, una laparoscopía exploratoria[204], la cual arrojó como resultado una obstrucción total de sus trompas de Falopio, por lo que el médico les afirmó que no había posibilidad de embarazo que implicase usar el trayecto de las trompas de Falopio[205].

125. Durante el 2000, la pareja se realizó sin éxito tres inseminaciones artificiales. Con posterioridad a la sentencia de 15 de marzo de la Sala Constitucional, les fue explicado que la única opción para lograr un embarazo era viajar a otro país para lograrlo y en junio de 2001 se les recomendó viajar inmediatamente a Colombia por lo imprevisto del desarrollo de los folículos en el ovario. La pareja viajó a Bogotá, Colombia, para empezar los exámenes. Tras varias valoraciones médicas, se realizó la FIV. Sin embargo, el procedimiento no arrojó resultados positivos[206]. En diciembre de 2001, la pareja volvió a viajar a Colombia donde se realizó una segunda FIV[207]. El 17 de diciembre de 2001 la prueba de embarazo dio positivo. La señora Bianchi dió a luz a dos gemelos el 11 de julio de 2002[208].

204 *Cfr*. Ampliación a peritaje informativo de la Doctora Delia Ribas; "se recomendó realizar una operación conocida como la laparoscopia para visualizar la condición y disposición de los órganos pélvicos femeninos" (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, folio 2374).

205 *Cfr*. Testimonio de Andrea Bianchi Bruna y Germán Moreno Valencia de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4112).

206 *Cfr*. Testimonio de Andrea Bianchi Bruna y Germán Moreno Valencia de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4113 a 4116).

207 *Cfr*. Testimonio de Andrea Bianchi Bruna y Germán Moreno Valencia de diciembre de 2011; "Para Diciembre, habíamos juntado lo necesario para el segundo intento […]" (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4116).

208 *Cfr*. Testimonio de Andrea Bianchi Bruna y Germán Moreno Valencia de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4116).

VII

CONSIDERACIÓN PREVIA SOBRE EL OBJETO DEL PRESENTE CASO

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

126. El representante Molina alegó que en el presente caso "hubo una política consistente y sostenida por más de 11 años que se mantiene continuada en el Estado costarricense respecto de la prohibición de la [FIV] y de cualquier otro método de reproducción asistida que impregn[ó] no sólo las acciones y omisiones de todos los poderes del Estado, sino que se ext[endió] a propiciar en la sociedad civil un repudio frente a personas que sufren este tipo de discapacidad reproductiva"[209]. Por otra parte, argumentó que "luego del fallo, las víctimas experimentaron una estigmatización social que minó su honra y reputación social". En ese sentido, arguyó que "[l]a divulgación en los medios de la prohibición de la FIV, y la caracterización que algunos hicieron de la infertilidad fue estigmatizante para las [presuntas] víctimas y su entorno, y violó sus derechos a la intimidad. [Asimismo], algunos medios, en sus campañas en contra de la FIV emitieron mensajes ofensivos y denigrantes hacía los demandantes en general, provocando daños en su salud mental". Agregó que las presuntas "víctimas del caso fueron juzgados por la sociedad civil en virtud de la falta de información existente sobre el tema[, por lo que c]onstantemente surgían en diversos medios de comunicación ciertos

209 Al respecto, agregó que la presunta "política del Estado queda[ba] demostrada por varias y continuas acciones y omisiones de éste", como por ejemplo: i) "[l]a prohibición de la Sala Constitucional de practicarse […] la FIV"; ii) "[l]a prohibición de la Sala a que el Poder Legislativo pudiese ejercer su función [de] legislar sobre la materia"; iii) "[l]a inactividad de parte del Legislativo y el Ejecutivo respecto de los métodos de reproducción asistida"; iv) "[u]na queja ante la defensoría de los habiantes"; v) "[u]n proceso contencioso administrativo", y vi) "[u]na acción de constitucionalidad en contra de la resolución de la Sala".

juicios de valor que iban dirigidos a menoscaba la lucha que desarrollaban las parejas con una amplia gama de descalificativos".

127. En cuanto a la exposición pública de las presuntas víctimas, el representante May argumentó que "se mantiene […] el daño moral que se deriva de la exposición pública y al público y a los medios de comunicación, de la vida íntima de las víctimas, pues es claro que en última instancia ello viene provocado como una consecuencia cuya causal última y decisiva lo es la sentencia de Sala Constitucional".

128. Sobre estos alegatos planteados por los representantes, el Estado presentó una excepción preliminar (*supra* párr. 40) respecto a que tales hechos no están incluidos en el escrito de sometimiento presentado por la Comisión ni resultan hechos supervinientes. Por otra parte, alegó que la FIV "no solamente no soluciona los problemas de salud de las personas infértiles, principalmente de las mujeres, sino que aumenta los peligros para su salud[, por cuanto] las mujeres pueden sufrir el síndrome de hiperestimulación ovárica, que en algunos casos puede provocar desbalance electrolítico, disfunción hepática y fenómenos tromboelíticos que puede ser fatales. Otras complicaciones incluyen sangrado, infección y torción anexial, que pueden poner en riesgo la vida de la madre"[210]. De otro lado, el Estado argumentó que "los efectos psicológicos de la [FIV] en la mujer y en la pareja están bien documentados"[211]. Además, el Estado alegó posibles daños a los niños concebidos con asistencia de la FIV y "síndromes raros"[212]. El Estado aseveró que "otra

210 Aseguró que "[l]a mortalidad relacionada con embarazos por [FIV] e[s] más alta que la mortalidad materna en la población general[, ya que se p]uede provocar complicaciones en el parto y preeclampsia, así como un aumento en el riesgo de cáncer de endometrio y tumores en los ovarios".

211 Señaló que "dentro de los problemas de índole psicológica reportados en pacientes que se someten a la [FIV] se encuentran, principalmente, la depresión, la ansiedad y el duelo no resuelto; y se añaden los problemas en la relación de pareja, tanto en su funcionamiento sexual como en su estilo de vida".

212 Alegó que "en niños concebidos con asistencia de la Técnica de la [FIV], el riesgo es 2 veces mayor para defectos septales del corazón, 2.4 veces para labio leporino sin o con paladar hendido, 4.5 veces mayor para atresias esofágicas, 3.7 veces mayor para atresias anorrectales, 9.8 veces mayor para anomalías gastrointestinales y 1.54 veces mayor para defectos musculo-

problemática asociada con la técnica de [FIV] y la superestimulación ovárica es la generación de embarazos múltiples [los cuales] son comunes en la práctica", y los cuales implicarían "un peligro para la salud de las mujeres"[213].

129. Sobre la crioconservación de embriones, el Estado argumentó que "para lograr una conservación adecuada […] se utilizan crioprotectores, agentes químicos que […] ejercen cierto grado de toxicidad sobre los embriones dependiendo de su concentración y el tiempo en que fueron expuestos". Al mismo tiempo, "congelar y descongelar embriones puede provocar alteraciones en sus características morfológicas y en la tasa de supervivencia de los blastómeros, lo que puede traducirse en tasas de implantación más bajas". Por último, el Estado indicó también que "la [FIV] acarrea en si una serie de dilemas y problemas legales igualmente profundos y complicados de resolver". Al respecto, planteó las siguientes problemáticas: i) "no existe consenso […] en el estatus jurídico de los embriones criogenizados y en la regulación y en la duración de su conservación y de su destino. Particularmente problemáticas son aquellas situaciones cuando los progenitores […] se separan o divorcian"; ii) "la separación de progenitores que han congelado sus embriones, puede llevar a plantearse el tema de la paternidad forzada […] en el supuesto de que uno de los progenitores exija la implantación del embrión a pesar de su separación o divorcio"; iii) "la [FIV] plantea una profunda problemática en relación con la regulación de la paternidad",

esqueléticos, con respecto a niños concebidos naturalmente. Además […] es más frecuente encontrar síndromes raros". Por otra parte, indicó que "otros estudios […] demuestran que la [FIV] podría estar asociada con una alteración de los cambios epigenéticos en los gametos [FIV] y, por lo tanto, un efecto en los patrones globales de metilación y la regulación genética, y estos cambios podrían alterar la expresión genética a largo plazo".

213 Argumentó que "si se comparan los embarazos múltiples con los simples, los gemelos y los trillizos son, respectivamente, cuatro veces y ocho veces más propensos a la muerte perinatal y a un mayor riesgo de presentar discapacidades a largo plazo". Señaló que "una alternativa para los partos múltiples […] consiste en la práctica denominada "reducción embrionaria", técnica que "tiene como objeto provocar la muerte selectiva de los embriones ya implantados" considerándola como una forma de "aborto provocado" y por lo tanto sujeto a sanciones penales.

en particular el problema "de los derechos de paternidad del esposo de la mujer que se somet[ió] a una [FIV] heterogénea- con aporte de material genético de un hombre distinto de su esposo o compañero" dado que "uno de los factores esenciales para determinar la paternidad es la determinación del material genético"[214].

Consideraciones de la Corte

130. La Comisión Interamericana concentró el objeto del presente caso en los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional. Sin embargo, las partes han presentado alegatos respecto a los siguientes temas que exceden lo analizado en la sentencia de la Sala Constitucional, a saber: i) un presunto "contexto" alegado por el representante Molina; ii) la alegada injerencia que tuvieron los medios de comunicación y la sociedad en la vida privada de las presuntas víctimas, y iii) alegatos generales sobre los problemas que podría presentar la FIV. Con el fin de determinar el objeto del presente caso, el Tribunal procederá a establecer si estas controversias se enmarcan en lo anterior.

131. En primer lugar, este Tribunal ha establecido que el marco fáctico del proceso ante la Corte se encuentra constituido por los hechos contenidos en el Informe de Fondo sometidos a consideración de la Corte[215]. En consecuencia, no es admisible que las partes aleguen nuevos hechos distintos de los contenidos en dicho informe, sin perjuicio

214 El Estado agregó que iv) otra área "donde no existe consenso es en el tema de los derechos de maternidad de la donante de óvulos o de la madre por subrogación- supuesto al que habrá de acudirse en el caso de que la mujer estéril carezca de útero"; v) sobre la "concepción post Humous", es decir "cuando la mujer solicita que se le implanten los embriones congelados de su esposo o compañeros ya fallecido […], la concepción sucede después de la muerte del portador del material genético" y esto "levanta una cuestión irresuelta […]: los derechos hereditarios del niño nacido de esa concepción", y vi) "la regulación del régimen de responsabilidad civil de las clínicas y médicos practicantes de la [FIV es] un tema particularmente sensible en los casos en que los facultativos han confundido el material genético y han implantado embriones ajenos en una mujer distinta".

215 *Cfr. Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 153, y *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*, párr. 47.

de exponer aquellos que permitan explicar, aclarar o desestimar los que hayan sido mencionados en el mismo y hayan sido sometidos a consideración de la Corte[216]. La excepción a este principio son los hechos que se califican como supervinientes, siempre que se encuentren ligados a los hechos del proceso. Asimismo, las presuntas víctimas y sus representantes pueden invocar la violación de otros derechos distintos a los comprendidos en el Informe de Fondo, siempre y cuando se atengan a los hechos contenidos en dicho documento, en tanto son las presuntas víctimas las titulares de todos los derechos consagrados en la Convención[217]. En definitiva, corresponde a la Corte decidir en cada caso acerca de la procedencia de alegatos relativos al marco fáctico en resguardo del equilibrio procesal de las partes[218].

132. La Corte nota que la Comisión no alegó el contexto mencionado por el representante Molina. Sin embargo, los hechos que utiliza el representante para alegar dicho contexto si fueron indicados por la Comisión Interamericana en su informe de fondo. Al respecto, la Corte considera que el representante no presentó suficiente información y argumentación que permitiera enmarcar el presente caso en una "política de Estado" en contra de la FIV y "de cualquier otro método de reproducción asistida" en Costa Rica. Por tanto, el Tribunal considera que el presente caso no se encuentra relacionado con la alegada "política de Estado" presentada por el representante Molina. Sin perjuicio de ello, en lo que sea relevante, se tendrán en cuenta los hechos reseñados por el representante a la hora de realizar el análisis de fondo.

216 *Cfr. Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 153, y Caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 52.

217 *Cfr. Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 153, y Caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 52

218 *Cfr. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 58, y *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*, párr. 47.

133. En cuanto a las violaciones alegadas por los dos representantes respecto a la injerencia de los medios de comunicación o la sociedad en la vida privada de las presuntas víctimas y por los cuales el Estado presentó una excepción preliminar (*supra* párr. 40), la Corte observa que los hechos que sustentan dicho alegato no fueron incluidos en el informe de fondo emitido por la Comisión, razón por la cual no serán considerados como parte del marco fáctico del presente caso.

134. Por último, la Corte destaca que el Estado presentó argumentos generales relacionados con los presuntos efectos o problemas que podría producir la FIV con relación a: i) los posibles riesgos que la práctica podría producir en la mujer; ii) alegadas afectaciones psicológicas en las parejas que acudan a la técnica; iii) presuntos riesgos genéticos que se podrían producir en los embriones y en los niños nacidos por el tratamiento; iv) los alegados riesgos de embarazos múltiples; iv) los supuestos problemas que implicaría la crioconservación de embriones, y v) los posibles dilemas y problemas legales que podrían generarse por la aplicación de la técnica.

135. Al respecto, la Corte considera que si bien el Estado generó prueba y argumentos sobre lo anteriormente reseñado, el Tribunal sólo tomará en cuenta, para el análisis de fondo en el presente caso, aquellas pruebas y alegatos relacionados con los argumentos explícitamente utilizados en la motivación de la sentencia de la Sala Constitucional. En este sentido, y en razón del carácter subsidiario[219] del Sistema Interamericano, la Corte no es competente para resolver controversias que no fueron tenidas en cuenta por la Sala Constitucional para sustentar la sentencia que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S.

219 *Cfr. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66 y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 16.

VIII

DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR Y EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL EN RELACIÓN CON LA AUTONOMÍA PERSONAL, LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA, EL DERECHO A GOZAR DE LOS BENEFICIOS DEL PROGRESO CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

136. En este capítulo se determinará, en primer lugar, el alcance de los derechos a la vida privada y familiar, y su relación con otros derechos convencionales, en lo relevante para resolver la controversia (A). Posteriormente se analizarán los efectos de la prohibición de la FIV (B). Seguidamente se interpreta el artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso (C). Finalmente, se resuelve la presunta violación de los derechos convencionales de las presuntas víctimas a la luz de un juicio de proporcionalidad (D).

A) Alcance de los derechos a la integridad personal[220], libertad personal[221] y vida privada y familiar[222] en el presente caso

220 El artículo 5 de la Convención Americana (Derecho a la Integridad Personal), en lo pertinente, indica:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. […]

221 El artículo 7 de la Convención Americana (Derecho a la Libertad Personal), en lo pertinente, indica:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

222 El artículo 11 de la Convención Americana (Protección de la Honra y de la Dignidad), en lo conducente, expresa: […]

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación […].

El artículo 17 de la Convención Americana (Protección a la Familia), en lo pertinente, indica:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

137. La Comisión observó que "la decisión […] de tener hijos biológicos […] pertenece a la esfera más íntima de [la] vida privada y familiar[, y …] la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja". Señaló que "la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia". Consideró que "[l]a utilización de la [FIV] para combatir la infertilidad también está estrechamente vinculada con el goce de los beneficios del progreso científico".

138. El representante Molina alegó que "si la pareja quiere o no tener descendencia se da en el ámbito privado", y calificó la infertilidad de las presuntas víctimas como "discapacidad por la cual se les había discriminado para tener una familia".

139. El representante May alegó que la reglamentación [de la FIV] debe "desarrollar y posibilitar el contenido de los derechos a la salud, al acceso al progreso científico, al respeto a la intimidad y autonomía de la voluntad en el ámbito familiar, al derecho a fundar una familia, y al ejercicio pleno de los derechos reproductivos de las personas."

140. El Estado alegó que "la posibilidad de procrear a través de las técnicas de fecundación in vitro […] no constituy[e] un derecho reconocido dentro del ámbito de [la] libertad personal", y que "[a]un cuando el derecho a fundar una familia incluye la posibilidad de procrear, no es a cualquier costo que el Estado debe permitir tal posibilidad". Además, alegó que "[l]a vida y dignidad humanas no debe dar pruebas de su naturaleza frente a los reclamos del progreso científico o médico".

Consideraciones de la Corte

141. Tal como fue señalado anteriormente (*supra* párr. 3), la Comisión consideró que la prohibición de la FIV vulneraba los artículos 11.2,

17.2 y 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de las presuntas víctimas. Los intervinientes comunes agregaron la presunta violación de los artículos 4.1, 5.1, y 7 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. El Estado rechazó la violación de todos estos derechos. Al respecto, la Corte observa que existe controversia entre las partes sobre los derechos que presuntamente se habrían violado en el presente caso. A continuación, el Tribunal interpretará la Convención Americana en orden a determinar el alcance de los derechos a la integridad personal y a la vida privada y familiar, en lo relevante para resolver la controversia.

142. El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública[223]. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana[224]. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad

223 *Cfr. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 194, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 161.

224 *Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 52.

de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones[225].

143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad[226]. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior[227]. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona[228]. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los

225 *Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 136. *Mutatis mutandi*, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 52.

226 *Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 135.

227 *Cfr. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 119, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 162. Ver también: T.E.D.H., *Caso Dudgeon vs. Reino Unido*, (No. 7525/76), Sentencia de 22 de octubre de 1981, párr. 41; *Caso X y Y vs. Países Bajos*, (No. 8978/80), Sentencia de 26 de marzo de 1985, párr. 22; *Caso Niemietz vs. Alemania*, (No. 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29; *Caso Peck vs. Reino Unido*, (No. 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr. 57; *Caso Pretty vs. Reino Unido*, (No. 2346/02), Sentencia de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julio de 2002, párr. 61 ("The concept of [']private life['] is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person […]. It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity […]. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world […]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees").

228 *Cfr.* T.E.D.H., *Caso R.R. vs. Polonia*, (No. 27617/04), Sentencia del 26 de mayo de 2011, párr. 197.

demás[229], y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres[230]. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico[231].

144. La Corte considera que el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

145. En primer lugar, el Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que prote-

229 *Cfr. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 119 y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 162. Ver también: T.E.D.H., *Caso Niemietz vs. Alemania*, (No. 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29, y *Caso Peck vs. Reino Unido*, (No. 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr. 57.

230 *Cfr. Caso Gelman vs. Uruguay***.** *Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 97.

231 En similar sentido, *cfr.* T.E.D.H., *Caso Evans vs. Reino Unido*, (No. 6339/05), Sentencia de 10 de abril de 2007, párrs. 71 y 72, donde el T.E.D.H. señaló que "`private life´" […] incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent", y precisó respecto a la reglamentación de la práctica de FIV que "the right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense, also falls within the scope of Article 8". En el *Caso Dickson vs. Reino Unido*, (No. 44362/04), Sentencia de 4 de diciembre de 2007, párr. 66, la Corte expresó respecto a la técnica de la reproducción asistida que "Article 8 is applicable to the applicants' complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents". En el *Caso S.H. y otros vs. Austria*, (No. 57813/00), Sentencia de 3 de noviembre de 2011, párr. 82, la Corte se refirió explícitamente al derecho de acceder a las técnicas de reproducción asistida, como la FIV, señalando que "the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life". Ver también T.E.D.H., *Caso P. y S. vs. Polonia*, (No. 57375/08), Sentencia de 30 de octubre de 2012, párr. 96, donde el TEDH señaló que "While the Court has held that Article 8 cannot be interpreted as conferring a right to abortion, it has found that the prohibition of abortion when sought for reasons of health and/or wellbeing falls within the scope of the right to respect for one's private life and accordingly of Article 8".

gen la vida familiar de manera complementaria[232]. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en el artículo 17 de la misma[233]. El artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar[234]. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas[235]. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos[236]. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia[237].

146. En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproduc-

232 *Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 175.

233 *Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 169.

234 *Cfr. Caso Gelman vs. Uruguay***.** *Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 125, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 169. Ver asimismo, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 66.

235 El artículo 27.2 de la Convención Americana establece: "La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: […] 17 (Protección a la Familia)".

236 *Cfr.* el artículo 16 inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el derecho de los hombres y mujeres a casarse y fundar una familia, y en el inciso 3 establece que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23.2 reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

237 *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 171 (1990), párr. 5 ("El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos").

tiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el 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 fecundidad[238]. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

147. En tercer lugar, la Corte resalta que, en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas[239], así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud[240]. En el ámbito europeo, la jurisprudencia ha precisado la relación entre el derecho a la vida privada y la protección de la integridad física y psicológica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que, si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza como tal el derecho a un nivel específico de cuidado médico, el derecho a la vida privada incluye la integridad física y psicológica de la persona, y que el Estado también tiene la obligación positiva de garantizar a sus ciudadanos esa integridad[241]. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad

238 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24 (La Mujer y la Salud), 02/02/99, párrs. 21 y 31 b).

239 *Cfr. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrs. 205 y 206, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 250.

240 *Cfr. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párrs. 220, y *Caso Diaz Peña vs. Venezuela*, párr. 137.

241 *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Glass vs. Reino Unido* (No. 61827/00), Sentencia de 9 de marzo de 2004, párrs. 74-83; *Caso Yardımcı vs. Turquía*, (No. 25266/05), Sentencia de 5 de enero de 2010. Final, 28 de junio de 2010, párrs. 55 y 56, y *Caso P. y S. vs. Polonia* (No. 57375/08), Sentencia de 30

personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. 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.

148. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal[242]. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades[243]. En relación con el derecho a la integridad personal, cabe resaltar que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la salud genésica significa que "la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud"[244]. El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y la Declaración

de octubre de 2012, párr. 96. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en este ultimo caso que los Estados tienen "a positive obligation to secure to their citizens the right to effective respect for their physical and psychological integrity [which] may involve the adoption of measures including the provision of an effective and accessible means of protecting the rights to respect for private life"; ver también T.E.D.H., *Caso McGinley y Egan vs. Reino Unido*, (No. 10/1997/794/995-996), Sentencia de 9 de junio de 1998, párr. 101.

242 *Cfr. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 99, y *Caso Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador*. *Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 121.

243 *Cfr.* la Constitución de la Organización Mundial para la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, y entró en vigor el 7 de abril de 1948; <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf>

244 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000 párr. 14, nota al pié de la página 12.

y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, contienen definiciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer. De acuerdo a la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, "los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva"[245]. Además, adoptando un concepto amplio e integral de salud sexual y reproductiva, se señaló que:

> "La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos"[246].

245 Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.3; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

246 *Cfr*. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.2; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

149. Además, según el Programa de Acción de la Conferencia, "[d]eberían proporcionarse técnicas de fecundación in vitro de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas"[247]. En la Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, los Estados se comprometieron a "garantizar la igualdad de acceso y la igualdad de trato de hombres y mujeres en […] la atención de salud y promover la salud sexual y reproductiva"[248]. En la Plataforma de Acción, aprobada conjuntamente con la Declaración, se definió la atención de la salud reproductiva como "el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva"[249]. De acuerdo a la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la salud sexual y reproductiva implica que "las personas puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuando y con qué frecuencia"[250]. La salud reproductiva implica además los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.

150. Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica

247 *Cfr* Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.17; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

248 *Cfr*. Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, párr. 30; <www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>

249 *Cfr*. Plataforma de Acción la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, párr. 94, que señala además que "la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos"; <www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>

250 Organización Panamericana de la Salud, Salud en las Américas 2007, Volumen I - Regional, Washington D.C, 2007, pág. 151, citado en la declaración ante fedatario público del perito Paul Hunt.

necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente[251] y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana[252] y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población[253]. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

151. En el presente caso el Estado considera que los derechos mencionados podían ejercerse de diversas maneras, bajo el supuesto de que no existía una prohibición absoluta de la FIV. Este aspecto ha sido controvertido por las demás partes. Por tal razón, la Corte determinará a continuación si existió una restricción de los derechos que se han

251 El Artículo 15 b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que "los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: […] b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones".

252 El art. XIII de la Declaración Americana establece: "Toda persona tiene el derecho de […] disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos".

253 *Cfr*. Naciones Unidas, Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad, proclamada por la Asamblea General su resolución 3384 (XXX), de 10 de noviembre de 1975, párr. 3.

mencionado para luego analizar la justificación que hizo el Estado para sustentar tal restricción.

B) Efectos de la prohibición absoluta de la FIV

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

152. La Comisión caracterizó el resultado de la resolución de la Sala Constitucional como una "prohibición" de la FIV de carácter "absolut[o]", que constituye "una limitación del derecho a fundar una familia conforme a las decisiones de pareja". Asimismo, la Comisión argumentó que "en tanto la [FIV] constituye un medio para materializar una decisión protegida por la Convención Americana, la prohibición de acceder a la técnica constituye necesariamente una interferencia o restricción en el ejercicio de los derechos convencionales".

153. El representante Molina caracterizó el resultado de la sentencia de la Sala Constitucional como una "prohibición absoluta" y "continuada" de la FIV, dado que "no sólo resultó en una injerencia o invasión abusiva y arbitraria de la autonomía y privacidad de las [presuntas] víctimas del caso, sino que se constituyó en una anulación absoluta del derecho a decidir tener hijos biológicos".

154. El representante May argumentó que "[l]a prohibición de la [FIV] perpetúa una situación de inhabilidad física para el disfrute pleno de la salud corporal, subsanable con la participación de la ciencia moderna", por lo que "es también una forma de agresión física contra las parejas estériles al limitárseles la posibilidad de superar su condición de enfermedad o minusvalidez". Agregó que "[l]a prohibición de la práctica de la [FIV…] es una real limitación del ejercicio pleno de las funciones naturales de la mujer y del hombre".

155. El Estado alegó que la resolución de la Sala Constitucional no resultó en una "prohibición" de la FIV como tal, dado que la sentencia

"no anuló de manera definitiva la posibilidad de practicar la fecundación in vitro en Costa Rica[, sino que] únicamente anuló una técnica específica existente desde el año 1995 y regulada por el Decreto Ejecutivo". Agregó que "no puedan practicarse métodos de fecundación que atenten contra" "el derecho a la vida desde la concepción" pero "cuando el Estado considere que una determinada técnica es compatible con esos parámetros, la puede permitir y regular". Argumentó que "[l]a [sentencia] expresamente indica que podría regularse esta técnica si se siguen ciertos parámetros considerados necesarios para cumplir con la protección a la vida de los embriones[, por lo que] no es cierto que se haya cercenado la posibilidad de efectuarse el procedimiento en Costa Rica, sólo que el procedimiento debe ajustarse a los requerimientos de la Sala Constitucional". El Estado alegó que "debe considerarse como un hecho controvertido el que las presuntas víctimas pudieran efectivamente formar parte de una lista de espera para realizar el procedimiento" de FIV "para el año 2000 cuando se da la prohibición", en particular, porque "muchas de las parejas no fueron diagnosticadas con infertilidad sino hasta mucho tiempo después de iniciado el proceso ante la Comisión y otras, aún se encontraban efectuando procedimientos de inseminación para ese momento".

156. Por otra parte, el Estado alegó que la Sentencia "no prohíbe la FIV en general, sino que se refiere exclusivamente a la técnica que se usaba en ese momento, mediante la cual se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar". Respecto a la posibilidad de practicar la FIV hoy día, el Estado indicó que "[a] la fecha la ciencia no practica una técnica in vitro que sea compatible con el derecho a la vida protegido en Costa Rica, prueba de ello, es que con ocasión del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se intentó regular el tema y se presentó a la Asamblea Legislativa de Costa Rica un proyecto de ley que regulara esta téc-

nica, pero que a su vez protegiera el derecho a la vida desde la concepción, tal como ha sido concebido en Costa Rica. En esa línea, el proyecto prohibía la congelación de embriones y obligaba a implantar todos los óvulos fecundados sin posibilidad de hacer selección". Agregó que es por eso que "cualquier técnica que se intente en Costa Rica protegiendo la vida desde la concepción, resultará médicamente inviable a la fecha y por eso la imposibilidad de implementación hasta este momento, doce años después de la sentencia de la Sala Constitucional".

Consideraciones de la Corte

157. El Tribunal constata que la Sala Constitucional anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo por medio del cual se autorizaba la práctica de la FIV (*supra* párr. 72). Tanto los dos representantes como la Comisión han caracterizado la decisión como "prohibición absoluta", que no permite la realización de dicha técnica bajo ningún motivo, mientras que el Estado ha alegado que sería una "prohibición relativa", por cuanto la posibilidad de practicar y regular la FIV se podrá realizar cuando la técnica logre cumplir con los requisitos establecidos por la Sala Constitucional en su sentencia, es decir, cuando, en palabras del Estado, la FIV no atente contra "el derecho a la vida desde la concepción".

158. Al respecto, la Corte observa que en la sentencia de la Sala Constitucional se incluyó un concepto de protección absoluta de la vida del embrión, por cuanto manifestó que "como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, -cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho-, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer"[254]. No obstante lo anterior, la Sala Constitucional

254 Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 90).

indicó que "los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados [all]í desaparezcan"[255], por lo que la Sala manifestó que "deb[ía] dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente [la] aplicación [de la FIV], al menos, […] mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas"[256].

159. El Tribunal constata que la Sala Constitucional consideró que si la técnica de la FIV podía realizarse respetando un concepto de protección absoluta de la vida del embrión, ésta podría ser practicada en el país. Sin embargo, la Corte considera que si bien en la sentencia de la Sala Constitucional se utilizaron palabras condicionantes para admitir la práctica de la FIV en el país, lo cierto es que doce años después de emitida la sentencia dicha técnica no se realiza en Costa Rica (*supra* párr. 67). Por ello, el Tribunal estima que la "condición suspensiva" establecida en la sentencia, hasta el momento, no ha producido efectos prácticos reales. Por ello, sin entrar a catalogarla como prohibición "absoluta" o "relativa", es posible concluir que la decisión de la Sala Constitucional ocasionó como hecho no controvertido que la FIV no se practique en el territorio costarricense y que, por tanto, las parejas que deseen a acudir a dicha técnica no pueden llevarla a cabo en dicho país. Además, debido a que la Sala Constitucional condicionó la posibilidad de realizar la técnica a que no hubiera pérdida embrionaria alguna en la aplicación de la misma, esto implica, en la práctica, una prohibición de la misma, toda vez que la prueba en el expediente indica que, hasta el momento, no existe una opción para practicar la FIV sin que exista

255 Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 95).

256 Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 95).

alguna posibilidad de pérdida embrionaria[257]. En otras palabras, sería imposible cumplir con la condición impuesta por la Sala.

160. No obstante a que el efecto en la práctica ha sido el señalado anteriormente, la Corte considera que la restricción o injerencia que se generó a las presuntas víctimas a partir de la decisión de la Sala Constitucional, adolece de problemas de previsibilidad. Al respecto, la Corte recuerda que una norma o mandato es previsible, si es formulado con la suficiente precisión que permita a una persona regular su conducta sobre la base de la misma[258]. En particular, el Tribunal observa que la sentencia no es lo suficientemente clara, en un principio, como para dejar establecido si la práctica de la FIV se encontraba o no proscrita en el país, lo cual se evidencia con el debate que han presentado las partes respecto a si la prohibición es absoluta o no (*supra* párr. 152 a 156) o con la sentencia de 14 de octubre de 2008 del Tribunal Superior de lo Contencioso y Civil de Hacienda, en la cual señaló que era posible realizar la FIV en el país si se realizaba "la fecundación de un solo óvulo para su posterior transferencia al útero de la madre"[259].

161. La sentencia de la Sala Constitucional implicó entonces que ya no se practicara la FIV en Costa Rica. Asimismo, dicha sentencia generó la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado algunas de las presuntas víctimas del presente caso, mientras que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. Estos hechos constituyen una interferencia en la vida privada y familiar de las

257 *Cfr.* Declaraciones del perito Zegers (expediente de fondo, tomo VI, folio 2848) y de la perita Garza (expediente de fondo, tomo VI, folio 2576).

258 *Cfr. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 199; ver también T.E.D.H., *Caso Landvreugd vs. Países Bajos*, (No. 37331/97), Sentencia de 4 de junio de 2002. Final, 4 de septiembre de 2002, párr. 59 ("[T]he Court reiterates that a rule is 'foreseeable' if it is formulated with sufficient precision to enable any individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct").

259 Sentencia No. 835-2008 dictada por la Sección Quinta del Tribunal Contencioso y Administrativo y Civil de Hacienda en el Proceso de Conocimiento interpuesto por Ileana Henchoz Bolaños contra la Caja Constarricense de Seguro Social, Expediente No. 08-00178-1027-CA de 14 de octubre de 2008 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folio 5859).

presuntas víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. La citada sentencia generó que las parejas tuvieran que modificar su curso de acción respecto a una decisión que ya habían tomado: la de intentar tener hijos por medio de la FIV. La Corte precisa que la injerencia en el presente caso no se encuentra relacionada con el hecho de que las familias hayan o no podido tener hijos, pues aún si hubieran podido acceder a la técnica de la FIV, no es posible determinar si dicho objetivo se hubiera podido alcanzar, por lo que la injerencia se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte observa que algunas de las presuntas víctimas señalaron que una de las causas que influyó en la ruptura del lazo matrimonial se relacionó con el impacto de la prohibición de la FIV en la imposibilidad de tener hijos[260].

162. Al comprobarse que existió una injerencia tanto por el efecto prohibitivo que en general causó la sentencia de la Sala Constitucional, así como el impacto que lo anterior produjo en las presuntas víctimas en el presente caso, la Corte considera necesario entrar a analizar si di-

260 *Cfr.* Declaración escrita de Grettel Artavia Murillo (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4077) ("Quiero dejar claro que el Estado, a través de uno de sus Poderes, cercenó mi derecho a ser madre y por ende me llevó al [f]racaso de mi relación matrimonial por las depresiones que sufrimos a raíz de [la] prohibición [de la FIV] tanto de mi ex marido como las mías siendo esto que lo mejor fuera que termináramos la misma, dejando aun una herida mas grande, y con un daño moral incalculable") y Declaración de Ana Cristina Castillo León ante fedatario público (expediente de fondo, tomo V, folio 2224) ("Sin bien es cierto un matrimonio puede romperse o desgastarse por muchas razones, ocho años de constantes tratamientos hormonales, visitas a médicos, laboratorios, farmacias, constantes gastos económicos, exposición de nuestra vida íntima a ser juzgada por la sociedad, tensión de pareja por no poder resolver el problema de tener hijos, definitivamente hacen gran mella en una relación de pareja. Ese es mi caso. La gran desilusión, frustración de ver los derechos constitucionales de formar una familia y el no contar con más poder adquisitivo para ir a otro país en búsqueda de un In-Vitro fueron una gran carga en mi matrimonio. Se dio la disolución del vínculo matrimonial, el divorcio era inminente").

cha injerencia o restricción se encuentra justificada. Antes de entrar a efectuar un juicio de proporcionalidad al respecto, el Tribunal estima pertinente analizar en detalle el argumento principal desarrollado por la Sala Constitucional: que la Convención Americana obliga a efectuar una protección absoluta del "derecho a la vida" del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones.

C) Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

163. La Comisión señaló que "el artículo 4.1 de la Convención p[odría] ser interpretado en el sentido de otorgar una facultad al Estado de regular la protección de la vida desde el momento de la concepción, pero no necesariamente un mandato de otorgar dicha protección". Argumentó que dicho artículo "no establec[ía] un derecho absoluto o categórico en relación con las etapas prenatales de la vida" y que existía "un reconocimiento internacional y comparado del concepto de protección gradual e incremental de la vida en la etapa prenatal". Agregó que "la interpretación del artículo 4.1 de la Convención indica que el ejercicio de una facultad concebida por dicho instrumento internacional, no está exento de escrutinio [de la Corte] cuando interfiere con el ejercicio de otros derechos establecidos en el mismo, tales como, en el presente caso, los derechos a la vida privada, familiar, autonomía y a fundar una familia".

164. El representante Molina alegó que "la concepción […] no es un concepto unívoco" y que "la resolución de la Sala se ciñ[ó] a una determinada corriente filosófica sobre [su] definición, […] desatendiendo la tutela que conlleva[ba] la discapacidad reproductiva de procrear". Agregó que "la frase `en general´ […] supone tener las excepciones suficientes para que no se dejen desprotegidos otros derechos" y que "debe

[…] existir una interpretación respecto del derecho a la vida que permita y no restrinja de manera absoluta la salvaguarda de los derechos convencionales".

165. El representante May alegó que el derecho a la vida "no tiene carácter absoluto ni irrestricto" y "está sujeto a excepciones y a condiciones". Indicó que "la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos […] nunca ha afirmado que el no nacido sea acreedor de una protección absoluta, irrestricta e incondicional a partir del momento de la concepción o implantación" y "[t]ampoco los Tribunales Constitucionales han formulado tal aseveración". Señaló que si bien "[e]l derecho interno puede conceder protección más amplia […], esas ampliaciones no pueden "suprimir el goce y ejercicio de los derechos". Argumentó que las definiciones de varios diccionarios señalan que el "momento de la fertilización es un proceso distinto al de la concepción o implantación". Asimismo, arguyó que cualquier protección jurídica de la vida a partir de la "concepción" debe surgir a partir de la implantación del embrión en el útero materno, pues antes de la implantación exitosa y sana en el útero materno, no hay ninguna posibilidad de que se genere un nuevo ser". Manifestó que "[p]ostular la fertilización como el surgimiento de una nueva persona humana es arbitrario e incorrecto" y "menosprecia también el papel de la madre durante el desarrollo en el útero". Por otra parte, argumentó que "el nacimiento con vida determina la existencia de la persona humana y el reconocimiento de su personalidad jurídica", por lo que "no es titular de un derecho irrestricto e incondicional a la vida", y "[e]l no nacido es un bien jurídico pero no una persona".

166. El representante May alegó que "el artículo 4.1 [de la Convención Americana no] contempla […] dentro de su contenido o ratio legis al embrión" y que los tratados internacionales de derechos humanos no contienen "una referencia expresa de la cual se pueda deducir que

un embrión o un preembrión son vida humana, menos que sea persona humana o ser humano". Además, sería insostenible la "posición del margen de apreciación" porque haría depender el contenido sustantivo de los derechos humanos de la interpretación estatal". El representante May alegó que "[n]ingún texto internacional (salvo el artículo 4.1 [de la Convención] protege el derecho a la vida a partir del momento o proceso de la concepción o implantación", mientras que los "demás instrumentos internacionales se refieren únicamente a un derecho que protege la vida del ser que ha nacido vivo y no al no nacido".

167. El Estado alegó que "la evidencia científica […] demuestra que el inicio de la vida humana comienza con la concepción o lo que es lo mismo con la fertilización o fecundación", la cual ocurre cuando "las membranas de las células del esperma y del óvulo se fusionan". TIII 462 Consideró que "[c]ientíficamente wl cigoto [y] un adulto son equivalentes [por ser] organismos humanos completos en diferentes etapas del ciclo humano". Agregó que el cigoto "no es simplemente una célula humana […] sino un nuevo ser humano", que "alberga todas las instrucciones necesarias para construir el cuerpo humano, el cual inmediatamente inicia una compleja secuencia de eventos que establece las condiciones moleculares para el continuo proceso de desarrollo embrionario" y "por divisiones sucesivas y diferenciación formará cada una de la células presentes en el embrión, feto, recién nacido, niño y adulto". Asimismo, aseveró que se debe "prote[ger] al más vulnerable de todos los seres humanos: el embrión y reconocer su dignidad intrínseca más allá de su vinculación con el útero materno". Concluyó que "si el embrión humano es […] un ser humano, de conformidad con la misma definición que da el artículo 1.2. [de la Convención], el embrión humano es persona".

168. Respecto a una interpretación teleológica, el Estado argumentó que "si bien en el momento de elaborar la Convención Americana en

1968 no se tenía certeza de cuándo ocurría la concepción, y no existía la [FIV], es claro que la norma obliga a los Estados a proteger la vida humana desde su etapa embrionaria más temprana", dado que "la intención de la mayoría de los Estados del sistema interamericano siempre fue proteger la vida humana desde [el] momento de la concepción", por lo que los "términos de `concepción´ y `fecundación´ deben ser tratados como sinónimos". Arguyó que del proceso de aprobación de la Convención Americana "se desprende claramente que no es cierto que la intención de los Estados no haya sido la protección de la vida desde la concepción, pues más bien ese fue el objetivo buscado al aprobarse la norma, a diferencia de lo que había ocurrido años atrás al emitirse la Declaración Americana". Alegó que la interpretación de la palabra "concepción" no puede realizarse mediante referencia al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por no ser "la literatura de referencia que normalmente se utiliza para entender términos científicos", tampoco se "ha actualizado la definición de concepción conforme los avances científicos desde 1947" y una "interpretación de esta naturaleza tiene un carácter restrictivo, lo cual no es permitido por el artículo 29.1 de la Convención". Por otra parte, argumentó que "la frase `en general´ únicamente está pensada para casos excepcionales como la legítima defensa, el riesgo de muerte de la madre o el aborto involuntario".

169. En cuanto a otros tratados internacionales de derechos humanos, el Estado señaló que la Declaración Universal de Derechos Humanos "protege al ser humano desde su individualidad, la cual puede determinarse desde el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide" y que el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos […] reconoce la vida del embrión de manera independiente a la de su madre". Agregó que el "derecho a la vida de forma absoluta ha sido admitid[o …] incluso por el Comité de Derechos Humanos", y que la Convención

sobre los Derechos del Niño protege "[a]l niño incluso antes de nacer" . Sobre este último tratado, alegó que "los Estados convinieron en que el concepto [de niño] debería tener tal amplitud, que permitiera que los países que optaran por dar protección a los menores [de edad] desde antes de su nacimiento, pudieran por ser parte del instrumento internacional sin tener que modificar su respectiva legislación", por lo que argumentó que existe "un margen de apreciación a efectos de otorgar la condición de niño a los menores no nacidos", como lo hace la normativa costarricense sobre la materia.

170. Finalmente, el Estado alegó que "la doctrina del consenso moral como factor del margen de apreciación, […] ha establecido que, en orden a restringirlo, el consenso debe ser claro y evidente". Al respecto, argumentó que: i) no "existe consenso en relación con el estatuto jurídico del embrión"; ii) "no existe consenso sobre el inicio de la vida humana, [por tanto] debe también otorgarse margen de apreciación sobre la regulación de la técnica" de la FIV, y iii) no es válido el argumento de que "como existen otros Estados que, por omisión legislativa, permiten la práctica de la [FIV], Costa Rica ha perdido su margen de apreciación". Consideró que "[l]a doctrina del margen de apreciación ha sido ampliamente desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos" y que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana existen algunos precedentes que "contemplan la posibilidad del Estado de regular determinadas materias conforme a su discreción".

Consideraciones de la Corte

171. La Corte ha señalado que el objeto del presente caso se centra en establecer si la sentencia de la Sala Constitucional generó una restricción desproporcionada de los derechos de las presuntas víctimas (*supra* párr. 135). La decisión de la Sala Constitucional consideró que la Convención Americana exigía prohibir la FIV tal como se encon-

traba regulada en el Decreto Ejecutivo (*supra* párr. 76). Para ello, la Sala interpretó el artículo 4.1 de la Convención en el entendido de que dicho artículo exigía una protección absoluta del embrión (*supra* párr. 75). Por su parte, el Estado ha ofrecido argumentos complementarios para defender esa interpretación efectuada por la Sala. Al respecto, la Corte ha analizado con mucho detenimiento el presente caso teniendo en cuenta que intervino el más Alto Tribunal de Costa Rica, y que éste en su sentencia realizó una interpretación del artículo 4 de la Convención Americana. Sin embargo, esta Corte es la intérprete última de la Convención, por lo cual estima relevante precisar lo pertinente respecto a los alcances de dicho derecho. En consecuencia, el Tribunal analizará si la interpretación de la Convención que sustentó las injerencias ocurridas (*supra* párr. 75) es admisible a la luz de dicho tratado y teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional pertinentes.

172. Hasta el momento la jurisprudencia de la Corte no se ha pronunciado sobre las controversias que suscita el presente caso en lo que respecta al derecho a la vida. En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados, la Corte ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos[261]. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas

261 *Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros).* Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144, y *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 186.

para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción[262]. Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna.

173. En el presente caso la Sala Constitucional consideró que éstos y otros alcances del derecho a la vida obligan a efectuar una protección absoluta del embrión en el marco de la inviolabilidad de la vida desde la concepción (*supra* párr. 76). Para analizar si existe una obligación de protección absoluta en esos términos, la Corte procede a analizar el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general". El Tribunal reitera su jurisprudencia según la cual una norma de la Convención debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, el cual es la eficaz protección de la persona humana[263], así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos[264]. En ese marco, a continuación se realizará una interpretación: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado.

262 *Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C. No. 252, párr. 145.

263 *Mutatis mutandi, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 33.

264 *Cfr. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Competencia.* Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 38, y *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 244, párr. 33.

C.1) Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

174. El artículo 1 de la Convención Americana establece:

> 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
>
> 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. (Añadido fuera del texto)

175. El artículo 4.1 de la Convención Americana señala:

> 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.

176. En el presente caso, la Corte observa que el concepto de "persona" es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano", términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

177. El Tribunal constata que la Sala Constitucional optó por una de las posturas científicas sobre este tema para definir desde cuando se consideraba que empieza la vida (*supra* párr. 73). A partir de ello, la Sala Constitucional entendió que la concepción sería el momento en que se fecunda el ovulo y asumió que a partir de ese momento existía una persona titular del derecho a la vida (*supra* párr. 73).

178. Al respecto, en el presente caso las partes también remitieron como prueba un conjunto de artículos científicos y de dictámenes periciales que a continuación serán utilizados para determinar el alcance de la interpretación literal de los términos "concepción", "persona" y "ser humano". Asimismo, la Corte se referirá al significado literal de la expresión "en general" establecida en el artículo 4.1 de la Convención.

179. El Tribunal hace notar que la prueba en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de "la concepción". En efecto la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer[265].

180. La Corte observa que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término "concepción". Una corriente entiende "concepción" como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión[266]. Otra corriente entiende "concepción"

265 Al respecto, el perito Zegers indicó que "en 1969 nadie imaginó que sería posible generar vida humana fuera del cuerpo de la mujer. Fueron 10 años más tarde, que se comunicó por primera vez el nacimiento del primer bebé usando TRA". Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2846).

266 *Cfr. Inter alia*, los siguientes artículos científicos allegados por el Estado: Tanya Lobo Prada, *Inicio de la vida* (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6653 a 6656); Maureen L. Condic, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos*, en: Is this cell a Human Being?, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6576 a 6594); Maureen L. Condic, *When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective*, en: The Westchester Institute For Ethics & the Human Person, Vol 1, No.1, 2008 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6621 a 6648); Jerome Lejeune, *El Origen de la Vida Humana*, en: Diario ABC, Madrid, 1983 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folio 6652), y Natalia Lopez Moratalla y María J. Iraburu Elizalde, *Los primeros quince días de una vida humana*, Ediciones Universidad de Navarra, 2004, (expediente de anexos a la contestación, tomo VI, folios 9415 a 9503).

como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero[267]. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión[268].

181. Por su parte, el perito Zegers señaló que cuando se firmó la Convención Americana en 1969, la Real Academia de la Lengua Española definía "concepción" como "acción y efecto de concebir"[269], "concebir" como "quedar preñada la hembra" y "fecundar"[270] como "unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser"[271]. La Corte observa que el Diccionario actual de la Real Academia de la Lengua Española mantiene casi por completo las definiciones de las palabras anteriormente señaladas[272]. Asimismo, el perito indicó que:

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

268 *Cfr. Inter alia*, los siguientes artículos científicos allegados por el Estado: Tanya Lobo Prada, *Inicio de la vida* (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6653 a 6656); Maureen L. Condic, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos*, en: Is this cell a Human Being?, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6576 a 6594); Maureen L. Condic, *When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective*, en: The Westchester Institute For Ethics & the Human Person, Vol 1, No.1, 2008 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6621 a 6648); Jerome Lejeune, *El Origen de la Vida Humana*, en: Diario ABC, Madrid, 1983 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folio 6652), y Natalia Lopez Moratalla y María J. Iraburu Elizalde, *Los primeros quince días de una vida humana*, Ediciones Universidad de Navarra, 2004, (expediente de anexos a la contestación, tomo VI, folios 9415 a 9503).

269 *Cfr*. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española edición de 1956. Disponible en: http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtlle?cmd=Lema&sec=1.0.0.0.0. (Último acceso 28 de noviembre de 2012).

270 *Cfr*. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española edición de 1956. Disponible en: http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtlle?cmd=Lema&sec=1.1.0.0.0. (Último acceso 28 de noviembre de 2012).

271 *Cfr*. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española edición de 1956. Disponible en: http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtlle?cmd=Lema&sec=1.2.0.0.0. (Último acceso 28 de noviembre de 2012). En similar sentido, la perita Bergallo declaró que el diccionario de la real academia, "vigente en la edición 19, que era el vigente en la época de diseño de la Convención, definía concepción incluyendo el dato de la fecundación y la protección del embrión implantado". Declaración de la perita Paola Bergallo ante la Corte durante la audiencia pública celebrada en el presente caso.

272 Al respecto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española actualmente vigente define "concepción" como "acción y efecto de concebir". La palabra "concebir" es definida en su tercera acepción como "dicho de una hembra: Quedar preñada". Y la palabra

> una mujer ha concebido cuando el embrión se ha implantado en su útero […]. [L]a palabra concepción hace referencia explícita a la preñez o gestación[, que] comienza con la implantación del embrión[,] […] ya que **la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión**. Sólo hay evidencias de la presencia de un embrión, cuando éste se ha unido celularmente a la mujer y las señales químicas de este evento pueden ser identificadas en los fluidos de la mujer. Esta señal corresponde a una hormona llamada Gonadotropina Coriónica y **lo más precoz que puede ser detectada es 7 días después de la fecundación, con el embrión ya implantado en el endometrio**" [273]. (Añadido fuera de texto)

182. Por otro lado, según el perito Monroy Cabra, la palabra concepción es "un término médico científico y que ha sido interpretado en el sentido de que se produce [con] la fusión entre óvulo y el espermatozoide"[274]. En términos parecidos, la perita Condic consideró que "la vida humana inicia en la fusión espermatozoide-óvulo, un 'momento de concepción' observable"[275].

183. Ahora bien, además de estas dos posibles hipótesis sobre el momento en que se debe entender que sucede la "concepción", las partes han planteado una discusión diferente respecto al momento en que se considera que el embrión ha alcanzado un grado de madurez tal como para ser considerado "ser humano". Algunas posturas indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación, reconociendo al cigoto

"fecundar" se define como "unir la célula reproductora masculina a la femenina para dar origen a un nuevo ser". Disponible en: http://lema.rae.es/drae/?val=concepci%C3%B3n; http://lema.rae.es/drae/?val=concebir, y http://lema.rae.es/drae/?val=fecundar (Último acceso 28 de noviembre de 2012).

273 Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2846). Asimismo, el perito Zegers afirmó que "[s]i la intención hubiera sido definir el derecho a la protección desde el momento de la fecundación, se habría usado esa palabra que en el diccionario, define perfectamente tal evento". Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2846).

274 Declaración del perito Monroy Cabra ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada en el presente caso.

275 Declaración ante fedatario público de la perita Condic (expediente de fondo, tomo V, folio 2592).

como la primera manifestación corporal del continuo proceso del desarrollo humano[276], mientras que otras consideran que el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces de su vida humana es su implantación en el útero donde tiene la capacidad de sumar su potencial genético con el potencial materno[277]. Asimismo, otras posturas resaltan que la vida comenzaría cuando se desarrolla el sistema nervioso[278].

184. La Corte observa que, si bien algunos artículos señalan que el embrión es un ser humano[279], otros artículos resaltan que la fecundación ocurre en un minuto pero que el embrión se forma siete días después, razón por la cual se alude al concepto de "preembrión"[280]. Algunas posturas asocian el concepto de preembrión a los primeros catorce

276 En este sentido, *inter alia:* Tanya Lobo Prada, *Inicio de la vida* (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6653 a 6656), y Maureen L. Condic, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos*, en: Is this cell a Human Being?, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6576 a 6594).

277 *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2846).

278 Al respecto, la perita Condic indicó que "un número de definiciones alternativas de cuándo inicia la vida humana han sido ofrecidas, incluyendo la singamia (aproximadamente 24 horas después de la fusión espermatozoide-óvulo), implantación (aproximadamente 5 días después de la fusión espermatozoide-óvulo), formación de la línea primitiva (aproximadamente 14 días después de la fusión espermatozoide-óvulo) e inicio de la función cerebral". Declaración ante fedatario público de la perita Condic (expediente de fondo, tomo V, folio 2589).

279 *Cfr. Inter alia*, los siguientes artículos científicos allegados por el Estado: Tanya Lobo Prada, *Inicio de la vida* (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6653 a 6656); Maureen L. Condic, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos*, en: Is this cell a Human Being?, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6576 a 6594); Maureen L. Condic, *When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective*, en: The Westchester Institute For Ethics & the Human Person, Vol 1, No.1, 2008 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6621 a 6648); Jerome Lejeune, *El Origen de la Vida Humana*, en: Diario ABC, Madrid, 1983 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folio 6652), y Natalia Lopez Moratalla y María J. Iraburu Elizalde, *Los primeros quince días de una vida humana*, Ediciones Universidad de Navarra, 2004, (expediente de anexos a la contestación, tomo VI, folios 9415 a 9503).

280 El declarante informativo Escalante afirmó que "[d]esde el momento de la fertilización o fecundación – o sea penetración del espermatozoide al óvulo- y durante los siguientes 14 días, el óvulo fertilizado consiste en un grupo celular creciente, con células idénticas, donde no hay tejidos especializados ni órganos. En este periodo (preembrionario) no hay individualidad puesto que uno de ocho células puede dividirse en dos de cuatro y si ambos implantan, nacerían gemelos idénticos y de igual manera, en sentido contrario, la fusión de dos de cuatro células en uno de 8, haría nacer solamente un bebe". Declaración del declarante a título informativo Escalante (expediente de fondo, tomo V, folio 2441).

días porque después de estos se sabe que si hay un niño o más[281]. La perita Condic, el perito Caruso y cierta literatura científica rechazan estas ideas asociadas al concepto de preembrión[282].

185. Por otra parte, 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[283], en el sentido que no existe una definición consensua-

281 Al respecto, el declarante informativo Escalante aseveró que "antes del días 14 en la formación de la especie humana no existe individualidad. […] Por lo tanto, una paciente que tenga por ejemplo dos embriones en un laboratorio de FIV en preparación para su transferencia, dos o tres días después, aunque tenga `hijos en proceso´, no está embarazada". Declaración del declarante a título informativo Escalante (expediente de fondo, tomo V, folio 2386).

282 Al respecto, el perito Caruso manifestó que "desconocía lo que era un "pre-embrión". El término fue utilizado por primera vez por un biólogo de ranas, Clifford Grobstein en 1979. Él creía que debido a que los gemelos idénticos pueden surgir hasta los 14 días después de la fertilización, antes de eso, sólo un `individuo genético´ está presente, no un individuo en desarrollo y, por lo tanto, un embrión o `persona´ no estaba presente. Sin embargo, el término `pre-embrión´ e individualidad han sido desacreditados por casi todos los biólogos humanos y rechazado por el Comité de Nomenclatura de la Asociación Americana de Anatomistas para la inclusión en la Terminología Embriológica. Estos términos no son utilizados en ningún libro oficial de Embriología Humana o el de las Etapas de Carnegy del Desarrollo Embrionario". Resumen escrito del peritaje rendido por Anthony Caruso en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, Tomo VI, folio 2937.216). Asimismo, la perita Condic señaló que "[a] lgunos han intentado referirse a un embrión previo a la singamia (o previo a la implantación o a la formación de la línea primitiva, ver abajo) como un "preembrión", pero este no es un término científico legítimo". Declaración ante fedatario público de la perita Condic (expediente de fondo, tomo V, folio 2590).

283 Respecto a decisiones de tribunales constitucionales: Corte Suprema de los Estados Unidos, *Caso Roe vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157 (1973) ("No necesitamos resolver la difícil cuestión de cuándo comienza la vida. Si los que están formados en sus respectivas disciplinas de la medicina, filosofía y teología no logran llegar a consenso alguno, la judicatura […] no está en situación de especular una respuesta"). Tribunal Supremo de Justicia del Reino Unido, *Caso Smeaton vs. The Secretary of State for Health*, [2002] EWHC 610 (Admin), Voto del juez Munby, párr. 54 y 60 ("No es parte de mi función, tal como lo concibo, determinar el momento en que comienza la vida […]. Así, aún la biología y la medicina no pueden decirnos el momento preciso en que "la vida" realmente empiece"). Corte Suprema de Justicia de Irlanda, *Caso Roche Vs.Roche & Ors*, Sentencia de 15 de diciembre de 2009, [2009] IESC 82, Voto del juez Murray C.J ("En mi opinión, no debe ser un tribunal de leyes, confrontado con las opiniones más divergentes, aunque las más eruditas disponible en las citadas disciplinas, pronunciarse sobre la verdad del momento preciso cuando comienza la vida humana); Voto del juez Denham J, párr. 46 (Esto no es el arena adecuada para tratar de definir "la vida", "el comienzo de la vida", "el momento que el alma entra en el feto", "vida en potencia", "la singular vida humana", cuando comienza la vida, u otros imponderables relacionados con el concepto de la vida. Esto no es el foro apropiado para decidir principios de la ciencia, la teología o la ética. Esto es un tribunal de leyes a que se ha sido solicitado interpretar la Constitución y tomar una decisión jurídica acerca de la interpretación de un artículo de la Constitución.). Corte Constitucional de

da sobre el inicio de la vida[284]. 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 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.

186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar 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. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da

Colombia, Sentencia C-355 de 2006 (Considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión). TEDH, *Caso Vo. vs. Francia*, (No. 53924/00), GC, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 84.

284 *Cfr.* Maureen L. Condic; '*Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos*' (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo III, folios 6580 a6594). En particular, se indicó que "[h]oy día hay poco consenso entre científicos, filósofos, eticistas y teólogos acerca del momento en que comienza la vida humana. Mientras que muchos afirman que la vida comienza en "el momento de la concepción", no se ha definido rigorosamente precisamente cuando ocurre este momento. De hecho, los órganos legislativos de diferentes países han definido el "momento" de concepción de manera muy diferente. Por ejemplo, el Canadá define el embrión humano como "un organismo humano durante los primeros 56 días de su desarrollo luego de la fecundación o la creación, que es muy similar a la definición propuesta en los Estados Unidos de América. Recientes declaraciones de parte de bioeticistas, políticos y científicos han sugerido que la vida humana comienza aún más tarde, a la etapa de las ocho células (aproximadamente 3 días después de la fecundación) (por ejemplo, Peters 2006); cuando el embrión se implanta en el útero (5-6 días después de la fecundación; Agar (2007), Hatch (2002), o al momento de la formación del estría primitiva (2 semanas después de la fecundación).

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 (*supra* párr. 180).

187. En este sentido, la Corte entiende que 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. Prueba de lo anterior, 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 "Gonodatropina Coriónica", que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella[285]. 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. Asimismo, ya fue señalado 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 (*supra* párr. 181). Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación.

188. Por otra parte, respecto a la expresión "en general", el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que significa "en común, generalmente" o "sin especificar ni individualizar cosa alguna"[286]. Según la estructura de la segunda frase del artículo 4.1 de la Convención, el término "en general" se relaciona con la expresión

285 *Cfr*. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2846).

286 *Cfr*. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Disponible en: http://lema.rae.es/drae/?val=en%20general (Último acceso 28 de noviembre de 2012).

"a partir de la concepción". La interpretación literal indica que dicha expresión se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular. Los demás métodos de interpretación permitirán entender el sentido de una norma que contempla excepciones.

189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término "concepción" desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

190. Por otra parte y tomando bajo consideración que el artículo 4.1 es asunto materia de la discusión del presente caso y lo fue en el ámbito de lo debatido ante la Sala Constitucional, el Tribunal estima pertinente interpretar dicho artículo utilizando los siguientes métodos de interpretación, a saber, la interpretación sistemática e histórica, evolutiva y teleológica.

C.2) Interpretación sistemática e histórica

191. La Corte resalta que, según el argumento sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen[287]. En este sentido, el Tribunal ha considerado que "al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)"[288], esto es, el derecho internacional de los derechos humanos.

287 *Cfr. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 43.

288 *Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 113, y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 192.

192. En el presente caso, la Sala Constitucional y el Estado sustentaron sus argumentos a partir de una interpretación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "PIDCP"), la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. En particular, el Estado afirmó que otros tratados distintos a la Convención Americana exigen la protección absoluta de la vida prenatal. La Corte entra a analizar este alegato a partir de una valoración general de lo dispuesto por los sistemas de protección respecto a la protección del derecho a la vida. Por tanto, se analizará: i) el Sistema Interamericano; ii) el Sistema Universal; iii) el Sistema Europeo, y iv) el Sistema Africano.

193. Por otra parte, 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 o irrazonable[289]. Lo anterior, implica que suelen ser utilizados sólo en forma subsidiaria[290] 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

289 *Cfr. Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 49

290 *Cfr. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 68

directamente con el significado que los Estados Parte de la Convención Americana pretendían asignarle.

C.2.a) Sistema Interamericano de Derechos Humanos

i) Trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

194. De acuerdo con la resolución XL de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en 1945, el Comité Jurídico Interamericano formuló un Proyecto de una Declaración Internacional de los Derechos y Deberes del Hombre para que lo estudiara la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos en 1948[291]. En la Conferencia se analizó este texto y el texto preliminar para la Declaración Internacional de los Derechos Humanos preparada por las Naciones Unidas en diciembre de 1947[292].

195. El artículo I del Proyecto sometido por el Comité Jurídico, expresaba lo siguiente sobre el derecho a la vida:

> Toda persona tiene derecho a la vida, inclusive los que están por nacer así como también los incurables, dementes y débiles mentales.
>
> La pena capital sólo puede aplicarse en los casos en que una ley preexistente la haya establecido para crímenes de excepcional gravedad[293].

196. Posteriormente, se formó un grupo de trabajo[294], que sometió a la Sexta Comisión un nuevo texto preliminar con el título de Declara-

291 *Cfr.* Comité Jurídico Interamericano, Recomendaciones e Informes, Documentos Oficiales, 1945-1947, Río de Janeiro, 1960, págs. 61-115.

292 *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), párr. 19.a)

293 *Cfr.* IX Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. V, pág. 449.

294 *Cfr.* IX Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. V, págs. 474 y 475.

ción Americana de los Derechos y Deberes Esenciales del Hombre[295], cuyo nuevo artículo I decía:

> Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad y a la integridad de su persona[296].

197. Este artículo nuevo y otros cambios introducidos fueron explicados por el grupo de trabajo en su informe a la Comisión Sexta, como un arreglo al que se llegó para resolver los problemas suscitados por las delegaciones de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela, principalmente como consecuencia del conflicto entre las leyes de esos Estados y el texto preliminar del Comité Jurídico[297], dado que la definición del alcance del derecho a la vida en el Proyecto del Comité Jurídico era incompatible con las leyes sobre la pena capital y el aborto en la mayoría de los Estados americanos[298].

198. El 22 de abril de 1948 el artículo I de la Declaración fue aprobado por la Comisión Sexta con un pequeño cambio de redacción en el texto[299]. El texto definitivo de la Declaración fue aprobado en la séptima sesión plenaria de la conferencia, el 30 de abril de 1948[300]. La única diferencia en la última versión fue la supresión de la referencia a la "integridad"[301], siendo la versión finalmente aprobada la siguiente:

295 *Cfr.* IX Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. V, págs. 476 y 478.

296 *Cfr. IX Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos,* Vol. V, pág. 479.

297 *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), párr. 19.d) (citando IX. Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. V, pp. 474-484, 513-514).

298 *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), párr. 19.e).

299 IX. Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. V, pág. 578. El texto quedó así: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad e integridad de su persona".

300 *Cfr.* IX. Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. I, págs. 231, 234 y 236.

301 *Cfr.* IX. Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. VI, pág. 248.

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona[302].

199. La Corte observa que varios países, entre estos Argentina, Brasil, Costa Rica, Cuba, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, establecían en el derecho interno excepciones a la penalización del aborto en casos de peligro para la vida de la mujer, grave peligro para la salud de la mujer, abortos eugénicos, o en casos de violación[303].

200. Teniendo en cuenta estos antecedentes de la Declaración Americana, la Corte considera que los trabajos preparatorios no ofrecen una respuesta definitiva sobre el punto en controversia.

ii) Trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

201. En la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, celebrada en 1959, se decidió impulsar la preparación de una Convención de Derechos Humanos, y se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la preparación de un proyecto para tal efecto[304]. El Consejo Interamericano de Jurisconsultos elaboró dicho proyecto[305] con el propósito que fuera considerado en la Novena Conferencia Internacional Americana, fijada para celebrarse en 1960. El Consejo Interamericano tomó en cuenta las experiencias del sistema europeo de derechos humanos con el Convenio Europeo de Derechos

302 *Cfr.* IX. Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. VI, p. 248, Vol. I, págs. 231, 234 y 236.

303 *Cfr.* Luis Jiménez de Asua, *Códigos Penales Iberoamericanos*, Vols. I, II, citado en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baby Boy vs. Estados Unidos de América*, Res. No. 23/81, Caso 2141 (1981), párr. 19.f).

304 *Cfr. Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 97.

305 Aprobado el 8 de septiembre de 1959, por Resolución No. XX del Consejo Interamericano de Jurisconsultos; Doc. CIJ-41, 1959.

Humanos y del sistema universal de derechos humanos de Naciones Unidas. Respecto al derecho a la vida se incorporó en el artículo 2 del proyecto la siguiente formulación:

> Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente[306].

202. Tal redacción, sin la expresión "en general", la cual fue incorporada posteriormente, había sido propuesta por los tres proyectos en los que se basó la Convención Americana[307].

203. Posteriormente, la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria de 1965 encomendó al Consejo de la OEA que actualizara y completara el "Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos" elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1959, tomando en cuenta los Proyectos de Convención presentados por los Estados de Chile y Uruguay, y oyendo el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[308].

306 *Cfr. Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos,* aprobado por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultors, Acta Final, Santiago de Chile, septiembre, 1959 Doc. CIJ-43, en: Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 236.

307 *Cfr. Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos*, aprobado por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Santiago de Chile, septiembre, 1959; el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos presentado por el Gobierno de Chile a la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, Río de Janeiro, 1965, doc. 35, y el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos presentado por el Gobierno del Uruguay a la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, Río de Janeiro, 1965, doc. 49, *Cfr. Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 236, 280 y 298.

308 También se encomendó al Consejo de la OEA que dicho proyecto revisado fuera sometido a los gobiernos para que formularan las observaciones y enmiendas que estimaran pertinentes y que convocara a una Conferencia Especializada Interamericana para considerar el proyecto, las observaciones y aprobar la Convención. El Consejo de la OEA solicitó el criterio de la Comisión Interamericana, y ésta, por su parte, emitió un dictamen sobre la materia que transmitió al Consejo de la OEA el 4 de noviembre de 1966 (Primera Parte) y el 10 de abril de 1967 (Segunda Parte). *Cfr.* "Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (Derechos civiles y políticos) Primera parte", OEA/Ser.L/V/II.15/doc.26, y "Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al

204. Para conciliar las diferentes opiniones frente a la formulación "desde el momento de la concepción", suscitadas desde la IX. Conferencia Internacional Americana de Bogotá en 1948, a raíz de las legislaciones de los Estados americanos que permitían el aborto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos revisó el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió introducir antes de la formulación "desde el momento de la concepción" las palabras "en general"[309]. Ese arreglo dio origen al nuevo texto del artículo 2.1, que señalaba:

> Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción[310].

205. Esta propuesta fue revisada por el relator de la Comisión, quien reiteró su opinión disidente y propuso la eliminación de la formulación "en general, desde el momento de la concepción", a fin de evitar toda posibilidad de conflicto con el inciso 1.° del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece este derecho únicamente en forma general[311]. Sin embargo, la Comisión estimó que "por razones de principio era fundamental consagrar la protección del derecho a la vida en la forma como lo había recomendado al Consejo

Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Segunda Parte", OEA/Ser.L/V/II.16/doc.8., en: Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 320 ss. y 334 ss. Además, por Resolución de 7 de junio de 1967, el Consejo de la OEA formuló una consulta a los gobiernos de los Estados miembros sobre la posibilidad de la coexistencia de los Pactos suscritos en las Naciones Unidas y una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Posteriormente, el Consejo encomendó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la redacción de un texto revisado y completo para un Anteproyecto de Convención. *Cfr.* Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, Secretaria General, OEA, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2.

309 *Cfr.* "Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (Derechos civiles y políticos) Primera parte", OEA/Ser.L/V/II.15/doc.26, en: *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 320.

310 *Cfr. Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 321.

311 *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 98.

de la Organización de Estados Americanos en su dictamen (primera parte)"[312]. Por tanto, decidió mantener sin cambios el texto del artículo 2.1 de la propuesta.

206. En la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada del 7 al 22 de noviembre de 1969, que aprobó la Convención Americana, las delegaciones de la República Dominicana y de Brasil presentaron enmiendas separadas de eliminación de la expresión "en general, desde el momento de la concepción"[313].

207. La delegación de la República Dominicana consideró respecto al texto del derecho a la vida (artículo 3) que "se fortalecerían los conceptos universales de los derechos humanos si el texto interamericano fuera igual al que se adoptó en las Naciones Unidas, en el Artículo 6(1) del pacto"[314].

208. La delegación de Brasil justificó su propuesta de eliminación considerando que "[e]sta cláusula final es vaga y por eso no tendrá eficacia para impedir que los Estados Partes en la futura convención incluyan en sus leyes internas los más variados casos de aborto"[315]. Alegó que "[d]icha cláusula pod[ía] provocar dudas que dificultar[ían] no sólo la aceptación de este artículo, como su aplicación, si prevaleciera [esta] redacción"[316], y concluyó que "[m]ejor ser[ía] así que

312 *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 98.

313 *Cfr*. "Observaciones y Comentarios al Proyecto de Convención sobre Protección de Derechos Humanos presentados por el Gobierno de La República Dominicana, junio 20, 1969", y "Observaciones y Enmiendas al Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por el Gobierno del Brasil, 10 de noviembre de 1969", en: Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, Secretaria General, OEA, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2, págs. 50 ss., y 121 ss.

314 *Cfr*. "Observaciones y Comentarios al Proyecto de Convención sobre Protección de Derechos Humanos presentados por el Gobierno de La República Dominicana, junio 20, 1969", pág. 57.

315 *Cfr*. "Observaciones y Enmiendas al Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por el Gobierno del Brasil, 10 de noviembre de 1969", en: Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, pág. 121.

316 *Cfr*. "Observaciones y Enmiendas al Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por el Gobierno del Brasil, 10 de noviembre de 1969", pág. 121.

[fuera] eliminada la cláusula `en general desde el momento de la concepción´, pues e[ra] materia que deb[ía] ser dejada a la legislación de cada país"[317].

209. La delegación de Estados Unidos, apoyando la posición de Brasil, sugirió que "se acomod[ara] dicho texto con el Artículo 6, párrafo 1, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas"[318].

210. La delegación de Ecuador propuso la eliminación de las palabras "en general"[319], y el delegado de Venezuela estimó que "en cuanto al derecho a la vida, desde el momento de la concepción del ser humano, no puede haber concesiones"[320], por lo que consideró "inaceptable una Convención que no consagre dicho principio"[321].

211. Finalmente, por voto de la mayoría, la conferencia adoptó el texto preliminar sometido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[322], el cual continúa hasta el presente como texto del artículo 4.1 de la Convención Americana.

212. Al momento de ratificar la Convención, sólo México hizo una declaración interpretativa, aclarando que "con respecto al párrafo 1 del Artículo 4, considera que la expresión `en general´ […] no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida `a partir del momento de la concepción´ ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados"[323].

317 *Cfr.* "Observaciones y Enmiendas al Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por el Gobierno del Brasil, 10 de noviembre de 1969", pág. 121.

318 *Cfr.* Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, *Actas y Documentos*, pág. 160.

319 *Cfr.* Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, *Actas y Documentos*, pág. 160.

320 *Cfr.* Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, *Actas y Documentos*, pág. 160.

321 *Cfr.* Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, *Actas y Documentos*, pág. 160.

322 *Cfr.* Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, *Actas y Documentos*, págs. 161 y 481.

323 *Cfr.* Declaración Interpretativa de México. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convratif.asp (Último acceso 28 de noviembre de 2012).

213. Por otra parte, dado que el Estado costarricense califica al embrión como "ser humano" y "persona", a continuación se reseña brevemente los trabajos preparatorios respecto a estas expresiones. El proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, aprobada por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos[324], establecía en el artículo 1 del proyecto que:

> Los Estados en la presente convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a todos los seres humanos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción[325]

214. Por su parte, en el artículo 2(1) establecía que:

> El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción[326].

215. El Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, presentado por el Gobierno de Uruguay[327] preveía el artículo 1 en términos idénticos al Proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos[328], mientras que el artículo 2(1) señalaba:

---

324 *Cfr.* Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, aprobada por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Acta Final, Santiago de Chile, septiembre, 1959. Doc. CIJ-43, en: *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

325 *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

326 *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

327 Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, presentado por el Gobierno de Uruguay, Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, Río de Janeiro, 1965, doc. 49, en: *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 298.

328 *Cfr. Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

> Todo ser humano tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente[329].

216. En el "Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (Derechos Civiles y Políticos), Primera parte", y en el "Texto de las enmiendas sugeridas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos"[330], la Comisión sugirió respecto al artículo 1 del Proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos "para mayor brevedad y precisión técnica de la redacción" la sustitución de la expresión "seres humanos" por "personas"[331]. Sin embargo, mantuvo al mismo tiempo la expresión "ser humano" en el artículo 2(1), al proponer la siguiente formulación que incluía la expresión "en general":

> Todo ser humano 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[332].

217. Finalmente, el Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos establecía en el artículo 1:

329 *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

330 Texto de las enmiendas sugeridas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Anexo al documento, OEA/Ser.L/V/II.16, doc. 18, en: *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 356 ss.

331 *Cfr. Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 318.

332 *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 320 y 356.

1. Los Estados en la presente convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a todos los seres humanos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción […]

2. Persona, a los efectos de esta Convención, es todo ser humano.

218. Además el artículo 3(1) señalaba:

"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".

219. La Corte observa que durante los trabajos preparatorios se utilizaron los términos "persona" y "ser humano" sin la intención de hacer una diferencia entre estas dos expresiones. El artículo 1.2 de la Convención precisó que los dos términos deben entenderse como sinónimos[333].

220. Por otra parte, la Corte constata que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Baby Boy Vs. Estados Unidos de América*[334], rechazó la solicitud de los peticionarios de declarar dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos[335], que legalizaron el aborto sin restricción de causa antes de la viabilidad fetal, como violatorias de la Declaración Americana de

333 El artículo 1.2 ha sido analizado por la Corte en casos en los que se ha solicitado la violación de derechos en perjuicio de personas jurídicas, lo cual ha sido rechazado por el Tribunal porque no han sido reconocidas como titulares de derechos consagrados en la Convención Americana. *Cfr. Caso Cantos vs. Argentina. Excepciones Preliminares.* Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párr. 29 y *Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 398. Sin embargo, en estos casos la Corte no desarrolló argumentos de mayor alcance sobre el significado del artículo 1.2 en el marco de las controversias a las que se circunscribe el presente caso.

334 *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981).

335 *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de EE.UU., *Casos Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113, y *Doe vs. Bolton*, 410 U.S. 179.

los Derechos y Deberes del Hombre. Respecto a la interpretación del artículo I de la Declaración Americana, la Comisión desestimó el argumento de los peticionarios según el cual "el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción"[336], considerando que la Novena Conferencia Internacional Americana, al aprobar la Declaración Americana, "enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio"[337]. En cuanto a la interpretación de la Convención Americana, la Comisión señaló que la protección del derecho a la vida no es absoluta[338]. Consideró que "[l]a adición de la frase `en general, desde el momento de la concepción´ no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula `en general, desde el momento de la concepción´ son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta `desde el momento de la concepción´, que aparec[ía] repetida muchas veces en el documento de los peticionarios"[339].

221. La Corte concluye que los trabajos preparatorios indican que no prosperaron las propuestas de eliminar la expresión "y, en general, desde el momento de la concepción", ni la de las delegaciones que pedían eliminar solo las palabras "en general".

336 *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), párr. 19.h).

337 *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), párr. 19.h).

338 *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), párr. 25.

339 *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), párr. 30.

iii) Interpretación sistemática de la Convención Americana y de la Declaración Americana

222. La expresión "toda persona" es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana[340] y de la Declaración Americana[341]. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (*supra* párrs. 186 y 187), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la 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.

223. Por tanto, la Corte concluye que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.

C.2.b) Sistema Universal de Derechos Humanos

i) Declaración Universal de Derechos Humanos

224. Respecto al alegato del Estado según el cual "la Declaración Universal de Derechos Humanos [...] protege al ser humano desde […] el

340 *Cfr*. Al respecto, los artículos 1.1, 3, 4.6, 5.1, 5.2, 7.1, 7.4, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 10, 11.1, 11.3, 12.1, 13.1, 14.1, 16, 18, 20.1, 20.2, 21.1, 22.1, 22.2, 22.7, 24, 25.1 y 25.2 de la Convención Americana.

341 *Cfr*. Al respecto, los artículos II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXVI y XXVII de la Declaración Americana.

momento de la unión del óvulo y el espermatozoide", la Corte estima 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[342]. Los redactores rechazaron expresamente la idea de eliminar tal término, de modo que el texto resultante expresa con plena intención que los derechos plasmados en la Declaración son "inherentes desde el momento de nacer"[343]. Por tanto, la expresión "ser humano", utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido.

ii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

225. Respecto al alegato del Estado según el cual el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos […] reconoce la vida del embrión de manera independiente a la de su madre", la Corte observa que durante la segunda sesión de la Comisión de Derechos Humanos, realizada del 2 al 17 de diciembre de 1947, el Líbano propuso la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción[344]. Ante la resistencia contra la formulación "desde el momento de la concepción" a la luz de la admisibilidad del aborto en muchos Estados, el Líbano sugirió la formulación "en cualquier fase del desarrollo humano" ("at any stage of human development")[345]. Esta formulación, aceptada inicialmente[346], fue borrada posteriormente[347]. Otra propuesta del Reino Unido de reglamentar el asunto del aborto en un artículo autónomo fue considerada inicialmente[348], pero luego fue

342 E/CN.4/SR/35 (1947)
343 E/CN.4/SR/35 (1947)
344 *Cfr*. UN Doc. E/CN.4/386, 398.
345 *Cfr*. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.2, § 2 f (1947).
346 *Cfr*. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.2, § 2 f (1947).
347 *Cfr*. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.9, § 3 (1947).
348 *Cfr*. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.9, § 3 (1947).

también abandonada[349]. Durante la Sexta Sesión de la Comisión de Derechos Humanos del 27 de marzo al 19 de mayo de 1950 fracasó un nuevo intento del Líbano de proteger la vida humana desde el momento de la concepción[350]. En las deliberaciones del Tercer Comité de la Asamblea General del 13 al 26 de noviembre de 1957, un grupo de cinco Estados (Bélgica, Brasil, El Salvador, México y Marruecos), propuso la enmienda al artículo 6.1 en los siguientes términos: "a partir del momento de la concepción, este derecho [a la vida] estará protegido por la ley"[351]. Sin embargo, esta propuesta fue rechazada con 31 votos en contra, 20 votos a favor, y 17 abstenciones[352]. Por tanto, los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas.

226. Ni en su Observación General No. 6 (derecho a la vida)[353], ni en su Observación General No. 17 (Derechos del niño)[354], 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, el Comité de Derechos Humanos 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[355]. Estas decisiones permiten afirmar que del

349 *Cfr.* UN. Doc. E/CN.4/SR.35, § 12 (1947).

350 *Cfr.* UN. Doc. E/CN.4/SR.149, § 16 (1950).

351 *Cfr.* UN Doc. A/C.3/L.654.

352 *Cfr.* UN Doc. A/C.3/SR.820, § 9 (1957).

353 *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, Derecho a la vida (artículo 6), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982).

354 *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 17, Derechos del niño (artículo 24), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165 (1989).

355 A manera de ejemplo, Comité de Derechos Humanos ha emitido las siguientes observaciones finales en este sentido: Argentina, § 14, UN Doc. CCPR/CO/70/arg (2000); Bolivia, § 22, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.74 (1997); Costa Rica, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.107 (1999); Chile, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Add.104 (1999); El Salvador, § 14, UN Doc. CCPR/CO/78/SLV (2003); Ecuador, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Add.92 (1998); Gambia, § 17, UN Doc. CCPR/CO/75/GMB (2004); Guatemala, § 19, UN Doc. CCPR/CO/72/GTM (2001); Honduras, § 8, UN Doc. CCPR/C/HND/CO/1 (2006); Kenia, § 14, UN Doc. CCPR/CO/83/

PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión.

iii) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer

227. Los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (en adelante Comité de la "CEDAW" por sus siglas en ingles) dejan en 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. Al respecto, en el caso *L.C. vs. Perú*, el Comité encontró al Estado culpable de violar los derechos de una niña a quien se le negó una intervención quirúrgica trascendental so pretexto de estar embarazada, privilegiando al feto por sobre la salud de la madre. Dado que la continuación del embarazo representaba un grave peligro para la salud física y mental de la joven, el Comité concluyó que negarle un aborto terapéutico y postergar la intervención quirúrgica constituyó discriminación de género y una violación de su derecho a la salud y la no discriminación[356].

KEN (2005); Kuwait, §§ 9, CCPR/CO/69/KWT (2000); Lesotho, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Add.106 (1999); Islas Mauricio, § 9, UN Doc. CCPR/CO/83/MUS (2005); Marruecos, § 29, UN Doc. CCPR/CO/82/MAR (2004); Paraguay, § 10, UN Doc. CCPR/C/PRY/CO/2 (2006); Perú, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.72 (1996); Perú, § 20, UN Doc. CCPR/CO/70/PER (2000); Polonia, § 8, UN Doc. CCPR/CO/82/POL (2004); República de Tanzania, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.97 (1998); Trinidad y Tobago, § 18, UN Doc. CCPR/CO/70/TTO (2000); Venezuela, § 19, UN Doc. CCPR/CO/71/VEN (2001), y Vietnam, § 15, UN Doc. CCPR/CO/75/VNM (2002). Asimismo, en el caso *K.L. vs. Perú*, el Comité de Derechos Humanos determinó que, al haberle negado un aborto terapéutico a una mujer pese a que la continuación del embarazo ponía en grave peligro su vida y salud mental, el Estado violó su derecho a no ser sometida a trato cruel, inhumano o degradante. Caso K.L. vs. Perú, CDH, Com. Nº 1153/2003, Doc. ONU CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005). Esta interpretación fue ratificada en el caso *L.M.R. vs. Argentina*, donde el Comité observó que negar el aborto legal en un caso de violación causó a la víctima sufrimiento físico y mental, con lo que se violó su derecho a la intimidad y a no ser sometida a tortura o trato cruel, inhumano o degradante. Caso L.M.R. vs. Argentina, CDH, Com. Nº 1608/2007, Doc. ONU CCPR/C/101/D/1608/2007 (2011).

356 Caso L.C. vs. Perú, Comité de la CEDAW, Com. Nº 22/2009, §8.15, Doc. ONU CEDAW/c/50/D/22/2009 (2011).

228. El Comité expresó, además, su preocupación por el potencial que las leyes anti-aborto tienen de atentar contra el derecho de la mujer a la vida y la salud[357]. El Comité ha establecido que la prohibición absoluta del aborto, así como su penalización bajo determinadas circunstancias, vulnera lo dispuesto en la CEDAW[358].

iv) Convención sobre los Derechos del Niño

229. El Estado alegó que el embrión debe considerarse como "niño" y que, en consecuencia, existe una obligación especial de protección respecto a él. La Corte procederá a analizar si tal interpretación encuentra fundamento en el *corpus juris internacional* de protección de las niñas y los niños.

230. El artículo 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que "[l]os Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida". El término "niño" se define en el artículo 1 de la Convención como "todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Por su parte, el Preámbulo a la Convención señala que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento'"[359].

231. Los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño no se refieren de manera explícita a una protección del no naci-

357 *Cfr.* Comité de la CEDAW, Observaciones finales a: Belice, §56, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sesiones, Supl. Nº 38 (1999); Chile, §228, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sesiones, Supl. Nº 38 (1999); Colombia, §393, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sesiones, Supl. Nº 38 (1999); República Dominicana, §337, Doc. ONU A/53/38/Rev.1, DOAG, 53er Período de Sesiones, Supl. Nº 38 (1998); Paraguay, §131, Doc. ONU A/51/38, DOAG 51er Período de Sesiones, Supl. Nº 38 (1996).

358 *Cfr.* Comité de la CEDAW, Observaciones Finales: Chile, §228, Doc. ONU CEDAW/A/54/38/Rev.1 (1999), y Comité de la CEDAW, Observaciones Finales: Nepal, §147, Doc. ONU CEDAW/A/54/38/Rev.1 (1999).

359 *Cfr.* Convención sobre los Derechos del Niño, para. 9 del preámbulo.

do. El Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar "protección y cuidado especiales […] antes […] del nacimiento". Sin embargo, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida. En efecto, en los trabajos preparatorios se indica que dicha frase no tenía "la intención de vulnerar la interpretación del artículo 1 o de ninguna otra disposición de la Convención". En efecto, mientras que el borrador revisado para una Convención sobre los Derechos del Niño, presentado por Polonia, no hacía alusión a la vida prenatal en el Preámbulo[360], el Vaticano pidió la ampliación del Preámbulo por la expresión "antes y después del nacimiento"[361], lo cual causó opiniones encontradas entre los Estados. Como compromiso las delegaciones acordaron una expresión tomada de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959[362].

232. Ante la dificultad de encontrar una definición de "niño" en el artículo 1 del Proyecto, se eliminó la referencia al nacimiento como inicio de la niñez[363]. Posteriormente, en el marco de las deliberaciones, Filipinas solicitó la inclusión de la expresión "tanto antes como después del nacimiento" en el Preámbulo[364], a la cual varios Estados se opusieron[365]. Como compromiso se acordó que se incluyera en el Preámbulo tal referencia, pero que los trabajos preparatorios dejaran claro que el Preámbulo no determinaría la interpretación del artículo 1 de la Convención[366].

360 *Cfr.* UN Doc. E/CN.4/1349 (1979).

361 *Cfr.* UN Doc. E/CN.4/1408, § 277 (1980).

362 *Cfr.* UN Doc. E/CN.4/1408, §§ 277 (1980) ("Recognizing that, as indicated in the Declaration of the Rights of the Child adopted in 1959, the child due to the needs of his physical and mental development requires […] legal protection in conditions of freedom, dignity and security").

363 *Cfr.* UN Doc. E/CN.4/1408, § 277 (1980).

364 *Cfr.* UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 34 (1989).

365 *Cfr.* UN Doc. E(CN.4/1989/48, § 36 (1989).

366 UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 43 (1989) ("Al aprobar este párrafo del preámbulo, el Grupo de Trabajo no pretende dar un juicio previo sobre la interpretación del artículo 1 o de cualquier otra disposición de la convención por los Estados Partes").

233. El Comité para los Derechos del Niño no ha emitido observación alguna de la cual se pueda deducir la existencia de un derecho a la vida prenatal.

C.2.c) Sistema Europeo de Derechos Humanos

234. El artículo 2.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante "CEDH)" señala que "[e]l derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley"[367]. Los autores del CEDH se basaron para su redacción en la Declaración Universal de Derechos Humanos, por su "autoridad moral y valor técnico"[368].

235. La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante el "TEDH") se han pronunciado sobre el alcance no absoluto de la protección de la vida prenatal en el contexto de casos de aborto y de tratamientos médicos relacionados con la fecundación in vitro.

236. En el *Caso Paton vs. Reino Unido* de 1980, que trató de una alegada violación del artículo 2 del CEDH en detrimento del no nacido por el aborto practicado por la voluntad de la madre en conformidad con las leyes nacionales, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que los términos en que está redactada el CEDH "tienden a corroborar la apreciación de que [el artículo 2] no incluye al que está por nacer"[369]. Agregó que reconocer un derecho absoluto a la vida prenatal sería "con-

367 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 2.1, aprobado el 4 nov. 1950, 213 STNU 222, S.T. Eur. Nº 5 (en vigor desde el 3 sep. 1953).

368 Committee on Legal and Administrative Questions Report, Section 1, Para. 6, 5 September 1949, in Collected Edition of the Travaux Preparatoires, Vol. 1 (1975), p. 194. ([T]he Committee considered that it was preferable […], as by reason of the moral authority and technical value of the document in question, to make use, as far as possible, of the definitions set out in the 'Universal Declaration of Human Rights').

369 Caso *Paton vs. Reino Unido*, Solicitud Nº 8416/79, Comisión Europea de Derechos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), párr. 9. (Thus both the general usage of the term 'everyone' ('toute personne') of the Convention (para. 7 above) and the context in which this term is employed in Article 2 (para. 8 above) tend to support the view that it does not include the unborn).

trario al objeto y propósito de la Convención"[370]. Señaló que "[l]a vida del feto se encuentra íntimamente ligada a la de la embarazada y no puede ser considerada al margen de ella. Si el artículo 2 comprendiese al feto y su protección fuese, en ausencia de una limitación, entendida como absoluta, el aborto tendría que considerarse prohibido incluso cuando la continuación del embarazo presente grave peligro para la vida de la embarazada. Ello querría decir que 'la vida en formación' del feto se consideraría de mayor valor que la vida de la embarazada"[371]. También en los Casos *R.H. Vs. Noruega* (1992) *y Boso Vs. Italia* (2002), que trataron de la presunta violación del derecho a la vida en detrimento de los no nacidos por la existencia de leyes estatales permisivas frente al aborto, la Comisión confirmó su postura[372].

237. En el Caso *Vo. Vs. Francia*, en el que se le tuvo que practicar un aborto terapéutico a la peticionaria por el peligro para su salud producido a raíz de tratamientos médicos inadecuados, el Tribunal Europeo señaló que:

> A diferencia del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indica que el derecho a la vida debe ser protegido "en general, desde el momento de la concepción", el artículo 2 de la Convención es silencioso en cuanto a las limitaciones temporales del derecho a la vida y, en particular, no define "todos" […] los cuales su "vida" es protegida por la Convención. La Corte no ha

370 Caso *Paton vs. Reino Unido*, Solicitud Nº 8416/79, Comisión Europea de Derechos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), párr. 20. (The Commission finds that such an interpretation would be contrary to the object and purpose of the Convention).

371 Caso *Paton vs. Reino Unido*, Solicitud Nº 8416/79, Comisión Europea de Derechos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), párr. 19. (The 'life' of the foetus is intimately connected with, and cannot be regarded in isolation from, the life of the pregnant woman. If Article 2 were held to cover the foetus and its protection under this Article were, in the absence of any express limitation, seen as absolute, an abortion would have to be considered as prohibited even where the continuance of the pregnancy would involve a serious risk to the life of the pregnant woman. This would mean that the 'unborn life' of the foetus would be regarded as being of a higher value than the life of the pregnant woman).

372 *Cfr.* R.H. vs. Norway, Decision on Admissibility, App. No. 17004/ 90, 73 European Commission on Human Rights Dec. ft Rep. 155 (1992), Boso vs. Italy, App. No. 50490/99, European Commission on Human Rights (2002).

determinado el problema del "inicio" de "el derecho de toda persona a la vida" dentro del significado de la disposición y si el no nacido tiene ese derecho a la vida." […]

El problema de cuando el derecho a la vida comienza viene dentro un margen de apreciación que la Corte generalmente considera que los Estados deben gozar en esa esfera pese a la interpretación evolutiva de la Convención, un "instrumento vivo que se debe interpretar a la luz de las condiciones de hoy en día" […] Las razones para esa conclusión son, en primer lugar, que el problema de que dicha protección no ha sido resuelta dentro de la mayoría de los Estados parte, en Francia en particular, donde es tema de debate […] y, en segundo lugar, que no hay un consenso europeo sobre la definición científica y legal del inicio a la vida. […]

A nivel europeo, la Corte observa que no hay ningún consenso en cuanto a la naturaleza y el status del embrión y/o feto […], aunque ellos hayan recibido alguna protección a la luz del progreso científico y las consecuencias potenciales de investigación dentro de la ingeniería genética, procreación médica asistida o experimentación con embriones. **Cuanto más, se puede considerar que los Estados están de acuerdo que el embrión/el feto es parte de la raza humana. La potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona – gozando de protección bajo las leyes civiles, además, en muchos Estados, tal como, por ejemplo, Francia, en el contexto de las leyes de sucesión y obsequios, y también en el Reino Unido […] – 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. […]

No es deseable, ni aún posible tal como están las cosas en este momento, contestar en abstracto si un no nacido es una persona a los efectos del artículo 2 de la Convención[373]. (Añadido fuera del texto)

373 TEDH, *Caso Vo. vs. Francia*, (No. 53924/00), GC, Sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 75, 82, 84 y 85. (Unlike Article 4 of the American Convention on Human Rights, which provides that the right to life must be protected "in general, from the moment of conception", Article 2 of the Convention is silent as to the temporal limitations of the right to life and, in particular, does not define "everyone" […] whose "life" is protected by the Convention. The Court has yet to determine the issue of the "beginning" of "everyone's right to life" within the meaning of this provision and whether the unborn child has such a right." […]

The issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere, notwithstanding an

238. En el caso *A, B y C vs. Irlanda*[374], el Tribunal Europeo reiteró que:

> con respecto a la pregunta de cuándo comienza el derecho a la vida, que entró en el margen de apreciación de los Estados porque no había consenso europeo sobre la definición científica y legal del comienzo de la vida, por consiguiente, era imposible responder la pregunta de si la persona nonata era una persona que debía ser protegida conforme a los efectos del artículo 2. Dado que los derechos demandados en nombre del feto y los derechos de la madre están inextricablemente interconectados […] el margen de apreciación concedido a la protección de la persona nonata por parte del Estado se traduce necesariamente en un margen de apreciación según el cual cada Estado equilibra los derechos contradictorios de la madre.

239. Sin embargo, el TEDH precisó que "ese margen de apreciación no es ilimitado" y que "la Corte tiene que supervisar si la interferencia constituye un equilibrio justo de los intereses contradictorios involucrados […]. La prohibición de un aborto para proteger la vida de la

evolutive interpretation of the Convention, a "living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions" […]. The reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves, in France in particular, where it is the subject of debate […] and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life. […]

At European level, the Court observes that there is no consensus on the nature and status of the embryo and/or foetus […], although they are beginning to receive some protection in the light of scientific progress and the potential consequences of research into genetic engineering, medically assisted procreation or embryo experimentation. At best, it may be regarded as common ground between States that the embryo/foetus belongs to the human race. The potentiality of that being and its capacity to become a person – enjoying protection under the civil law, moreover, in many States, such as France, in the context of inheritance and gifts, and also in the United […] – require protection in the name of human dignity, without making it a "person" with the "right to life" for the purposes of Article 2. […]

It is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention).

374 TEDH, *Caso A, B y C vs. Irlanda*, (Nº 25579/05), Sentencia de 16 de diciembre de 2010, párr. 237. ([T]he question of when the right to life begins came within the States' margin of appreciation because there was no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, so that it was impossible to answer the question whether the unborn was a person to be protected for the purposes of Article 2. Since the rights claimed on behalf of the foetus and those of the mother are inextricably interconnected […], the margin of appreciation accorded to a State's protection of the unborn necessarily translates into a margin of appreciation for that State as to how it balances the conflicting rights of the mother).

persona nonata no se justifica automáticamente en virtud del Convenio sobre la base de deferencia sin restricciones a la protección de la vida prenatal o sobre la base de que el derecho de la futura mamá al respeto de su vida privada es de menor talla"[375].

240. Respecto a casos relacionados con la práctica de la FIV, el TEDH tuvo que pronunciarse en el caso *Evans Vs. Reino Unido*, sobre la presunta violación del derecho a la vida de los embriones preservados debido a que la legislación nacional exigía su destrucción ante el retiro del consentimiento de la pareja de la peticionaria sobre su implantación. La Gran Cámara del TEDH reiteró su jurisprudencia establecida en el *Caso Vo. Vs. Francia*, señalando que:

> en la ausencia de un consenso Europeo en relación con la definición científica y legal del inicio a la vida, el problema de cuándo el derecho a la vida inicia viene dentro del margen de apreciación que la Corte generalmente considera que los Estados deberían disfrutar en esta esfera. Dentro de la ley británica, tal y como fue señalado por los tribunales internos en el presente caso del peticionario […], un embrión no tiene derechos independientes o intereses y no puede alegar –o alegar en su nombre- un derecho a la vida dentro del artículo 2[376].

241. La Gran Cámara del TEDH confirmó la decisión respecto a la no violación del derecho a la vida, consagrado en el artículo 2, al

375 TEDH, *Caso A, B y C vs. Irlanda*, (Nº 25579/05), Sentencia de 16 de diciembre de 2010, párr. 238. ("this margin of appreciation is not unlimited" "the Court must supervise whether the interference constitutes a proportionate balancing of the competing interests involved […]. A prohibition of abortion to protect unborn life is not therefore automatically justified under the Convention on the basis of unqualified deference to the protection of pre-natal life or on the basis that the expectant mother's right to respect for her private life is of a lesser stature").

376 TEDH, *Caso Evans vs. Reino Unido*, (No. 6339/05), Sentencia de 10 de abril de 2007, párr. 54. (in the absence of any European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere. Under English law, as was made clear by the domestic courts in the present applicant's case […], an embryo does not have independent rights or interests and cannot claim—or have claimed on its behalf—a right to life under Article 2).

indicar que "los embriones creados por el peticionario [y su pareja] no tienen el derecho a la vida dentro del significado del artículo 2 de la Convención y que no ha, por lo tanto, habido una violación a tal provisión"[377].

242. En los *Casos S.H. Vs. Austria*[378], *y Costa y Pavan Vs. Italia*[379], que trataron, respectivamente, de la regulación de la FIV respecto a la donación de óvulos y espermatozoides por terceros, y del diagnóstico genético preimplantacional, el TEDH ni siquiera se refirió a una presunta violación de un derecho propio de los embriones.

C.2.d) Sistema Africano de Derechos Humanos

243. El artículo 4 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos señala que "[l]os seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona"[380]. Los redactores de la Carta descartaron expresamente una terminología que protegiera el derecho a la vida a partir del momento de la concepción[381]. El Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer (Protocolo de Maputo), no se pronuncia sobre el inicio de la vida, y además 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 incesto y cuando la

377 TEDH, *Caso Evans vs. Reino Unido*, (No. 6339/05), Sentencia de 10 de abril de 2007, párr. 56. "the embryos created by the applicant and [her partner] do not have a right to life within the meaning of Article 2 of the Convention, and that there has not, therefore, been a violation of that provision".

378 *Cfr.* TEDH, *Caso S.H. y otros vs. Austria*, (No. 57813/00), Sentencia de 3 de noviembre de 2011.

379 *Cfr.* TEDH, *Caso Costa y Pavan vs. Italia*, (No. 54270/10). Sentencia de 28 de agosto de 2012.

380 Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 jun. 1981, art. 4, Doc. OUA CAB/LEG/67/3 Rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982) (en vigor desde el 21 oct. 1986).

381 Propuesta para una Carta africana de derechos humanos y de los pueblos, art. 17, Doc. OUA CAB/LEG/67/1 (1979) (donde se adopta la redacción del art. 4.1 de la Convención americana sobre derechos humanos, sustituyendo "momento de la concepción" por "momento de nacer" - This right shall be protected by law and, in general, from the moment of his birth.).

continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la embarazada o la vida de la embarazada o del feto"[382].

C.2.e) Conclusión sobre la interpretación sistemática

244. La Corte concluye que la Sala Constitucional se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

C.3). Interpretación evolutiva

245. Este Tribunal ha señalado en otras oportunidades[383] que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la *Convención* de Viena sobre el Derecho de los Tratados[384]. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, ra-

382 Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer, 2ª Sesión Ordinaria, Asamblea de la Unión, aprobado el 11 jul. 2003, art. 14.2.c.

383 *Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 83.

384 *Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 83.

zón por la cual ha utilizado normativa nacional[385] o jurisprudencia de tribunales internos[386] a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos. Por su parte, la Corte Europea[387] ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo para identificar la práctica posterior de los Estados, es decir para especificar el contexto de un determinado tratado. Además, el parágrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena autoriza la utilización para la interpretación de medios tales como los acuerdos o la práctica[388] o reglas relevantes del derecho internacional[389] que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, lo cual se relaciona con una visión evolutiva de la interpretación del tratado.

246. En el presente caso, la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención (*supra* párr. 179). Por tanto, la Corte analizará dos temas en el marco de la interpretación

385 En el Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, la Corte tuvo en cuenta para su análisis que: se advierte que un número considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano.

386 En los casos *Heliodoro Portugal vs. Panamá* y *Tiu Tojín vs. Guatemala*, la Corte tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en el Caso *Anzualdo Castro vs. Perú*, la Corte utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada. Otros ejemplos son los casos *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* y el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*.

387 Por ejemplo en el caso TV Vest As & Rogoland Pensionistparti contra Noruega, el Tribunal Europeo tuvo en cuenta un documento del "European Platform of Regulatory Authorities" en el cual se realizaba una comparación de 31 países en esa región, con el fin de determinar en cuáles de ellos se permitía la publicidad política pagada o no y en cuáles este tipo de publicidad era gratuita. De igual manera, en el caso Hirst v. Reino Unido dicho Tribunal tuvo en cuenta la "normatividad y práctica de los Estados Parte" con el fin de determinar en qué países se permite suprimir el sufragio activo a quien ha sido condenado por un delito, por lo que se estudio la legislación de 48 países europeos.

388 *Cfr.* TEDH, *Caso Rasmussen vs. Dinamarca*, (No. 8777/79), Sentencia de 28 de noviembre de 1984, párr. 41; *Caso Inze vs. Austria*, (No. 8695/79) Sentencia de 28 de octubre de 1987, párr. 42, y *Caso Toth vs. Austria*, (No. 11894/85), Sentencia de 25 noviembre de 1991, párr. 77.

389 *Cfr.* TEDH, *Caso Golder vs. Reino Unido*, (No. 4451/70), Sentencia de 12 de diciembre de 1975, párr. 35.

evolutiva: i) los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al status legal del embrión, y ii) las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV.

C.3.a) El estatus legal del embrión

247. Ha sido señalado que en el Caso *Vo. Vs. Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que la potencialidad del embrión y su capacidad para convertirse en una persona requiere de una protección en nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en una "persona" con "derecho a la vida" (*supra* párr. 237).

248. Por su parte, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina (en adelante el "Convenio de Oviedo"), adoptado en el marco del Consejo de Europa,[390] establece lo siguiente en su artículo 18:

> Artículo 18. Experimentación con embriones in vitro:
>
> 1. Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión.
>
> 2. Se prohibe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación. .

249. En consecuencia, dicho tratado no prohíbe la FIV sino la creación de embriones con propósitos de investigación. Sobre el estatus del embrión en dicho Convenio, el TEDH señaló que:

390 El Convenio de Oviedo establece en su artículo primero que los Estados Partes "protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina" y agrega que "[c]ada Parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio". El Convenio de Oviedo fue adoptado el 4 de abril del 1997 en Oviedo, Asturias, y entró en fuerza el 1 de diciembre del 1999. Fue ratificada por 29 Estados Miembros del Consejo de Europa, con seis reservas.

> El Convenio de Oviedo sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina […] se cuida de definir el término "toda persona", y su informe explicativo indica que, en ausencia de unanimidad acerca de la definición, los Estados miembros han decidido permitir al derecho interno hacer las precisiones pertinentes al efecto de la aplicación de esta Convención […]. Lo mismo aplica para el Protocolo Adicional sobre la prohibición de clonar seres humanos y el Protocolo Adicional sobre investigación biomédica, que no definen el concepto de "ser humano"[391].

250. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[392] en el *Caso Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*[393]señaló que la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, "no t[enía] por objeto regular la utilización de embriones humanos en el marco de investigaciones científicas [,y que s]u objeto se circunscrib[**ía**] a la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas"[394]. Sin embargo, precisó que "aunque la finalidad de investigación científica deb[ía] distinguirse de los fines industriales o comerciales, la utilización de embriones humanos con fines de investigación, que constitu[ía] el objeto de la solicitud de patente, no p[odía] separarse de la propia patente y de los derechos

391 TEDH, *Caso Vo. vs. Francia*, (No. 53924/00), GC, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 84. (The Oviedo Convention on Human Rights and Biomedicine […] is careful not to give a definition of the term "everyone", and its explanatory report indicates that, in the absence of a unanimous agreement on the definition, the member States decided to allow domestic law to provide clarification for the purposes of the application of that Convention […] The same is true of the Additional Protocol on the Prohibition of Cloning Human Beings and the Additional Protocol on Biomedical Research, which do not define the concept of "human being).

392 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es una Institución de la Unión Europea (UE) a la que está encomendada la potestad jurisdiccional o poder judicial en la Unión. Su misión es interpretar y aplicar el Derecho de la Unión Europea, y se caracteriza por su naturaleza orgánica compuesta y su funcionamiento y autoridad supranacionales. Su sede está en Luxemburgo.

393 *Cfr.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, Oliver Brüstle vs. Greenpeace eV.

394 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, Oliver Brüstle vs. Greenpeace eV, párr. 40.

vinculados a ésta"[395], con la consecuencia de que "la exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra *c)*, de la Directiva también se ref[ería] a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil"[396]. Con esta decisión el Tribunal de Justicia afirmó la exclusión de patentabilidad de embriones humanos, entendidos en un sentido amplio[397], por razones éticas y morales[398], cuando ésta se relaciona con fines industriales y comerciales. Sin embargo, ni la directiva, ni la sentencia establecen que los embriones humanos deban ser consideradas "personas" o que tengan un derecho subjetivo a la vida.

251. Por otra parte, en el *Caso S.H. y otros Vs. Austria*, el TEDH consideró permisible la prohibición de practicar la FIV con óvulos y espermatozoides donados por terceros, resaltando que:

395 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, Oliver Brüstle vs. Greenpeace eV, párr. 43.

396 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, Oliver Brüstle vs. Greenpeace eV, párr. 46.

397 *Cfr.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, Oliver Brüstle vs. Greenpeace eV, párr. 38 ("Constituye un `embrión humano´ en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis". El artículo de la Directiva establece: 1. Quedarán excluidas de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, no pudiéndose considerar como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria. 2. En virtud de lo dispuesto en el apartado 1, se considerarán no patentables, en particular: […] c) las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales").

398 *Cfr.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, Oliver Brüstle vs. Greenpeace eV, párr. 6. El Tribunal de Justicia señaló que la "exposición de motivos de la Directiva indica lo siguiente: […] el orden público y la moralidad se corresponden, en particular, con los principios éticos y morales reconocidos en un Estado miembro, cuyo respeto es particularmente necesario en el terreno de la biotecnología, a causa del considerable alcance de las consecuencias potenciales de la invención en este ámbito y de sus vínculos naturales con la materia viva; que tales principios éticos y morales vienen a añadirse a los controles jurídicos habituales del Derecho de patentes, independientemente del ámbito técnico a que pertenezca la invención").

> El poder legislativo austriaco no ha excluido la procreación artificial por completo. […] Éste intentó reconciliar el deseo de hacer disponible la procreación medicamente asistida con la inquetud que existe entre importantes secciones de la sociedad acerca del papel y las posibilidades de la medicina reproductiva contemporánea, lo que da lugar a cuestiones morales y éticas de naturaleza muy sensibles[399].

252. Asimismo, en el caso *Caso Costa y Pavan Vs. Italia*, el TEDH, en sus consideraciones previas sobre el derecho europeo relevante para el análisis del caso, resaltó que en "el caso Roche c. Roche y otros ([2009] IESC 82 (2009)), la Corte Suprema de Irlanda ha establecido que el concepto del niño por nacer ("unborn child") no se aplica a embriones obtenidos en el marco de una fecundación in vitro, y estos últimos no se benefician de la protección prevista por el artículo 40.3.3 de la Constitución de Irlanda que reconoce el derecho a la vida del niño por nacer. En este caso, la demandante, quien ya tuvo un hijo como resultado de la técnica de la fecundación in vitro, acudió a la Corte Suprema a fin de obtener la implantación de otros tres embriones obtenidos en el marco de la misma fecundación, a pesar de la ausencia del consentimiento de su compañero, del cual entretanto se había separado"[400].

399 *Cfr.* TEDH, *Caso S.H. y otros vs. Austria*, (No. 57813/00), Sentencia de 3 de noviembre de 2011, párr. 104. (the Austrian legislature has not completely ruled out artificial procreation. […] [t]he legislature tried to reconcile the wish to make medically assisted procreation available and the existing unease among large sections of society as to the role and possibilities of modern reproductive medicine, which raises issues of a morally and ethically sensitive nature.)

400 TEDH, *Caso Costa y Pavan vs. Italia*, (No. 54270/10). Sentencia de 28 de agosto de 2012, párr. 33 ("33. En outre, la Cour relève que, dans l'affaire Roche c. Roche et autres ([2009] IESC 82 (2009)), la Cour Suprême irlandaise a établi que la notion d'enfant à naître (« unborn child ») ne s'applique pas à des embryons obtenus dans le cadre d'une fécondation in vitro, ces derniers ne bénéficiant donc pas de la protection prévue par l'article 40.3.3. de la Constitution irlandaise qui reconnaît le droit à la vie de l'enfant à naître. Dans cette affaire, la requérante, ayant déjà eu un enfant à la suite d'une fécondation in vitro, avait saisi la Cour Suprême en vue d'obtenir l'implantation de trois autres embryons obtenus dans le cadre de la même fécondation, malgré l'absence de consensus de son ancien compagnon, duquel elle s'était séparée entre-temps)". La Corte toma nota de que el 28 de noviembre de 2012 el gobierno italiano interpuso ante la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la solicitud de revisión de este caso "debido a que la petición original fue presentada directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sin antes haber agotado […] todos los recursos

253. Por tanto, la Corte observa 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.

C.3.b) Regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado

254. De los peritajes presentados por las partes en la audiencia pública quedo establecido que Costa Rica es el único país de la región que prohíbe y, por tanto, no práctica la FIV (*supra* párr. 67).

255. Ahora bien, de la prueba aportada por las partes en el expediente, la Corte observa que si bien la FIV se realiza en un gran número de países[401], lo anterior no necesariamente implica que ésta se encuentre regulada por medio de normas jurídicas. Al respecto, el Tribunal destaca que, de las legislaciones comparadas anexadas por las partes sobre técnicas de reproducción asistida (Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, México, Perú, Uruguay), se desprende que existen normas que regulan algunas prácticas en la materia. El Tribunal constata que, por ejemplo, existe: i) la prohibición de clonación humana, en Chile[402] y Perú[403]; ii) las legislaciones de Brasil[404], Chile[405] y Perú[406] prohíben la utilización

internos y sin tener en necesaria consideración el margen de apreciación que cada Estado tiene en la adopción de su propia legislación" (traducción de la Secretaría de la Corte). Disponible en: *http://www.governo.it/Presidenza/Comunicati/dettaglio.asp?d=69911* (última consulta el 28 de noviembre de 2012).

401 El informe de 2009 del Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA) informó que en ese periodo "reportaron 135 centros pertenecientes a once países. La mayoría de los centros que reportaron están en Brasil y México, la mayoría de los ciclos fueron realizados en Brazil y Argentina". *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2825).

402 *Cfr.* Ley 20.120 de 2006, Ministerio de Salud de Chile, Artículo 5, (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folios 8424 a 8426).

403 *Cfr.* Ley General de Salud de Perú Nº 26.842 de 15 de julio de 1997, artículo 7 (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folio 8357).

404 *Cfr.* Resolución del Conselho Federal de Medicina n. 1.358 de 1992, Principio General, No.5 (expediente de anexos al informe de fondo de la CIDH, tomo I, anexo 18, folios 425 a 428).

405 *Cfr.* Proyecto de Ley de Reproducción Humana Asistida, Artículo 1 (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folios 8437 a 8443).

406 *Cfr.* Ley General de Salud de Perú Nº 26.842 de 15 de julio de 1997, artículo 7 (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folio 8357).

de las técnicas de reproducción asistida por fines diferentes de la procreación humana; iii) Brasil establece que el número ideal de óvulos y preembriones a ser transferidos no puede ser superior a cuatro, para no aumentar los riesgos de multipariedad[407], y prohíbe la utilización de procedimientos que "apunten a una reducción embrionaria"[408] y la comercialización del material biológico, por lo que dicha práctica implica un delito[409], y iv) existen diversos tipos de regulaciones sobre la crioconservación. Por ejemplo, en Chile se prohíbe la congelación de embriones para transferencia diferida de embriones[410], mientras que en

407 *Cfr.* Resolución del Conselho Federal de Medicina n. 1.358 de 1992, Principio General, No.6 (expediente de anexos al informe de fondo de la CIDH, tomo I, anexo 18, folios 425 a 428). Sobre la transferencia embrionaria la perita Garza explicó que "las Directrices emitidas por la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva (ASRM) en 1999 aconsejan que no más de 2 embriones deben ser transferidos a las mujeres que tienen más probabilidades de quedar embarazadas, y no más de 5 en los pacientes con una probabilidad menor de embarazo. En el año 2006, en un esfuerzo por reducir aún más la incidencia de los embarazos múltiples de alto orden, ASRM y la Sociedad de Tecnología de Reproducción Asistida (SART) desarrollaron directrices para asistir a los programas de ART y a los pacientes, para determinar el número apropiado de la etapa de escisión (generalmente 2-3 día), embriones o blastocitos (generalmente 5 o 6 días después de la fertilización) para transferir. Estas directrices recomiendan que: Las mujeres, menores de 35 años, que tienen más probabilidades de quedar embarazadas, deben ser alentadas a considerar la transferencia de un solo embrión; Las mujeres, con edades entre 35-37, con una buena posibilidad de quedar embarazadas, no deben recibir más de 2 embriones; Las mujeres, con edades entre 38-40, con una buena posibilidad de quedar embarazadas, no deben recibir más de 3 embriones en estado de escisión o no más de 2 blastocitos. Las mujeres, con edades de 40, y las que tienen menos probabilidades de quedar embarazadas, pueden tener más embriones transferidos". Declaración ante fedatario público de la perita Garza (expediente de fondo, tomo V, folios 2566 y 2567).

408 *Cfr.* Principio General No.7, Resolución del Conselho Federal de Medicina n. 1.358 de 1992 (expediente de anexos al informe de fondo de la CIDH, tomo I, anexo 18, folios 425 a 428).

409 *Cfr.* Ley No.11.105, de 24 de marzo de 2005 de Brasil (expediente de fondo, tomo I, anexo 20, folios 249 a 262). Artículo 5).

410 *Cfr.* Normas Aplicables a la Fertilización In Vitro y la Transferencia Embrionaria, Extenta No. 1072 de 28 de junio de 1985, Santiago, Ministerio de Salud, Republica de Chile (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folios 8456 a 8459. El artículo 8 establece que: "la Institución y el respectivo equipo de expertos deben mantener y proporcionar a las autoridades del Ministerio de Salud información completa y fidedigna sobre: a) Lugar y local donde se efectúa la FIV y TE; b) Institución que patrocina y se hace responsable del Programa de FIV y TE, definiendo claramente los objetivos y procedimientos del programa; c) Los expertos y profesionales que conducen y asisten al proceso de FIV y TE, su adiestramiento e idoneidad; d) Los protocolos de trabajo en donde se registrarán los detalles del proceso de FIV y TE indicando el número de huevos obtenidos, fertilizados o implantados. Al respecto, debe establecerse que todos los óvulos fertilizados y normales deben ser transferidos a la madre y que no se practicará congelación de embriones para transferencia diferida de embriones ni menos con fines de investigación".

Brasil[411] y en Colombia[412] se permite la criopreservación de embriones, espermatozoides y óvulos. Por otra parte, en algunos países, como Argentina[413], Chile[414] y Uruguay[415], ya están tratando de tomar medidas para que los tratamientos de reproducción asistida se encuentren cubiertos por los programas o políticas de salud estatal.

256. La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas especificas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada[416]

411 *Cfr.* Resolución del Conselho Federal de Medicina n. 1.358 de 1992 (expediente de anexos al informe de fondo de la CIDH, tomo I, anexo 18, folios 425 a 428).

412 *Cfr.* Decreto 1546 de 1998, Presidente de la República de Colombia, Artículo 48 (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folios 8277 a 8303).

413 Proyecto de Ley que fue aprobado el 28 de junio de 2012 por la Cámara de Diputados donde se prevé que las obras sociales, las entidades de medicina prepaga y el sistema de salud pública deberán incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura integral e interdisciplinaria de los procedimientos que la Organización Mundial de la Salud define como "Reproducción Humana Asistida". Texto con los seis artículos disponibles aquí: *http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0492-D-2010.*

414 El perito Zegers declaró que aunque Chile "no discutió formalmente la cobertura de los tratamientos de infertilidad a nivel legislativo, sin embargo el gobierno ha destinado recursos económicos especiales al Fonda Nacional de Salud para cubrir los tratamientos de TRA a una población creciente de mujeres de bajos recursos". Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2824).

415 *Cfr.* Proyecto de Ley "Técnicas de reproducción asistida" aprobado por la Cámara de Representantes el 9 de octubre de 2012 y actualmente en estudio de la Comisión de Salud Pública del Senado. Disponible en: *http://www0.parlamento.gub.uy/indexdb/Distribuidos/ListarDistribuido.asp?URL=/distribuidos/contenido/camara/D20120417-0218-0997.htm&TIPO=CON* (última consulta el 28 de noviembre de 2012).

416 El artículo 31.3 b) de la Convención de Viena establece que: "[j]untamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado".

está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

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

257. En una interpretación teleológica se analiza el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado mismo y, de ser pertinente, analizar los propósitos del sistema regional de protección. En este sentido, tanto la interpretación sistemática como la teleológica están directamente relacionadas[417].

258. Los antecedentes que se han analizado hasta el momento permiten inferir 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 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.

259. En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir,

417 *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 59.

en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada "protección más amplia" en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar 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.

260. Al respecto, la Corte considera que otras sentencias en el derecho constitucional comparado procuran efectuar un adecuado balance de posibles derechos en conflicto y, por lo tanto, constituyen una relevante referencia para interpretar los alcances de la clausula "en general, desde la concepción" establecida en el artículo 4.1 de la Convención. A continuación se hace una alusión a algunos ejemplos jurisprudenciales en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero donde se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre.

261. En el ámbito europeo, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Alemania, resaltando el deber general del Estado de proteger al no nacido, ha establecido que "[l]a protección de la vida, […] no es en tal grado absoluta que goce sin excepción alguna de prevalencia sobre todos los demás bienes jurídicos"[418], y que "[l]os derechos fundamentales de la mujer […] subsisten de cara al derecho a la vida del *nasciturus* y consecuentemente han de ser protegidos"[419]. Asimismo, según el Tribunal Constitucional de España, "[l]a protección que la Constitución dispensa al `nasciturus´ [...] no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto"[420].-

418 BVerfG, Sentencia BVerfGE 88, 203, 28 de mayo de 1993, 2 BvF 2/90 y 4, 5/92, párr. D.I.2.b. (Traducción de la Secretaría de la Corte).

419 BVerfG, Sentencia BVerfGE 88, 203, 28 de mayo de 1993, 2 BvF 2/90 y 4, 5/92, párr. D.I.2.c.aa. (Traducción de la Secretaría de la Corte).

420 Tribunal Constitucional de España, Sentencia de Recurso Previo de Constitucionalidad 53/1985, 11 de abril de 1985, párr. 8.

262. Por su parte, en la región, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha señalado que "[e]s razonable y lógico que un Estado, en un determinado momento, proteja otros intereses […] como por ejemplo los de la potencial vida humana", lo cual debe ser ponderado con la intimidad personal de la mujer -la cual no puede entenderse como un derecho absoluto- y "otras circunstancias y valores"[421]. De otra parte, según la Corte Constitucional de Colombia, "[s]i bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida […] esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales"[422]. La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha señalado que ni de la Declaración Americana ni de la Convención Americana se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance de las normas penales que permiten el aborto en ciertas circunstancias, "por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto" como el previsto en el Código Penal argentino[423]. En similar sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México declaró que, del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos no se puede válidamente concluir que debe considerarse a la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos[424].

421 Corte Suprema de los Estados Unidos, *Caso Roe vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157 (1973)

422 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006, VI.5.

423 Corte Suprema de Justicia de Argentina, "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", Sentencia de 13 de marzo de 2012, F. 259. XLVI., Considerando 10.

424 *Cfr.* Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 28 de agosto de 2008, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. En particular, en la sentencia se indicó que: "En otros términos, podemos aceptar como verdadero que si no se está vivo no se puede ejercer ningún derecho, pero de ahí no podríamos deducir que el derecho a la

263. Por tanto, la Corte concluye que el objeto y fin de la cláusula "en general" del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

C.5) Conclusión de la interpretación del artículo 4.1

264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

D) Proporcionalidad de la medida de prohibición

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

vida goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho. Aceptar un argumento semejante nos obligaría a aceptar también, por ejemplo, que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida porque lo primero es una condición de lo segundo". Por su parte, el Superior Tribunal Federal de Brasil indicó que "para que al embrión —in vitro le fuese reconocido el pleno derecho a la vida, sería necesario reconocerle el derecho a un útero. Posición no prevista por la Constitución". Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 3.510 de 29 de mayo de 2008, pág. 5. (Para que ao embrião *"in vitro"* fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição).

265. La Comisión indicó que se cumplían los requisitos de legalidad, finalidad e idoneidad. Sin embargo, la Comisión consideró que en el análisis de idoneidad "puede tener incidencia" la evidencia científica de "que la técnica de reproducción asistida de la [FIV] impone un riesgo de pérdida de los embriones [… que] es comparable al proceso natural de reproducción". Sobre la necesidad de la medida, la Comisión señaló que "existían formas menos restrictivas para satisfacer el objetivo buscado por el Estado y acomodar los intereses en juego, como por ejemplo, a través de otras formas de regulación que podrían asimilarse más al proceso natural de concepción, tal como una regulación que disminuya el número de óvulos fecundados". Por último, arguyó que "existen suficientes elementos para concluir que la prohibición afectó de manera desproporcionada los derechos en juego", debido a que: i) "los derechos afectados, […] son particularmente relevantes para la identidad de una persona y su autonomía"; ii) "la protección de la vida en el ámbito internacional y constitucional comparado es[tá] habitualmente sujeta a grados de protección que se apli[can] de manera incremental"; iii) se debe considerar "el carácter severo de la afectación de los derechos involucrados", por cuanto "[e]l efecto fue equivalente a una anulación del ejercicio de sus derechos"; iv) "es viable considerar que la prohibición de la [FIV], en la práctica, no contribuye a una protección significativa de la vida de los embriones, en contraste con la alta frecuencia [de pérdida embrionaria] en el proceso natural de concepción", y v) es importante referirse a "la consistencia y coherencia en la acción estatal relativa a los embriones", ya que existirían "prácticas permitidas actualmente en Costa Rica [… que] implican un riesgo de fecundación de dichos óvulos, de pérdida embrionaria y de embarazos múltiples". La Comisión observó que la prohibición de la FIV "tuvo dos efectos que se encuentran bajo el alcance del derecho a la igualdad: i) impidió a las [presuntas] víctimas superar la situación de desventaja en la que se

encontraban a través del beneficio del progreso científico, en particular, de un tratamiento médico, y ii) tuvo un impacto específico y desproporcionado frente a las mujeres".

266. El representante Molina coincidió con la Comisión y agregó, respecto a la legalidad de la medida que la Sala Constitucional "exced[ió] sus facultades limitando al Poder Legislativo a ejercer su función primordial". Asimismo, argumentó que "la ambigüedad" en la formulación de la prohibición de la Sala Constitucional "genera[ba] dudas y abr[ía] el campo al arbitrio de la autoridad". Agregó que el fin de la sentencia era "la protección absoluta [del] derecho a la vida de los embriones humanos", por lo que lo consideró un "supuesto fin legítimo". Por su parte, negó la idoneidad de la medida por considerar la sentencia "un medio discriminatorio" y "arbitraria" que "no ponderó ni dimensionó entre los diferentes derechos convencionales". Por otra parte, argumentó que "[e]l Estado escogió la medida más lesiva de todas, la medida que anuló por completo la única posibilidad que las parejas tenían para realizar su decisión privada de convertirse en padres y madres biológicos".

267. El representante Molina alegó que la satisfacción del derecho a la vida no justifica la restricción de los derechos a la familia, honra y dignidad, e igualdad ante la ley. Calificó la infertilidad de las presuntas víctimas como "discapacidad por la cual se les había discriminado para tener una familia". Igualmente, argumentó que "el beneficio obtenido con la medida es nulo, mientras que el daño causado con la prohibición es máximo, [por lo que] no puede predicarse como proporcional la medida de la prohibición de la FIV". Además, argumentó que "la decisión de la Sala Constitucional […] incidió en una discriminación por una discapacidad reproductiva", considerando que la "sentencia establece una clara diferenciación entre […] parejas […] que pueden concebir naturalmente y […] parejas que solamente pueden hacerlo me-

diante métodos de reproducción asistida", y que "[l]a discriminación realizada por la Sala, no solamente es evidente en la sentencia como tal, sino en los efectos que la misma provocó sobre las personas y parejas que pretendían concebir mediante métodos de reproducción asistidos". Por último, consideró la sentencia como una "forma de discriminación en función de sus posibilidades económicas".

268. El representante May alegó que "[la infertilidad] es una enfermedad, una incapacidad y, por ende, una discapacidad del ser humano para fecundar o para concebir, en síntesis, una discapacidad para procrear". El representante May alegó que si bien la "prohibición absoluta" a la práctica de la FIV "podría parecer neutra", "no tiene el mismo efecto en cada persona[, sino…] produce un impacto desproporcionado en aquellos que son infértiles, negándoles la oportunidad de superar su condición física y concebir de una forma biológica".

269. El Estado alegó que la Comisión "ni siquiera ha cuestionado la legalidad de la medida adoptada por el Tribunal Constitucional" y "ha aceptado que la restricción […] constituye una limitación prevista en la ley y en el ordenamiento jurídico". Argumentó que "el fin buscado por el Estado costarricense al prohibir la [FIV] es legítimo, pues pretende proteger el derecho a la vida de los embriones". Aseveró que "la legitimidad del fin propuesto depende de cómo se defina la palabra 'concepción', púes si se equipara a la palabra 'fertilización', sí existiría idoneidad de la medida adoptada por el Estado al prohibir la" FIV. Respecto a la necesidad de la medida, arguyó que "la Comisión parte de una premisa equivocada y es la de señalar que en este caso el Estado costarricense pudo adoptar una medida menos restrictiva". Al respecto, argumentó que "ha quedado demostrado que en el estado actual de la ciencia, no existe evidencia de que la [FIV] ofrezca garantías de protección a la vida del non nato fecundado in vitro".

270. Respecto a la proporcionalidad de la medida, el Estado alegó que "al sopesar el perjuicio que la medida restrictiva genera en el titular de la libertad, y el beneficio que la colectividad obtiene a partir de ello al protegerse el valor más fundamental de la sociedad que es el derecho a la vida, el Estado debe necesariamente inclinar la balanza hacia esto último". Indicó que la "problemática asociada con la Fertilización in Vitro es el alto índice de muerte de los embriones humanos que son transferidos a la cavidad uterina por métodos artificiales". Citó algunos fenómenos "para explicar algunos de los problemas que pueden estar involucrados en la alta ineficiencia de la FIV": i) "el estado de maduración de los óvulos utilizados: la inducción de una multiovulación, que se realiza habitualmente para aplicar la FIV, se lleva a cabo con el tratamiento de gonadotropinas, pero con frecuencia, el estado de maduración de los óvulos obtenidos por este procedimiento es deficiente"; ii) "dado que en la [FIV] no se realizan los procedimientos de selección de espermatozoides normales y maduros que se dan en la naturaleza, en muchísimos casos la concepción se da a través de espermatozoides defectuosos"; iii) "el porcentaje de embriones que detienen su desarrollo entre las etapas de cigoto y blastocito es más elevada cuando la generación del desarrollo tiene lugar in vitro que en vivo […]. El embrión generado tiene una mejor viabilidad intrínseca que el creado in vitro; es decir, los embriones creados en el laboratorio están menos sanos", y iv) "se ha demostrado que el embrión envía señales para preparar el endometrio para la implantación, lo que podría explicar en parte por qué en el caso de la FIV, al no estar presente en el cuerpo de la mujer el embrión pre-implantado, la tasa de implantación es tan baja". En este sentido, argumentó que "[l]a única salida es la prohibición de la técnica, pues sólo de esta forma existe garantía para la vida del embrión desde la fecundación" y, por tanto, "no podría obligársele a ponderar en este caso de manera di-

ferente los derechos involucrados, pues no existe forma de hacerlo". Por otra parte, el Estado aseveró que "la Sentencia de la Sala Constitucional […] no es omisa en cuanto al juicio de ponderación[, ya que] se ha considerado que la proscripción constitucional de la técnica in vitro era necesaria para proteger el derecho a la vida de los embriones". Por su parte, agregó que "[el] hecho de que en Costa Rica la Sala Constitucional haya avalado la existencia del aborto terapéutico […] no resulta contradictorio con la prohibición de la" FIV, debido a que en ese caso "el juicio de ponderación debía realizarse entre el derecho a la vida de la madre y el derecho a la vida del embrión".

271. Finalmente, respecto a la alegada discriminación indirecta, el Estado señaló que "[l]a situación de infertilidad es una condición natural que no es inducida por el Estado". Asimismo, argumentó que "no existe consenso en que la infertilidad sea, per se, una enfermedad" o pueda "ser considerada una discapacidad". Al respecto, alegó que "[l]a concepcion asistida es distinta del tratamiento de una enfermedad", ya que la FIV no "cura" la infertilidad, pues "no constituye un tratamiento para modificar la situación que hace que una pareja o una persona sea infértil, sino que constituye un medio para sustituir el procedimiento natural de la fecundación". Por otra parte, arguyó que la prohibición de la FIV "no está orientada a establecer discriminación en contra de las personas que no pueden tener hijos de forma natural ni mucho menos contra las mujeres", pues la prohibición "estaba dirigida a todas las personas independientemente de su condición: solteras, casadas, mujeres u hombres, fértiles o infértiles". Por tanto, alegó que la prohibición de la FIV no ha tenido una "especial intensidad" en relación con las mujeres, así que no discrimina de forma indirecta, porque "no tiene su origen únicamente en problemas de las mujeres".

Consideraciones de la Corte

272. La Corte ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. A continuación se analizará la presunta justificación de la interferencia que ha efectuado el Estado en relación con el ejercicio de estos derechos.

273. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material[425], perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad[426]. En el presente caso, la Corte ha resaltado que el "derecho absoluto a la vida del embrión" como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana (*supra* párr. 264), razón por la cual no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estima pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión[427].

425 *Cfr. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 35 y 37.

426 *Cfr. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No.193, párr. 56, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 164.

427 *Caso Kimel vs. Argentina*, párr. 83, y *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, párr. 93.

274. Para esto, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia. Para efectuar esta ponderación se debe analizar: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro[428].

275. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el posible conflicto entre el derecho a la vida privada, que incluye a los derechos a la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, y "la posibilidad que se extiendan en ciertas circunstancias disposiciones de protección para el no nacido, debe ser resuelto ponderando varios […] derechos o libertades reclamados por una madre y un padre involucrados en una relación entre los dos o vis-á-vis con el feto"[429]. Dicho Tribunal ha expresado que una "consideración indebida de la protección de la vida prenatal o con base en que el derecho de la futura madre al respeto de su vida privada es de menor rango no constituye una ponderación razonable y proporcional entre derechos e intereses en conflicto"[430]. Asimismo, en el *Caso Costa y Pavan Vs. Italia*, el Tribunal Europeo consideró que la prohibición absoluta del diagnóstico preimplantacional no era proporcional, debido a la legislación nacional inconsistente respecto a los derechos reproductivos, que, prohibiendo el diagnóstico preimplantacional, permitía al mismo tiempo la terminación del embarazo si un feto posteriormente demostraba síntomas de una grave enfermedad detectable por el diagnóstico preimplantacional[431].

428 *Caso Kimel vs. Argentina*, párr. 84.

429 TEDH, *Caso Vo. vs. Francia*, (No. 53924/00), Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 80, y Caso *RR vs. Polonia*, (No. 27617/04), Sentencia de 26 de mayo de 2011, párr. 181

430 TEDH, *Caso A, B y C vs. Irlanda*, (No. 25579/05), Gran Cámara. Sentencia de 16 de diciembre de 2010, párr. 238.

431 *Cfr.* TEDH, *Caso Costa y Pavan vs. Italia*, (No. 54270/10), Sentencia de 28 de agosto de 2012, párr. 71.

276. La Corte efectuará una ponderación en la que analizará: i) la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar y los demás derechos involucrados en el presente caso. Asimismo, esta severidad es analizada desde el impacto desproporcionado relacionado con: ii) la discapacidad; iii) el género, y iv) la situación socioeconómica. Finalmente se evaluará: v) la controversia sobe la alegada pérdida embrionaria.

D.1) Severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso

277. Como se indicó anteriormente (*supra* párr. 144), el alcance del derecho a la vida privada y familiar ostenta una estrecha relación con la autonomía personal y los derechos reproductivos. La sentencia de la Sala Constitucional tuvo el efecto de interferir en el ejercicio de estos derechos de las presuntas víctimas, toda vez que las parejas tuvieron que modificar su curso de acción respecto a la decisión de intentar tener hijos por medio de la FIV. En efecto, la Corte considera que una de las injerencias directas en la vida privada se relaciona con el hecho de que la decisión de la Sala Constitucional impidió que fueran las parejas quienes decidieran sobre si deseaban o no someterse en Costa Rica a este tratamiento para tener hijos. La injerencia se hace más evidente si se tiene en cuenta que la FIV es, en la mayoría de los casos, la técnica a la que recurren las personas o parejas después de haber intentado otros tratamientos para enfrentar la infertilidad (por ejemplo, el señor Vega y la señora Arroyo se realizaron 21 inseminaciones artificiales) o, en otras circunstancias, es la única opción con la que cuenta la persona para poder tener hijos biológicos, como en el caso del señor Mejías Carballo y la señora Calderón Porras (*supra* párrs. 85 y 117).

278. La Corte ha señalado que la injerencia en el presente caso no se relaciona con el hecho de no haber podido tener hijos (*supra* párr.

161). A continuación se analiza el grado de severidad de la afectación del derecho a la vida privada y a fundar una familia, y del derecho a la integridad personal, teniendo en cuenta el impacto de la prohibición de la FIV en la intimidad, autonomía, salud mental y a los derechos reproductivos de las personas.

279. En primer lugar, la prohibición de la FIV impactó en la intimidad de las personas, toda vez que, en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada. Al respecto, la señora Bianchi Bruna señaló que:

> a la pareja, a nosotros como esposos el estrés económico que significa sacar esta cantidad de dinero lo más antes posible, porque aquí prima también un factor de tiempo que es muy importante, ya tiene uno un diagnóstico [...] y no se sabe en cuanto tiempo uno puede recaudar esa suma, menos si va a tener que recaudarla varias veces, el estrés de este tipo que tiene que enfrentar una pareja, cuántas parejas no se separan por estrés económico comunes y corrientes, es enorme la falta de privacidad en el hecho de que laboralmente todos mis empleadores tenían que darse cuenta que yo me estaba sometiendo a este tratamiento porque tenía que estar constantemente pidiendo permiso, al mismo tiempo que decía tengo que renunciar justo antes de que tenga que irme de viaje porque nadie me va a dar permiso para irme de viaje en 24, con notificación de 24 horas, el seguimiento me lo podían hasta 24 horas antes de viajar, después tenía que viajar con 24 horas de notificación a Colombia y de ahí en adelante me seguían el procedimiento durante 5 días y luego tenía que volver a Costa Rica a hacerme 10 días después la prueba de embarazo y luego seguirme el embarazo. Esto conllevaba que todo el mundo se diera cuenta [...] La intimidad es totalmente violada, todo mundo no solamente se entera que aunque sea la mujer la que es infértil todo mundo asume que la pareja también lo es o que no ha sido capaz de producir esa procreación, eso para él fue muy difícil también, asimismo de tener que estarme

apoyando constantemente en cosas que realmente no entiende [...], me sometió a un estrés social y familiar puesto que mi familia se vio dividida de repente[432].

280. En este sentido, la señora Henchoz Bolaños expl¡có similares cargas adicionales que es posible inferir que no hubieran surgido si hubiera podido acceder a la FIV en su país. Señaló, respecto a su viaje a Europa para acceder a la FIV, que "el mismo día que llega[ron] tuvi[eron] que buscar el hotel, tuvi[eron] que buscar la clínica, el doctor, nunca había[n] ido a Europa, […] es un lugar totalmente extraño, estaba sin [su] familia, sin [sus] seres queridos, estaba[n] solos, [s]e sentía como expatriada, así [s]e sentía. Llega[ron], encontra[ron] el médico, un médico que no [los] conoce, que no sabe ni quien [eres]"[433].

281. En segundo lugar, respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observa que la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV, como ocurría en los casos del señor Mejías y la señora Calderón Porras. En similar sentido, la señora Arroyo Fonseca, quien había intentado varias inseminaciones y quien a la postre pudo tener hijos, manifestó que en su momento "no tuv[o] la oportunidad de superar [su] problema de infertilidad con una técnica de reproducción asistida que [en ese momento l]e hubiera permitido tener más hijos"[434].

282. En tercer lugar, se vio afectada la integridad psicológica de las personas al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada. Al respecto,

432 Declaración de la señora Bianchi Bruna en la audiencia celebrada el 28 de octubre de 2008 ante la Comisión Interamericana.

433 Declaración de la señora Ileana Henchoz rendida en la audiencia pública celebrada en el presente caso.

434 Declaración jurada de la señora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XI, folio 5266).

una de las víctimas expresó que, después de la prohibición, él y su pareja, "ca[yeron] en una etapa de depresión tremenda, [ella] lloraba todo el tiempo, se encerraba en el cuarto y se negaba a salir, [l]e recordaba a cada rato la ilusión de tener a [su] hijo, de los nombres que les teníamos […]. También [les] tocó vivir otras amargas experiencias, por ejemplo, deja[ron] de ir a la Iglesia porque cada domingo era un martirio ir a la misa y escuchar al padre referirse a las personas que querían [la FIV] como personas que mataban niños y lo que Dios reprochaba y abominaba a esos niños […]. No volvi[eron] a ninguna iglesia, y [se] sentí[eron] abandonados por el mismo Dios"[435].

283. Por su parte, la señora Carro Maklouf expresó que sintió "una indescriptible intromisión a [su] vida privada" y recalcó que para sus otros hijos "también era una ilusión tener un hermanito, ya que ellos eran adultos, y el tema se había convertido en un proyecto familiar, ellos también sufrieron a [su] lado todo el dolor que [l]e dejaba esta resolución de la Sala Constitucional"[436]. Por su parte, la señora Bianchi Bruna explicó que cuando la FIV como "última opción […] había sido prohibida [,…] sent[ió] un torbellino de dolor e incredulidad dando vueltas en [su] mente". Por su parte, la señora Artavia Murillo declaró que la decisión estatal "llev[ó] al fracaso de [su] relación matrimonial por las depresiones que sufri[eron] a raíz de tal prohibición (fertilización in vitro) tanto de [su] ex marido como las [suyas] siendo esto que lo mejor fuera que termináramos la misma, dejando aun una herida más grande, y con un daño moral incalculable"[437].

284. De manera que, por las razones señaladas, las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto

435 Declaración jurada (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo IV, anexo XXI, folio 5620).

436 Declaración jurada de Claudia María Carro Maklouf "Historia de vida" (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4140).

437 Escrito de la señora Artavia y el señor Mejías de 19 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4077).

a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. Pero también existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, aspectos relacionados con lo alegado por las partes respecto a la posible discriminación indirecta en el presente caso.

D.2) Severidad de la interferencia como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica

285. La Corte Interamericana ha señalado reiteradamente que la Convención Americana no prohíbe todas las distinciones de trato. La Corte ha marcado la diferencia entre "distinciones" y "discriminaciones"[438], de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos. En el presente caso, los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad se relacionan con la protección del derecho a la vida privada y familiar, y el derecho de fundar una familia, y no de la aplicación o interpretación de una determinada ley interna que regule la FIV. Por tanto, la Corte no analizará la presunta violación del derecho a la igualdad y no discriminación en el marco

438 Sobre el concepto de "discriminación", si bien la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contienen una definición de este término, la Corte y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han tomado como base las definiciones contenidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer para sostener que la discriminación constituye "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas". *Cfr*. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7, y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 92.

del artículo 24[439] sino a la luz del artículo 1.1[440] de la Convención en relación con los artículos 11.2 y 17 de la misma[441].

286. El Tribunal ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos[442]. El Comité de Derechos Humanos[443], el Comité contra la Discriminación Racial[444], el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[445] y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[446] han reconocido el concep-

439 El artículo 24 de la Convención (Igualdad ante la Ley) estipula que:

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

440 El artículo 1.1 de la Convención Americana (Obligación de Respetar los Derechos) dispone que:

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

441 La Corte ha afirmado que si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24. *Cfr. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209, y *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párr. 272.

442 *Cfr.Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, párr. 141, y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 88.

443 *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, Comunicación No.993/2001, Althammer v. Austria, 8 de agosto de 2003, párr. 10.2. ("que el efecto discriminatorio de una norma o medida que es a primera vista neutra o no tiene propósito discriminatorio también puede dar lugar a una violación de la protección igual ante la ley"), y Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación.

444 *Cfr.* Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comunicación No. 31/2003, *L.R. et al. vs. Slovaquia*, 7 de marzo de 2005, párr. 10.4.

445 *Cfr.* Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 25 referente a medidas especiales de carácter temporal (2004), párr. 1 ("puede haber discriminación indirecta contra la mujer cuando las leyes, las políticas y los programas se basan en criterios que aparentemente son neutros desde el punta de vista del género pero que, de hecho, repercuten negativamente en la mujer").

446 *Cfr.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de julio de 2009.

to de la discriminación indirecta. Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas[447]. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba. Al respecto, el Comité sobre las Personas con Discapacidad ha señalado que "una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique"[448]. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha desarrollado el concepto de discriminación indirecta, estableciendo que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionadamente prejudicial en un grupo particular, esta puede ser considerada discriminatoria aún si no fue dirigido específicamente a ese grupo[449].

287. La Corte considera que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, razón por la cual se entra a analizar si en el presente caso existió un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica.

D.2.a) Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad

288. La Corte toma nota que la Organización Mundial por la Salud (en adelante "OMS") ha definido la infertilidad como "una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales

447 *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. *Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251, párr. 234.

448 *Cfr*. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comunicación No. 3/2011, *Caso H. M. vs. Suecia*, CRPD/C/7/D/3/2011, 19 de abril de 2012, párr. 8.3.

449 TEDH, *Caso Hoogendijk vs. Holanda*, No. 58641/00, Sección Primera, 2005; TEDH, Gran Camara, *D. H. y otros vs. República Checa*, No. 57325/00, 13 de noviembre de 2007, párr. 175, y TEDH, *Caso Hugh Jordan vs. Reino Unido*, No. 24746/94, 4 de mayo de 2001, párr. 154.

no protegidas" (*supra* párr. 62). Según el perito Zegers-Hochschild, "la infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso […]. [G]enera angustia, depresión aislamiento y debilita los lazos familiares". La perita Garza testificó que "[e]s más exacto considerar la infertilidad como un síntoma de una enfermedad subyacente. Las enfermedades que causan infertilidad tienen un doble efecto…dificultando el funcionamiento de la infertilidad, pero también causando, tanto a corto como a largo plazo, problemas de salud para el hombre o la mujer". En sentido similar, la Asociación Médica Mundial ha reconocido que las tecnologías reproductivas "difieren del tratamiento de enfermedades en que la incapacidad para ser padres sin ayuda médica no siempre se considera una enfermedad. Aun cuando pueda tener profundas consecuencias psicosociales, y por tanto médicas, no es en sí misma limitante de la vida. Sin embargo, sí constituye una causa significativa de enfermedades mentales graves y su tratamiento es claramente médico"[450].

289. Del artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante "CDPD") se desprende el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva[451]. Mientras que el pe-

450 The World Medical Association, Statement on Assisted Reproductive Technologies, adopted by the WMA General Assembly, Pilanesberg, South Africa, October 2006, disponible en: *http://www.wma.net/e/policy/r3.htm*, para 6. [traducción de la Secretaría de la Corte]. Declaración citada en el informe de fondo de la Comisión Interamericana (expediente de fondo, tomo I, nota de pie 36) y en la contestación de la demanda (expediente de fondo, tomo III, folio 1086).

451 El Artículo 25.1 establece que: Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención

rito Caruso consideró que solo se puede hablar de la infertilidad como discapacidad en determinadas condiciones y supuestos, y por tanto sólo en casos específicos[452]. El perito Hunt observó que "la infertilidad involuntaria es una discapacidad"[453], considerando que:

> "[e]l Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la cual Costa Rica es Parte, reconoce que la `discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás´. De acuerdo al modelo biopsicosocial de la OMS sobre discapacidad, ésta tiene uno o más de los tres niveles de dificultad en el funcionamiento humano: un impedimento físico psicológico; una limitación de una actividad debido a un impedimento (limitación de una actividad) y una participación restringida debido a una limitación de actividad. De acuerdo a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de la OMS, los impedimentos incluyen problemas en el funcionamiento del cuerpo; las limitaciones de las actividades son dificultades que una persona puede tener al realizar una actividad; y las participaciones restringidas son problemas que una persona puede experimentar en diversas situaciones de la vida"[454].

290. El Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), en su artículo 18, señala que "[t]oda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su

de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población".

452 Declaración rendida por el perito Anthony Caruso en la audiencia pública celebrada en el presente caso.

453 Declaración del perito Paul Hunt rendida ante fedatario público (expediente de fondo, tomo VI, folio 2650).

454 Declaración del perito Paul Hunt, folio 2650.

personalidad". La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante "CIADDIS") define el término "discapacidad" como "una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social". Por su parte, la CDPD establece que las personas con discapacidad "incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". La discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras existentes en el entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades[455].

291. En las Convenciones anteriormente mencionadas se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva[456]. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, actitudinales[457] o socioeconómicas[458].

455 El Preámbulo de la CDPD reconoce que "la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

456 *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 133.

457 *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 133. *Cfr.* Asamblea General de la ONU, Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, GA/RES/48/96, 4 de marzo de 1994, Cuadragésimo octavo período de sesiones, párr. 3 ("en lo que respecta a la discapacidad, también hay muchas circunstancias concretas que han influido en las condiciones de vida de las personas que la padecen: la ignorancia, el abandono, la superstición y el miedo son factores sociales que a lo largo de toda la historia han aislado a las personas con discapacidad y han retrasado su desarrollo").

458 *Cfr. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 104, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 133. *Cfr.* también

292. Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre[459], como la discapacidad[460]. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad[461], con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras[462].

293. Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (*supra* párr. 288), la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa

Artículo III.2 de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, Personas con Discapacidad, U.N. Doc. E/C.12/1994/13 (1994), 12 de septiembre de 1994, párr. 9.

459 *Cfr. Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrs. 111 y 113, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, párr. 244.

460 *Cfr. Caso Ximenes Lópes vs. Brasil*, párr. 103, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 134.

461 *Cfr. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 134. *Cfr.* Artículo 5 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

462 *Cfr. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 134, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, párr. 13.

Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.

D.2.b) Discriminación indirecta en relación con el género

294. La Corte considera que la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad.

295. Respecto a la situación de las mujeres infértiles, el perito Hunt explicó que "en muchas sociedades se le atribuye la infecundidad en gran medida y en forma desproporcionada a la mujer, debido al persistente estereotipo de género que define a la mujer como la creadora básica de la familia". Citando las conclusiones de investigaciones del Departamento de Salud Reproductiva e Investigaciones Conexas de la Organización Mundial de la Salud (OMS), señaló que:

> [l]a responsabilidad por la infecundidad es comúnmente compartida por la pareja. [...] Sin embargo, por razones biológicas y sociales, la culpa por la infecundidad no es compartida en forma equilibrada. La carga psicológica y social de la fecundidad, en la mayoría de las sociedades, es muy superior sobre la mujer. La condición de una mujer se identifica con frecuencia en su fecundidad, y la falta de hijos puede ser vista como una desgracia social o causa de divorcio. El sufrimiento de la mujer infecunda puede ser muy real"[463].

463 Declaración del perito Paul Hunt rendida ante fedatario público (expediente de fondo, tomo VI, folio 2206).

296. La Corte observa que la OMS ha señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad. En estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo[464]. Según datos de la Organización Panamericana de la Salud, existe una brecha de género con respecto a la salud sexual y reproductiva, por cuanto las enfermedades relacionadas con la salud sexual y reproductiva tienen el impacto en aproximadamente el 20% entre las mujeres y el 14% de los hombres[465].

297. El Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer ha señalado que cuando una "decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre", ésta resulta discriminatoria[466]. La Corte considera que en el presente caso se está ante una situación parecida de influencia de estereotipos, en la cual la Sala Constitucional dio prevalencia absoluta a la protección de los óvulos fecundados sin considerar la situación de discapacidad de algunas de las mujeres.

298. Por otra parte, la perita Neuburger explicó que "[e]l modelo de identidad de género es definido socialmente y moldeado por la cultura; su posterior naturalización obedece a determinantes socioeconómicos, políticos, culturales e históricos. Según estos determinantes, las mujeres

464 Preámbulo, *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction: Report of the meeting on "Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction"*, Ginebra: OMS (2002) XV-XVII al XV. Citado en la Declaración del perito Paul Hunt rendida ante fedatario público (expediente de fondo, tomo VI, folio 2206).

465 *Cfr*. Organización Panamericana de la Salud (OPS), 'Capitulo 2: Condiciones de Salud y Tendencias' en Salud en las Américas 2007 Volumen I Regional, Washington, 2007, página. 143. Citado en la Declaración del perito Paul Hunt rendida ante fedatario público (expediente de fondo, tomo VI).

466 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Caso L.C. vs. Perú*, Com. Nº 22/2009, § 8.15, Doc. ONU CEDAW/c/50/D/22/2009 (2011).

son criadas y socializadas para ser esposas y madres, para cuidar y atender el mundo íntimo de los afectos. El ideal de mujer aún en nuestros días se encarna en la entrega y el sacrificio, y como culminación de estos valores, se concreta en la maternidad y en su capacidad de dar a luz. […] La capacidad fértil de la mujer es considerada todavía hoy, por una buena parte de la sociedad, como algo natural, que no admite dudas. Cuando una mujer tiene dificultades fértiles o no puede embarazarse, la reacción social suele ser de desconfianza, de descalificación y en ocasiones hasta de maltrato. […] El impacto de la incapacidad fértil en las mujeres suele ser mayor que en los hombres, porque […] la maternidad le[s] ha sido asignada como una parte fundante de su identidad de género y transformada en su destino. El peso de su autoculpabilización aumenta en un grado extremo cuando surge la prohibición de la FIV […]. Las presiones familiares y sociales constituyen una carga adicional que incrementa la autoculpabilización"[467].

299. Por otra parte, si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas.

300. Al respecto, el Tribunal resalta que se interrumpió el proceso inicial de la FIV (inducción a la ovulación) en varias de las parejas, como por ejemplo en las parejas conformadas por la señora Artavia Murillo y el señor Mejías Carballo (*supra* párr. 87), el señor Yamuni y la señora Henchoz (*supra* párr. 92), la señora Arroyo y el señor Vega (*supra* párr. 108), el señor Vargas y la señora Calderón (*supra* párr. 118), y el señor Acuña y la señora Castillo (*supra* párr. 121). Este tipo de interrupción en la continuidad de un tratamiento, tiene un impacto diferenciado

467 Declaración ante fedatario público de la perita Alicia Neuburger (expediente de fondo, tomo V, folios 2519 y 2520).

en las mujeres porque era en sus cuerpos donde se concretizaban intervenciones como la inducción ovárica u otras intervenciones destinadas a realizar el proyecto familiar asociado a la FIV. Por otra parte, las mujeres podrían acudir a la FIV sin necesidad de una pareja. La Corte concuerda con la Comité de la CEDAW cuando ha resaltado que es necesario considerar "los derechos de salud de las mujeres desde una perspectiva que tome en cuenta sus intereses y sus necesidades en vista de los factores y los rasgos distintivos que las diferencian de los hombres, a saber: (a) factores biológicos [...], tales como [...] su función reproductiva"[468].

301. Por su parte, respecto a la situación de los hombres infértiles, el señor Mejías Carballo declaró que le da "miedo formar una pareja de nuevo". Agregó que "fue muy duro, después [de la prohibición de la FIV] empezaron los problemas donde ya era como una exigencia el querer tener un hijo, que los años pasaban, que llegaban cumpleaños, que llegaba un día de la madre, un día del padre, una navidad, donde todos [sus] hermanos y sobrinos entregaban los regalos a sus hijos, y […] llegaba un día de la madre, y otro año más del día de la madre y [él] sin hijo, o sea todo eso a uno lo va acosando moralmente"[469]. Mientras que el señor Vargas manifestó que "por años yo [s]e sent[ió] menos, no [s]e sentía hombre, creía que [su] imposibilidad para concebir un hijo era una falta de hombría y así [s]e castig[ó] sólo en el silencio de [su]s pensamientos y en el dolor de miles de lágrimas que [s]e trag[o] para que tampoco [lo] vieran llorar[470]". Por su parte, el señor Sanabria León explicó que recibió "el mensaje de imposibilidad y de la mano con eso [s]e sint[ió] discapacitado, [su] percepción de [s]i mismo se afecta nega-

468 *Cfr.* Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24, párr. 12.

469 *Cfr.* Declaración rendida por el señor Mejías Carballo durante la audiencia pública celebrada en el presente caso.

470 *Cfr*. Declaración jurada de Giovanni Vargas (expediente de anexos al escrito de argumentos y pruebas, tomo IV, folio 5281).

tivamente y [se] enoj[ó] y [se] resi[ntió] con [su] cuerpo, [s]e rechaz[ó], en fin, la imagen de [s]i mismo se ve severamente desvalorizada"[471]. La perita Neuburger explicó que "[a] los hombres la discapacidad fértil les ocasiona un fuerte sentimiento de impotencia y como resultado un cuestionamiento de su identidad de género. El ocultamiento social de su disfunción fértil suele ser estrategia defensiva por el temor a la burla y el cuestionamiento de otros hombres"[472].

302. La Corte resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos. El Tribunal no está validando dichos estereotipos y tan sólo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional.

D.2.c) Discriminación indirecta en relación con la situación económica

303. Finalmente, la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero[473]. Consta del expediente que Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Oriéster Rojas, Julieta Gonzalez, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña, Geovanni Vega, Joaquinita Arroyo, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano y María del Socorro Calderón Porras no tenían los recursos económicos para realizar de manera exitosa el tratamiento de la FIV en el extranjero[474].

471 Declaración jurada de Viktor Sanabria León (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4937).

472 Declaración de la perita Alicia Neuburger ante fedatario público (expediente de fondo, tomo V, folios 2519 y 2520).

473 *Cfr.* artículo 1.1 de la Convención Americana ("Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de […] *posición económica*")

474 *Cfr.* Declaración jurada de Oriéster Rojas (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo II, folio 4516).

304. El señor Mejías Carballo, en su testimonio durante la audiencia pública ante esta Corte, declaro que él y su ex esposa se sintieron "muy tristes […] porque no podía salir a otro país porque no tenía el dinero, ya no podía acá en Costa Rica porque lo habían prohibido"[475]. En su declaración jurada, la señora Artavia Murillo indicó que ella y su ex pareja se sintieron "totalmente desesperados y con tremendas frustraciones, comenza[ron] a tener muchas diferencias entre [ellos] al ver truncadas las esperanzas de ser padres, asociado a la imposibilidad de ir al extranjero a realizarme tal práctica por falta de dinero, conllevando con ello una disminución efectiva de la utilidad individual y por tanto una pérdida neta de [su] bienestar social"[476]. Ana Cristina Castillo León explicó que "no tenía[n] los recursos económicos necesarios para ir al extranjero en busca de una" FIV[477]. Asimismo, el señor Vargas expreso que "la única alternativa a considerar era viajar a España o Colombia a practicar la FIV, sin embargo los costos asociados se triplicaban para [ellos] y sencillamente [se] sentí[eron] vencidos, discriminados y castigados por un Tribunal que [les] cercenaba la posibilidad de acceder a un tratamiento médico que en el resto de los países del mundo era permitido[478]".

D.3) Controversia sobre la alegada pérdida embrionaria

305. Como ha sido señalado anteriormente (*supra* párr. 76), la Sala Constitucional justificó la prohibición de la FIV en la "elevada pérdida

475 De igual manera, el señor Mejías declaró que querían ir al exterior para realizar el tratamiento pero "no tenía dinero y ya había gastado bastante y [él] viv[e] de una renta del Estado, y bien [se] sabe que las rentas del Estado no son lo suficiente para cubrir un gasto de estos, entonces no pudi[eron] ir". *Cfr.* Declaración rendida por el señor Mejías Carballo durante la audiencia pública celebrada en el presente caso.

476 *Cfr.* Declaración escrita de Grettel Artavia Murillo (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4077)

477 *Cfr.* Testimonio de Ana Cristina Castillo León (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4102).

478 *Cfr.* Declaración jurada de Geovanni Vargas (expediente de anexos al escrito de argumentos y pruebas, tomo IV, folio 5280).

de embriones", su "riesgo desproporcionado de muerte", y la inadmisibilidad de realizar una comparación entre la pérdida de embriones en un embarazo natural con la pérdida en una FIV. El Estado consideró que "al día de hoy la técnica de la [FIV] implica el descarte, por acción y omisión, de embriones, que, de otra forma, podrían desarrollarse a término". La Sala Constitucional señaló que:

> No es de recibo […] el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la [FIV] implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar[479].

306. Al respecto, la Corte observa que el Decreto declarado inconstitucional por la Sala Constitucional contaba con medidas de protección para el embrión, por cuanto establecía el número de óvulos que podían ser fecundados. Además, prohibía "desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes". En este sentido, existían medidas para que no se generara un "riesgo desproporcionado" en la expectativa de vida de los embriones. Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en dicho Decreto, la única posibilidad de pérdida de embriones que era viable, era si éstos no se implantaban en el útero de la mujer una vez se realizara la transferencia embrionaria.

307. La Corte considera necesario profundizar en este último aspecto a partir de la prueba producida en el proceso ante el Tribunal en rela-

479 Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 85).

ción con las similitudes y diferencias respecto a la pérdida de embriones tanto en los embarazos naturales como en la FIV.

308. La Sala Constitucional fundamentó la prohibición de la FIV en la diferencia respecto a la pérdida de embriones transferidos por la FIV y embriones perdidos en un embarazo natural, considerando que al aplicar la FIV existía una "manipulación consciente [y] voluntaria" de los embriones. El Tribunal observa que existe un debate científico sobre las tasas de pérdida de embriones en el proceso natural y de reproducción asistida. En el proceso ante la Corte se han presentado distintas posiciones médicas respecto a la causa de pérdida embrionaria tanto en la aplicación de la FIV como en el embarazo natural, así como el porcentaje de pérdidas en los dos casos. El perito Zegers-Hochschild señaló que "[l]a información científica generada enseña que "la muerte embrionaria que ocurre en los procedimientos de FIV no ocurre como resultado directo de la técnica, [sino] ocurre como parte del proceso con que se expresa nuestra naturaleza"[480], y que "[e]n mujeres que poseen óvulos sanos, la posibilidad de concebir a partir de un embrión generado *in vitro* no se diferencia de uno generado de manera espontánea"[481]. Por su parte, la perita Garza manifestó que "la mortalidad de los embriones es de alrededor de 30% en circunstancias naturales y para la FIV se estima que la pérdida embrionaria es de alrededor de 90%". Sin embargo, aclaró que "es difícil estimar la mortalidad exacta embrionaria en circunstancias naturales, ya que algunas pérdidas no se pueden detectar en embarazos tempranos". El perito Caruso aseveró que "la tasa de pérdida es mucho más alta" en la FIV que "en la concepción natural"[482].

480 Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2835).

481 Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2839).

482 Declaración ante fedatario público de la perita Garza.

309. No le corresponde a la Corte determinar cuál teoría científica debe prevalecer en este tema ni corresponde analizar a profundidad cuál perito tiene la razón en estos temas que son ajenos a la experticia de la Corte. Para el Tribunal es suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente es concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones. Asimismo, tanto el perito Zegers como el perito Caruso concordaron en señalar que las estadísticas sobre pérdida embrionaria en los embarazos naturales son poco medibles a comparación con la medición de las pérdidas en la FIV, lo cual limita el alcance que se procura dar a algunas de las estadísticas que se han presentado ante la Corte[483].

310. Tomando bajo consideración que la pérdida embrionaria ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, el argumento de la existencia de manipulación consciente y voluntaria de células en el marco de la FIV sólo puede entenderse como ligado al argumento desarrollado por la Sala Constitucional en torno a la protección absoluta del derecho a la vida del embrión, el cual ha sido desvirtuado en secciones anteriores de la presente Sentencia (*supra* párr. 264). Por el contrario, la Corte observa que el perito Zegers-Hochschild resaltó que "[e]l proceso generativo de la vida humana incluye la muerte embrionaria como parte de un proceso natural y necesario. De cada 10 embriones generados espontáneamente en la especie humana, no más de 2 a 3 logran sobrevivir a la selección natural y nacer como una persona. Los

483 Durante la audiencia pública la Comisión interrogó al perito Caruso en este punto, indicando que tanto en la FIV como en el proceso natural de concepción existe perdida embrionaria y resaltando que la diferencia sería que en la FIV es posible medir esas pérdidas. La Comisión indagó si la diferencia sería entonces que en la FIV simplemente es posible medir esas pérdidas. El perito Caruso contestó que "In IVF you can say to a certain extent, you can answer that question somewhat. The differences, as I've said before is that there is a very big difference between the environment of the natural in fallopian tube and the dish with medium in an incubator at 95 degrees and 5% CO2 in an IVF lab. So yes, you are going to see an IVF you can quantity the loss of the embryos that you have. No.1, you cannot extrapolate that back to compare it to natural pregnancy laws. And 2. There may be reasons beyond the nature that those embryos are lost". *Cfr*. Declaración rendida por el perito Anthony Caruso en la audiencia pública celebrada en el presente caso.

restantes 7 a 8 embriones mueren en el tracto genital femenino, la mayor de las veces, sin conocimiento de su progenitora"[484].

311. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV. El Tribunal comparte el concepto del perito Zegers-Hochschild según el cual "[e]s fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa *proteger* el derecho a la vida de lo que significa *garantizar* el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones responsables de las [técnicas de reproducción asistida], es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer […]". El Tribunal reitera que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida (*supra* párr. 66).

484 Declaración rendida por el perito Zegers en la audiencia pública del presente caso. Precisó al respecto que "Los resultados de TRA varían significativamente según la edad de la mujer y el número de embriones transferidos y en algunos casos, de la gravedad de la condición que generó la enfermedad. […] [L]a proporción de óvulos cromosómicamente anormales es muy alta en la especie humana. Esto hace que un porcentaje mayoritario de óvulos fecundados no progresan en su desarrollo embrionario, y una proporción elevada de embriones transferidos no se implanten y no generan un embarazo. […] Del análisis de estos datos se desprende que […] [l]a técnica de la FIV o [la inyección intracitoplasmática de espermatozoides] ICSI, no genera embriones de menor valor biológico que los generados de manera espontánea en el cuerpo de la mujer[, y] […] que la muerte embrionaria como parte de un tratamiento médico, no ocurre como resultado directo de la técnica, sino como resultado de mala calidad ovocitaria y embrionaria que son connaturales a la mujer y al hombre. En mujeres que poseen óvulos sanos, la posibilidad de concebir a partir de un embrión generado *in vitro* no se diferencia de uno generado de manera espontánea. La FIV/ICSI en sí mismo, no afectan la posibilidad de implantación y concepción Así, las menores tasas de embarazo en mujeres con FIV no se deben a la interferencia de la técnica; sino que mayoritariamente al resultado de la enfermedad subyacente que determina un menor rendimiento reproductivo. […] [E]l proceso generativo de la vida humana incluye la muerte embrionaria como parte de un proceso natural y necesario. De cada 10 embriones generados espontáneamente en la especie humana, no más de 2 a 3 logran sobrevivir a la selección natural y nacer como una persona. Los restantes 7 a 8 embriones mueren en el tracto genital femenino, la mayor de las veces, sin conocimiento de su progenitora. La pregunta que debe responderse es si los TRA como la FIV o el ICSI contribuyen a que mueran embriones por el hecho de haberlos fecundado fuera del cuerpo de la mujer y luego transferidos a ella. La respuesta a esta pregunta es que ni la FIV ni el ICSI, afectan la posibilidad de sobrevida de embriones y ciertamente no los matan".

312. La Corte observa también que Costa Rica permite las técnicas de inseminación artificial, cuando el uso de estas técnicas tampoco garantiza que cada óvulo lleve a un embarazo, implicando así la posible pérdida de embriones. La decisión de quedar en embarazo, incluso por fecundación natural, también puede estar precedida de una acción consciente que tome medidas para aumentar la probabilidad de que el óvulo sea fecundado. Según los alegatos finales del Estado:

> La inseminación artificial es uno de los tratamientos que ofrece la Caja Costarricense del Seguro Social. En ocasiones como consecuencia del tratamiento hormonal y como respuesta individual, las pacientes pueden presentar mayor estimulación ovárica de la esperada, por ende cuando esa producción de folículos es de 6 o más en ambos ovarios, se cancela el ciclo[485].

313. En suma, tanto en el embarazo natural como en técnicas como la de la inseminación artificial existe pérdida embrionaria. La Corte observa que existen debates científicos sobre las diferencias entre el tipo de pérdidas embrionarias que ocurren en estos procesos y las razones de las mismas. Pero lo analizado hasta el momento permite concluir que, teniendo en cuenta las pérdidas embrionarias que ocurren en el embarazo natural y en otras técnicas de reproducción que se permiten en Costa Rica, la protección del embrión que se busca a través de la prohibición de la FIV tiene un alcance muy limitado y moderado.

D.4) Conclusión sobre el balance entre la severidad de la interferencia y el impacto en la finalidad pretendida

314. 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 integri-

485 Alegatos finales escritos del Estado (expediente de fondo, tomo XI , folio 5314).

dad 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, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica.

315. En contraste, 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. La Corte resalta que el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal (*supra* párr. 264).

316. Por tanto, la Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios. Además, teniendo en cuenta estas conclusiones sobre la ponderación y lo ya señalado respecto al artículo 4.1 de la Convención (*supra* párr. 264), la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional.

E) Conclusión final sobre el fondo del caso

317. Por todo lo anteriormente reseñado durante el presente capítulo, la Corte declara la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de

Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, Maria del Socorro Calderón P., Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

IX

REPARACIONES

(*Aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana*)

318. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana[486], la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente[487] y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado[488].

319. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la

486 El artículo 63.1 de la Convención Americana establece que "[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

487 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 238.

488 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, párr. 25, y Caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 238

situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron[489]. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados[490].

320. Este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho[491].

321. De acuerdo con las consideraciones expuestas sobre el fondo y las violaciones a la Convención Americana declaradas en el capítulo anterior, el Tribunal procederá a analizar los argumentos y recomendaciones presentados por la Comisión y las pretensiones de los representantes, así como los argumentos del Estado, a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza y el alcance de la obligación de reparar[492], con el objeto de disponer las medidas dirigidas a reparar los daños ocasionados a las víctimas.

489 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, párr. 25, y Caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 245.

490 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas,* párr. 25, y Caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala,* párr. 248.

491 *Cfr. Caso Ticona Estrada vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252.

492 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, párr. 25, y *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala,* párr. 246.

A) Parte Lesionada

322. El Tribunal reitera que se considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana, a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma. Por lo tanto, esta Corte considera como "parte lesionada" a Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza, quienes en su carácter de víctimas de las violaciones declaradas en el Capítulo VII, serán considerados beneficiarios de las reparaciones que ordene el Tribunal.

323. El Tribunal determinará medidas que busquen reparar el daño inmaterial y que no tienen naturaleza pecuniaria, y dispondrá medidas de alcance o repercusión pública[493]. La jurisprudencia internacional, y en particular de la Corte, ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye per se una forma de reparación[494]. No obstante, considerando las circunstancias del caso *sub judice*, en atención a las afectaciones a las víctimas, así como las consecuencias de orden inmaterial y no pecuniario derivadas de las violaciones a la Convención declaradas en su perjuicio, la Corte estima pertinente fijar medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

493 *Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84, y *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*, párr. 259.

494 *Cfr. Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 56, y *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*, párr. 259.

B) Medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición

B.1) Medidas de rehabilitación psicológica

Alegatos de las partes

324. El representante Molina solicitó a la Corte que "le ordene al Estado que brinde los tratamientos psicológicos y/o psiquiátricos a las víctimas que así lo deseen con los profesionales capacitados para el daño específicamente en su proyecto de vida".

325. El Estado alegó que esta medida "debe ser rechazada, toda vez que […] el sistema de seguridad social costarricense ya brinda el servicio de acompañamiento y tratamiento psicológico y psiquiátrico a los pacientes que presenten problemas de fertilidad".

Consideraciones de la Corte

326. El Tribunal ha señalado que el presente caso no se relaciona con un presunto derecho a tener hijos o un derecho a acceder a la FIV. Por el contrario, el caso se ha concentrado en el impacto generado por una interferencia desproporcionada en decisiones sobre la vida privada, familiar y los demás derechos involucrados, y el impacto que tuvo dicha interferencia en la integridad psicológica. En consecuencia, la Corte estima, como lo ha hecho en otros casos[495], que es preciso disponer una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos psicológicos sufridos por las víctimas, atendiendo a sus especificidades, siempre y cuando ellas lo hayan solicitado. La Corte observa diversas afectaciones que padecieron las víctimas por la interferencia arbitraria en el acceso a una técnica de reproducción

495 *Cfr. Caso Barrios Altos vs. Perú. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87, párrs. 42 y 45, y *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, párr. 287.

asistida. Por lo tanto, habiendo constatado las violaciones y los daños sufridos por las víctimas en el presente caso, el Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindarles gratuitamente y de forma inmediata, hasta por cuatro años, el tratamiento psicológico que requieran. En particular, el tratamiento psicológico debe brindarse por personal e instituciones estatales especializadas en la atención a víctimas de hechos como los ocurridos en el presente caso. Al proveer dicho tratamiento se deben considerar, además, las circunstancias y necesidades particulares de cada víctima, de manera que se les brinden tratamientos familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada una de ellas, después de una evaluación individual[496]. Los tratamientos deben incluir la provisión de medicamentos y, en su caso, transporte y otros gastos que estén directamente relacionados y sean estrictamente necesarios.

B.2) Medidas de satisfacción: publicación de la Sentencia

Alegatos de las partes

327. El representante Molina solicito "la publicación de las partes pertinentes de la sentencia en un periódico de amplia difusión nacional, en su versión impresa, y la totalidad de la sentencia en un formato digital y el resumen", así como "que el Estado elabore un resumen en términos simples de la sentencia, aprobado por la […] Corte, para que la población en general pueda comprender lo que supuso este caso y que éste también sea publicado en un medio de difusión nacional".

328. El representante May solicitó que la Corte "declare que el Estado debe publicar, en el plazo de seis meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia, por una sola vez, el contenido dispositivo

496 *Cfr. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 278, y *Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 329.

de esta sentencia en el Diario Oficial la Gaceta y en otros dos diarios de amplia circulación".

Consideraciones de la Corte

329. La Corte ordena que el Estado publique, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez en el Diario Oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio *web* oficial de la rama judicial.

B.3) Garantías de no repetición

B.3.1) Medidas estatales que no impidan la práctica de la FIV

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

330. La Comisión recomendó al Estado "[l]evantar la prohibición de la Fecundación In Vitro en el país a través de los procedimientos legales correspondientes" y "[a]segurar que la regulación que se otorgue a la práctica de la Fecundación In Vitro a partir del levantamiento de la prohibición, sea compatible con las obligaciones estatales respecto de los derechos consagrados en los artículos 11.2 17.2 y 24 [, para que] las parejas que lo requieren y así lo deseen, puedan acceder a las técnicas de la Fecundación In Vitro de forma que dicho tratamiento contribuya efectivamente a su finalidad".

331. El representante Molina solicitó a la Corte que ordene al Estado la aprobación de "una ley en sentido formal y material que haga una balanza entre los derechos a la vida y los derechos [violados] en

este caso". Propuso al respecto "la prohibición de descartar embriones arbitrariamente y su comercio; permitir el implante de no más de 3 embriones, para evitar embarazos múltiples; impulsar la vitrificación de óvulos y no de embriones, como una muestra de querer proteger a esos embriones". Resaltó "la importancia de permitir el ajuste de la legislación a los nuevos métodos de reproducción asistida que se vayan descubriendo por la ciencia que guarden balance entre derechos". Solicitó a la Corte que "ordene al Estado la regulación e instauración de todos los mecanismos necesarios para ofrecer a la población los métodos de reproducción asistida existentes y que se den en el futuro para dar respuesta a las parejas con problemas de fertilidad".

332.El representante May solicitó que el Estado adopte "todas las medidas legales, administrativas y de otro índole para poder brindar progresivamente, e incorporando los adelantos tecnológicos disponibles hoy en día en países de mayor experiencia y que permiten no solo mejores resultados estadísticos de éxito con ese tratamiento, sino mayor seguridad para las pacientes que se someten al mismo, dentro del Sistema Seguridad Social, a las personas estériles o infértiles contribuyentes de la Caja Costarricense de Seguro Social el pleno acceso al tratamiento de la FIV".

333. El Estado alegó que "la Caja Costarricense de Seguro Social cuenta con un programa completo de atención para las personas que presentan una situación de infertilidad, siendo que el único procedimiento que no se ofrece en este momento es el de" la FIV.

Consideraciones de la Corte

334. La Corte recuerda que el Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las ocurridas y, por eso, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el

futuro, en cumplimiento de sus deberes de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana[497].

335. En particular, y conforme al artículo 2 de la Convención, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención[498]. Es decir, los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen[499].

336. En primer lugar y teniendo en cuenta lo señalado en la presente Sentencia, las autoridades pertinentes del Estado deberán adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia (*supra* párr. 317). El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto.

337. En segundo lugar, el Estado deberá regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia. Además, el Estado debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas.

497 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez. Fondo,* párr. 166, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, párr. 221.

498 *Cfr. Caso Gangaram Panday vs. Surinam. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 12, párr. 50, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina,* párr. 300.

499 *Cfr. Caso Gangaram Panday vs. Surinam. Excepciones Preliminares*, párr. 50, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 300.

338. En tercer lugar, en el marco de las consideraciones desarrolladas en el presente Fallo (*supra* párrs. 285 a 303), la Caja Costarricense de Seguro Social deberá incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto.

B.3.2) Campaña sobre derechos de las personas con discapacidad reproductiva

Alegatos de las partes

339. El representante Molina solicitó a la Corte que "ordene la implementación de una campaña nacional de información sobre los derechos de las personas con discapacidad reproductiva".

340. El Estado alegó que "ya cuenta con mecanismos de divulgación en salud reproductiva" y "que la determinación de los contenidos de las campañas de divulgación en temas de salud reproductiva forma parte del margen de apreciación de los Estados a quienes les corresponde determinar el destino de los recursos financieros escasos con que cuenta el sistema de salud".

Consideraciones de la Corte

341. La Corte observa que el Estado no precisó los mecanismos de divulgación en salud reproductiva existentes[500]. Por tanto, ordena que el Estado implemente programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no

500 El Estado se limitó a mencionar la existencia de un "Taller sobre monitoreo de los ODM en América Latina" (expediente de fondo, tomo III, folio 1253).

discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial[501]. Dentro de dichos programas y cursos de capacitación deberá hacerse una especial mención a la presente Sentencia y a los diversos precedentes del *corpus iuris* de los derechos humanos relativos a los derechos reproductivos y el principio de no discriminación.

B.3.3) Otras medidas solicitadas

Alegatos de las partes

342. El representante May solicitó a la Corte que "solicite al Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos que pida al Comité Jurídico Interamericano […] la elaboración, en un plazo razonable, de un anteproyecto de estatuto internacional del embrión, tomando en cuenta la necesidad de establecer ciertos límites o la exclusión de los embriones humanos de toda convención comercial". También requirió "que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia [brinde] en acto público convocado al efecto una disculpa a las víctimas por la violación a sus derechos humanos y por el sufrimiento y dolor que les causó reconociendo públicamente este órgano judicial que su sentencia frustro el proyecto de vida de las víctimas". Además, solicitó que se "declaré que la Caja Costarricense del Seguro Social […] estable[zca] una clínica especializada en FIV que llevará el nombre de Gerardo Trejos Salas".

343. El Estado alego que "no existe una norma que asigne competencia a la Corte Interamericana para solicitar que el Comité Jurídico la asesore o elabore borradores de documentos normativos, por lo que la petición no resulta de recibo".

501 En similar sentido *cfr. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 271.

Consideraciones de la Corte

344. En relación a las demás medidas de reparación solicitadas, la Corte considera que la emisión de la presente Sentencia y las reparaciones ordenadas en este capítulo resultan suficientes y adecuadas para remediar las violaciones sufridas por las víctimas y no estima necesario ordenar dichas medidas[502].

C) Indemnización compensatoria por daño material e inmaterial

C.1) Daño material

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

345. La Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado "[r]eparar integralmente a las víctimas del presente caso tanto en el aspecto material como moral".

346. El representante Molina indicó que el daño emergente ha sido acreditado "mediante pruebas tales como, pero no limitadas a, recetas médicas, facturas, epicrisis, informes médicos y otros". Señaló que "el compendio de pruebas de la totalidad de las víctimas permite reconstruir, en genérico, los gastos derivados del procedimiento médico que es objeto de la presente reclamación". Solicitó el "pago de todos los gastos en que incurrieron las víctimas en su camino para poder fundar una familia, con hijos biológicos, y que, por no ofrecerse como un servicio de salud del Estado, tuvieron que acudir a la medicina privada y, en términos generales, gastar en consultas médicas, pago de exámenes de laboratorio, ultrasonidos y radiografías, compra de medicamentos, costos de traslado, viajes al extranjero y alimentación, pago

502 *Cfr. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 359, y *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*, párr. 287.

de costos de procedimientos de inseminación artificial, fecundación in Vitro, ICSI, entre otros". Solicitó por concepto de daño material: i) a favor de María del Socorro Calderón y Carlos Vargas la cantidad de US$ 4.821,69 dólares por persona; ii) a favor de Enrique Acuña Cartín la cantidad de US$ 9.677,04 dólares; iii) a favor de Ileana Henchoz y Miguel Yamuni la cantidad de US$ 17.516,29 dólares por persona; iv) a favor de Julieta González y Oriéster Rojas la cantidad de US$ 9.661,07 dólares por persona; v) a favor de Karen Espinoza y Héctor Jiménez la cantidad de US$ 5.015,52 dólares por persona; vi) a favor de Víktor Sanabria León la cantidad de US$ 19.287,59 dólares, y vii) a favor de Joaquinita Arroyo y Geovanni Vega la cantidad de US$ 7.188,08 dólares por persona.

347. El representante May solicitó "el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial". En particular, solicitó que se pagara: i) a favor de la señora Grettel Artavia Murillo la cantidad de US$ 830.000 dólares; ii) a favor del señor Miguel Mejías Carballo la cantidad de US$ 740.000 dólares; iii) a favor de la señora Claudia María Carro Maklouf la cantidad de US$ 700.000 dólares; iv) a favor de la señora Andrea Bianchi Bruna la cantidad de US$ 210.000 dólares; v) a favor del señor Germán Alberto Moreno Valencia la cantidad de US$ 120.000 dólares, y vi) a favor de la señora Ana Cristina Castillo León la cantidad de US$ 1.500.000 dólares. Argumentó que la Corte "ha delimitado el concepto de daño material incluyendo dentro del mismo las costas y gastos realizados por las partes durante todo el proceso y con motivo de las causales de responsabilidad atribuibles al [E]stado". Declaró que deben ser reconocidos "todos los gastos y desembolsos realizados por las víctimas, y que se encuentran acreditados ya sea documentalmente o bien se sigan razonablemente de los hechos y circunstancias acreditadas en este caso". Indicó que "[s]e deberán reconocer […] todos los gastos realizados por las parejas con

motivo de las atenciones médicas que se les brindó en los procesos dirigidos a la verificación y determinación de estados de infertilidad, dado que sin esas inversiones no hubiese sido posible el diagnóstico médico". Asimismo, manifestó que "[d]ebe indemnizarse los viajes y gastos en que incurrieron las víctimas que tuvieron que viajar al extranjero para poder recurrir a la técnica dado que sin prohibición es claro que la técnica hubiere estado disponible gratuitamente bajo el sistema de seguridad social".

348. El Estado "analizó las reclamaciones presentadas desde la situación particular de cada pareja solicitante", y concluyó que las solicitudes pedidas por daño material deben ser rechazadas por los siguientes motivos: i) los gastos de las parejas "referidos [al] tratamiento para la infertilidad, [son] los mismos que hubieran tenido que efectuarse aún en el supuesto en el que no se hubiera anulado el decreto que regulaba la" FIV, razón por la cual "no guarda[n] relación de causalidad con las violaciones supuestamente imputables al Estado"; ii) los gastos médicos anteriores a la declaratoria de inconstitucionalidad no pueden ser imputados al Estado ni pueden ser considerados para los efectos de las indemnizaciones solicitadas; iii) "las violaciones que se imputen al Estado costarricense no tienen ninguna incidencia en el ámbito laboral de las presuntas víctimas"; iv) no califican como parejas infértiles los que tuvieron hijos biológicos y por lo tanto "no podría considerarse que el Estado limitó la única posibilidad que [tenían las parejas] para ser padres biológicos al declarar inconstitucional el decreto que regulaba la [FIV], pues es claro que han tenido un hijo biológico sin necesidad de someterse a [dicho] procedimiento", y v) en los alegatos del representante May "no exist[ió] una determinación clara y precisa de cuáles [fueron] los motivos por los cuales se adu[jo] que el Estado produ[jo] un daño, material o inmaterial".

Consideraciones de la Corte

349. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y ha establecido que éste supone "la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso"[503].

350. De acuerdo a los alegatos presentados por la partes, la Corte considera necesario determinar los criterios que tomará en cuenta para fijar los montos correspondientes a daño material. En primer lugar, el Tribunal resalta que las vulneraciones declaradas anteriormente se hallan relacionadas con el impedimento para ejercer autónomamente una serie de derechos (*supra* párrs. 317), no por haber podido o no tener hijos biológicos, razón por la cual no es de recibo el argumento estatal según el cual las parejas que pudieron tener hijos no deberían ser indemnizados. En segundo lugar, la Corte tiene en cuenta que la técnica de la FIV no era un procedimiento que se encontrara cubierto por la Caja Costarricense de Seguro Social (*supra* párr. 70), por lo cual las parejas hubieran tenido que incurrir en los gastos médicos que fueron señalados con independencia de la sentencia de la Sala Constitucional. En consecuencia, el Tribunal considera que no existe nexo causal entre la totalidad de gastos mencionados anteriormente (*supra* párrs. 346 y 347) y las violaciones declaradas en la presente Sentencia. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que los gastos que tienen un nexo causal con las vulneraciones del presente caso, son sólo aquellos que se hayan derivado como efecto de la decisión de la Sala Constitucional, principalmente aquellos gastos en los que incurrieron las parejas que tuvieron que salir al exterior para realizarse el tratamiento.

503 *Cfr. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91 párr. 43, y *Caso* Caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 281.

351. En el presente caso, la Corte observa que el representante Molina allegó prueba documental[504] sobre las parejas conformadas por Ileana Henchoz y Miguel Yamuni, Julieta González y Oriester Rojas, así como Víktor Sanabria León y Claudia Carro Maklouf[505], quienes viajaron al exterior para practicarse la técnica. Por su parte, el representante May no presentó prueba específica sobre Andrea Bianchi Bruna y Germán Alberto Moreno, quienes viajaron dos veces al exterior para realizarse el tratamiento.

352. Al respecto, la Corte recuerda que el criterio de equidad ha sido utilizado en la jurisprudencia de esta Corte para la cuantificación de daños inmateriales[506], de los daños materiales[507] y para fijar el lucro cesante[508]. Sin embargo, al usar este criterio ello no significa que la Corte pueda actuar discrecionalmente al fijar los montos indemnizatorios[509]. Corresponde a las partes precisar claramente la prueba del daño sufrido así como la relación específica de la pretensión pecuniaria con los hechos del caso y las violaciones que se alegan[510].

504 Hay una factura del Hotel "Renasa"(expediente de anexos al escrito de argumentos y pruebas, tomo V, anexo XXVII, folio 5772) donde estuvieron en Valencia con fecha 24 de abril de 2000 donde se calculan los gastos del hotel desde el 18 de abril de 2000 hasta el 24 de abril de 2000 por un total de 640.33 euros. Hay los recibos de los 4 dias que estuvieron en el Hotel Roma en Panamá pagando $33 USD por las 4 noches (expediente de anexos al escrito de argumentos y pruebas, tomo II, anexo I, folios 4283 a 4285). El otro es un tiquete de Iberia (expediente de anexos al escrito de argumentos y pruebas, tomo II, anexo V, folio 4695) con el nombre de Victor Sanabria, trayecto San Jose-Madrid por un total de $ 681.58 USD. Asimismo, el representante allegó diversos cuadros en los que calculo en colones y dólares diversos gastos que asoció al daño material. Tablas cálculo del daño material (expediente de fondo, tomo II, folios 587.24 a 587.39).

505 Cabe destacar que la señora Carro fue representada por el representante May, pero el representante Molina presentó prueba a su favor.

506 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 27, y *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, párr. 378.

507 *Cfr. Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 50, y *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, párr. 373.

508 *Cfr. Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 50, y *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, párr. 373.

509 *Cfr. Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 87.

510 *Cfr. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 313.

353. En el caso particular, el representante May no especificó los montos según los conceptos de daño material o inmaterial, así que no se entiende por cuál tipo de daño requirió las indemnizaciones. Tampoco manifestó el nexo causal existente entre las violaciones declaradas en el presente caso y los montos pedidos para las víctimas, razón por la cual no es posible determinar cuál sería el valor exacto de cuánto correspondería a los gastos realizados por la señora Bianchi y el señor Moreno.

354. Por su parte, el representante Molina presentó diversos tipos de prueba documental sobre estos gastos. Sin embargo, el Tribunal no pudo efectuar un cálculo exacto sobre lo adeudado teniendo en cuenta que la documentación presentada, que corresponde a diversas fechas, se encuentra en monedas de distintos países, tales como pesetas, pesos colombianos, balboas, entre otros. Si bien se allegó información sobre el equivalente de dichos montos en colones y dólares, no se explicó con claridad qué tipo de cambio fue utilizado. Al respecto, no es tarea del Tribunal determinar el cálculo del valor del dólar en la época que correspondía a cada factura o prueba documental. Sin embargo, la Corte puede presumir que durante dichos viajes se generaron gastos por concepto de los pasajes y los gastos de estadía.

355. Por lo tanto, la Corte fija, con base en un criterio de equidad, la suma de US$ 5.000 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de cada una de las siguientes personas: Ileana Henchoz, Miguel Yamuni, Julieta González, Oriéster Rojas, Víktor Sanabria León, Claudia Carro Maklouf, Andrea Bianchi Bruna y Germán Alberto Moreno, víctimas del presente caso que tuvieron que hacer viajes al exterior con el objeto de acceder a la FIV.

C.2) Daño inmaterial

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

356. La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado "reparar integralmente a las víctimas del presente caso tanto en el aspecto material como moral".

357. El representante Molina alegó que el Estado "produjo una situación de desprotección respecto de estas personas al punto de afectarlas en lo más íntimo de su esfera personal y revictimizarlas por no dar una respuesta a su discapacidad reproductiva". Además, alegó que "en este caso es fundamental considerar dentro del daño inmaterial el daño al proyecto de vida, pues finalmente estas parejas lo que buscaban era constituir su familia con hijos biológicos, y esta hoja de ruta que tenían marcada para su vida se vio truncada por la arbitrariedad e inactividad del Estado". Por lo tanto, argumentó que "[e]n el caso de las víctimas del presente caso es evidente que las acciones y omisiones del Estado en su contra impidieron la realización de su mayor expectativa".

358. Al respecto, el representante Molina argumentó que era posible calcular el daño inmaterial por medio de tres metodologías, a saber: i) "Renta Temporal Mensual"; ii) "Lucro cesante laboral psicológico", y iii) "Equidad y Justicia". Respecto a "renta temporal mensual" alegó que era posible estimar los daños inmateriales en la suma de $3500 dólares mensuales para los hombres y $4500 dólares para las mujeres, contados desde la fecha en que se prohibió la FIV hasta la fecha de su eventual autorización, lo cual "siguiendo los parámetros de la Corte en cuanto al cálculo con base en un interés simple y la tasa LIBOR del aniversario del inicio del año" resultaría en "una suma de US$654.435,84 para cada una de las mujeres, y un monto de [US]$466.651,98 para cada uno de los hombres [… que] significaría

poder hacer un giro en su "Proyecto de Vida" y prepararse para disfrutar, a través de una renta temporal mensual, una vejez en mejores condiciones económicas". Sobre el concepto de "lucro cesante psicológico" argumentó que no se trata "de la persona que dejó de trabajar o que falleció y, en consecuencia, se le debe reponer ese capital; sino de una persona que continúa laborando o que, inclusive, no trabaja remuneradamente; […] sería el caso del ama de casa o del estudiante que, sin laborar a cambio de un salario, también pueden ser víctima de un daño y no por su condición están desprotegidos para ser merecedores de una indemnización. Por lo que, en este sentido, ubicamos a este tipo de lesión dentro del daño inmaterial porque su relación causal proviene de una lesión psicológica o sentimental, más que de una lesión directa a su salario"[511]. Respecto al criterio de "Equidad y Justicia", solicitó que "se establezca una compensación económica significativa a favor de las víctimas". Concluyó que "se debe establecer una suma no menor a los […] US$ 800.000 […] a favor de cada una de las víctimas de este proceso, como una forma de establecer un verdadero equilibrio entre la arbitrariedad del Estado y el dolor intenso y prolongado, ya perpetuo, de las víctimas".

359. El representante May alegó que "[l]a Resolución de la Sala Constitucional […] produjo una pérdida de oportunidad o chance que se anida en el principio de la reparación integral", ya que "[c]on la prohibición desapareció para las víctimas la posibilidad seria y real de ser pa-

511 El representante Molina solicitó como "lucro cesante laboral psicológico": i) para Maria del Socorro Calderón Porras la suma de US$ 180.847,5 dólares; ii) para Carlos Eduardo Vargas Solórzano la suma de US$ 201.213.61 dólares; iii) para Julieta González Ledezma la suma de US$ 187.787,1 dólares; iv) para Oriester Rojas Carranza la suma de US$ 485.114,98 dólares; v) para Joaquinita Arroyo Fonseca la suma de US$ 771.489,23 dólares; vi) para Giovanni Antonio Vega la suma de US$ 1.814.061,98 dólares; vii) para Ileana Henchoz Bolaños la suma de US$ 1.013.454,54 dólares; viii) para Miguel Antonio Yamuni Zeledón la suma de US$ 1.259.961,59 dólares; ix) para Karen Espinoza Vindas la suma de US$ 752.620,35 dólares; x) para Héctor Jiménez Acuña la suma de US$ 590.306,84 dólares; xi) para Víktor Hugo Sanabria León la suma de US$ 1.862.581,64 dólares, y xii) para Enrique Acuña Cartín la suma de US$ 1.268.470,28 dólares (expediente de fondo, tomo II, folio 587.35).

dres, de fundar una familia, y de poder gozar del derecho a la igualdad frente al resto de la colectividad, mientras que antes de la prohibición (el hecho dañoso) existía una oportunidad real y seria de las víctimas, de llegar a tener hijos biológicos". Los montos solicitados para el daño inmaterial son los mismos que se presentaron para el daño material (*supra* párr. 346).

360. El Estado alegó respecto a los presuntos daños inmateriales la falta de una relación de causalidad entre estos y la sentencia de la Sala Constitucional, considerando que: i) "[e]n ninguno de los casos […] ha propiciado, sea a través de una acción o de una omisión, la infertilidad de las personas que figuran como víctimas"; ii) que "el sufrimiento que podrían sentir las parejas por no poder procrear hijos […] está relacionado con su condición natural de no poder tener hijos, y no con la prohibición señalada por la Sala Constitucional", y iii) que "tendría que existir una certeza absoluta de que la utilización de las técnicas de fertilización in vitro […] hubiera tenido como resultado el nacimiento de un hijo, o al menos, que existía un alto grado de probabilidad de que ello fuera así", cuando "las pruebas aportadas por el Estado permiten establecer que la probabilidad de que, luego de practicada la técnica de fertilización in vitro, se diera un nacimiento, es muy baja, tanto ahora como en el momento en que se emitió la resolución de la Sala Constitucional". Además, consideró que "Joaquinita Arroyo y […] Giovanni Vega y [...] Karen Espinoza y Héctor Jiménez […] tuvieron hijos concebidos naturalmente, por lo que es claro que no están en una situación de infertilidad", y que "en el caso de los señores Grettel Artavia Murillo […] también existe un hijo que nació el 27 de julio del 2011". Finalmente, el Estado negó la existencia de "una relación de causalidad entre las violaciones acusadas al Estado y las dificultades laborales que supuestamente experimentaron algunas de las personas".

Consideraciones de la Corte

361. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial y ha establecido que éste "puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia"[512]. Dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad[513].

362. Asimismo, la Corte reitera el carácter compensatorio de las indemnizaciones, cuya naturaleza y monto dependen del daño ocasionado, por lo que no pueden significar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para las víctimas o sus sucesores[514].

363. En el presente caso, el Tribunal recuerda que el daño en el presente caso no depende de si las parejas pudieron o no tener hijos (*supra* párr. 350), sino que corresponde al impacto desproporcionado que tuvo en sus vidas el no poder ejercer de manera autónoma sus derechos (*supra* párrs. 317). Como quedó comprobado en el capítulo VIII, se han acreditado en este proceso los sentimientos de angustia, ansiedad, incertidumbre y frustración, las secuelas en la posibilidad de decidir

512 *Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77,* párr. *84, y Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 284.

513 *Cfr. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, parr. 244, y *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, párr. 223.

514 Cfr. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76, párr. 79, y *Caso Bayarri vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 161.

un proyecto de vida propio, autónomo e independiente. En atención a los sufrimientos ocasionados a las víctimas, así como el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron, la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de US$ 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada una de las víctimas por concepto de indemnización por daño inmaterial.

D) Costas y gastos

Alegatos de las partes

364. El representante Molina solicitó a la Corte que ordene al Estado el reintegro de los gastos en los que habría incurrido por el procedimiento ante la Corte correspondientes a US$ 60.000 dólares, en vista de que "deb[ió] litigarlo hasta la emisión de la sentencia y tomando en consideración que las actuaciones ante el Tribunal Interamericano son de gran complejidad, incluso suponiendo que se debe consultar con especialistas en temas como la salud, reproducción asistida, psicólogos, entre otros". Adicionalmente, pidió por "el costo de las pruebas periciales, la notario y gastos producto de la preparación de escritos" la suma de US$ 10.926.43 dólares.

365. Por otro lado, el representante Trejos en el escrito de solicitudes y argumentos solicitó a la Corte que ordenara al Estado el reintegro de las costas y gastos en los que había incurrido. En total, requirió que la Corte fijara en equidad US$ 450.000 dólares por "representación de las víctimas" y por "las actividades desplegadas a nivel interno e internacional desde el año dos mil uno con el fin de obtener justicia para todas las víctimas como representante de hecho ante las autoridades judiciales y administrativas costarricenses y ante la Comisión Interamericana de todos los peticionarios del presente [c]aso, así como de las parejas

representadas [...] ante la Corte Interamericana". En los alegatos finales el representante May repitió las solicitudes efectuadas por el representante Trejos y pidió que se incluyeran "facturas de gastos procesales sobrevinientes".

366. El Estado indicó que "el monto que está siendo solicitado, no puede ser compartido por el Estado, por ser montos irrazonables, incluso algunas de las sumas pretendidas son superiores a los daños inmateriales reclamados por algunas de las presuntas víctimas".

Consideraciones de la Corte

367. Como ya lo ha señalado la Corte en oportunidades anteriores, las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana[515].

368. El Tribunal ha manifestado que las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte[516].

369. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el Sistema Interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de la protección de los derechos humanos.

515 *Cfr. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 79, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 290.

516 *Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador*, párr. 275, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 292.

Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable[517]. Asimismo, la Corte reitera que no es suficiente la remisión de documentos probatorios, sino que se requiere que las partes hagan una argumentación que relacione la prueba con el hecho que se considera representado, y que, al tratarse de alegados desembolsos económicos, se establezcan con claridad los rubros y la justificación de los mismos[518].

370. En el presente caso, la Corte observa que el representante Trejos, quien representó a las víctimas durante el procedimiento ante la Comisión (*supra* párrs. 1 y 8), falleció antes de la culminación de este proceso contencioso. Sin perjuicio de ello, en su escrito de solicitudes y argumentos pudo exponer sus pretensiones sobre costas y gastos.

371. Por otra parte, la Corte observa que el representante Trejos presentó comprobantes de gastos por un monto de US$ 1.376,96 dólares[519]. El representante May aportó en los alegatos finales las facturas correspondientes a 5 *affidavits* por una suma total de US$ 2.500 dólares, sin argumentar por qué se había efectuado el cálculo sobre el costo de cada servicio notarial en un monto de US$ 500. Asimismo, el representante May solicitó en los alegatos finales el mismo monto que había solicitado el representante Trejos en su escrito de solicitudes y argumentos, sin precisar si se trataba de dos solicitudes autónomas o, en su defecto, qué parte en la última solicitud correspondía a los honorarios correspon-

517 *Cfr. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 82; *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 314.

518 *Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 277, y *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*, párr. 307.

519 El representante Trejos en su escrito de solicitudes y argumentos presentó como gastos durante el proceso: i) factura de compra de boleto aéreo a nombre de Andrea Bianchi (US$ 439,72 dólares); ii) factura de compra de boleto aéreo a nombre de Gerardo Trejos Salas (US$ 468,62 dólares), y iii) factura de compra de boleto aéreo a nombre de Gloria Mazariegos (US$ 468,62 dólares), sumando US$1.376,96 dólares (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo I, folios 4071 y 4072).

dientes al señor Trejos y qué monto por honorarios correspondería al señor May. Por su parte, el representante Molina aportó comprobantes de gastos del proceso por un monto de US$ aproximadamente 9.243 dólares, que corresponde, en gran medida, al cálculo parcial de algunos servicios profesionales[520].

372. El Tribunal observa que no consta en el expediente respaldo probatorio que justifique las sumas que están solicitando los representantes por concepto de honorarios y servicios profesionales. En efecto, los montos requeridos por concepto de honorarios no fueron acompañados por argumentación de prueba específica sobre su razonabilidad y alcance[521].

373. Por consiguiente, la Corte fija en equidad la cantidad de US$ 10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos a favor del representante Gerardo Trejos, la cual deberá ser pagado directamente a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable. Asimismo, la Corte establece en equidad la cantidad de US$ 2.000 (dos mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos a favor del representante May y la cantidad de US$ 3.000 (tres mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos a favor del representante Molina.

E) Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

374. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial y el reintegro de costas y gas-

520 El representante Boris Molina Acevedo en su escrito de solicitudes y argumentos presentó como gastos durante el proceso: i) factura por cobrar servicios profesionales a María Lorna Ballestero Muñóz por US$ 6.000,00; ii) recibo de dinero por servicios profesionales a Gabriela Darsié y Enrique Madrigal por US$ 1.375, iii) recibo por servicios profesionales por concepto de cancelación de servicios profesionales por la asesoría y asistencia brindada de William Vega por US$ 1.600, y iv) y por copias y gastos administrativos, 131.850 colones (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo VI, folios 6537 a 6364).

521 *Cfr. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 287.

tos establecidos en la presente Sentencia directamente a las personas indicadas en la misma, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente Fallo, en los términos de los siguientes párrafos. En caso de que los beneficiarios hayan fallecido o fallezcan antes de que les sea entregada la indemnización respectiva, ésta se efectuará directamente a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable.

375. El Estado deberá cumplir con las obligaciones monetarias mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio que se encuentre vigente en la bolsa de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

376. Si por causas atribuibles a los beneficiarios de las indemnizaciones o a sus derechohabientes no fuese posible el pago de las cantidades determinadas dentro de los plazos indicados, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera costarricense solvente, en dólares estadounidenses, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si al cabo de diez años el monto asignado no ha sido reclamado, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

377. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como indemnización por daño material e inmaterial, y como reintegro de costas y gastos deberán ser entregadas a las personas y organizaciones indicadas en forma íntegra, conforme a lo establecido en esta Sentencia, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales, en el plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

378. En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en Costa Rica.

379. Conforme a su práctica constante, la Corte se reserva la facultad inherente a sus atribuciones y derivada, asimismo, del artículo 65 de la Convención Americana, de supervisar el cumplimiento íntegro de la presente Sentencia. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo.

380. Dentro de los plazos de seis meses y un año, contados a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplirla.

X

PUNTOS RESOLUTIVOS

381. Por tanto,

LA CORTE

DECIDE,

por unanimidad,

1. Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado, en los términos de los párrafos 17 a 40 de la presente Sentencia.

DECLARA,

por cinco votos a favor y uno en contra, que:

1. El Estado es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo

Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza, en los términos de los párrafos 136 a 317 de la presente Sentencia.

Y DISPONE

por cinco votos a favor y uno en contra, que:

1. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

2. El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. El Estado debera informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto, de conformidad con el párrafo 336 de la presente Sentencia.

3. El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente Sentencia.

4. El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de

quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente Sentencia.

5. El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 326 de la presente Sentencia.

6. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.

7. El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en el párrafo 341 de la presente Sentencia.

8. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 373 del Fallo.

9. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

10. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

El Juez Diego García-Sayán hizo conocer a la Corte su Voto Concurrente, y el Juez Eduardo Vio Grossi hizo conocer a la Corte su Voto Disidente, los cuales acompañan esta Sentencia.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 28 de noviembre de 2012.

Diego García Sayán

Presidente

Leonardo A. Franco
Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet Alberto
Pérez Pérez

Eduardo Vio Grossi

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Diego García Sayán

Presidente

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A UN PROCEDIMIENTO DE COMUNICACIONES*

Sumario: Parte I. *Generalidades*: Artículo 1. *Competencia del Comité de los Derechos del Niño;* Artículo 2. *Principios generales que rigen las funciones del Comité*; Artículo 3. *Reglamento*; Artículo 4. *Medidas de protección*. Parte II. *Procedimiento de comunicaciones;* Artículo 5. *Comunicaciones individuales*; Artículo 6. *Medidas provisionales*; Artículo 7. *Admisibilidad;* Artículo 8. *Transmisión de la comunicación*; Artículo 9. *Solución amigable*; Artículo 10. *Examen de las comunicaciones*; Artículo 11. *Seguimiento*; Artículo 12. *Comunicaciones entre Estados*. Parte III. *Procedimiento de investigación*: Artículo 13. *Procedimiento de investigación en caso de violaciones graves o sistemáticas*; Artículo 14. *Seguimiento del procedimiento de investigación*. Parte IV. *Disposiciones finales:* Artículo 15. *Asistencia y cooperación internacionales;* Artículo 16. *Informe a la Asamblea General*; Artículo 17. *Divulgación e información sobre el Protocolo Facultativo*; Artículo 18. *Firma, ratificación y adhesión*; Artículo 19. *Entrada en vigor*; Artículo 20. *Violaciones ocurridas después de la entrada en vigor*; Artículo 21. *Enmiendas*; Artículo 22. *Denuncia*; Artículo 23. *Depositario y notificación del Secretario General*; Artículo 24. *Idiomas*.

* Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/66/138 del 27 de enero de 2012

Los Estados partes en el presente Protocolo,

Considerando que, de conformidad con los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Observando que los Estados partes en la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante "la Convención") reconocen los derechos enunciados en la Convención a todos los niños sujetos a su jurisdicción sin discriminación alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, la discapacidad, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de su tutor legal,

Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales,

Reafirmando también la condición del niño como sujeto de derechos y ser humano con dignidad y con capacidades en evolución,

Reconociendo que la situación especial y de dependencia de los niños les puede dificultar seriamente el ejercicio de recursos para reparar la violación de sus derechos,

Considerando que el presente Protocolo vendrá a reforzar y complementar los mecanismos nacionales y regionales al permitir a los niños denunciar la violación de sus derechos,

Reconociendo que el respeto del interés superior del niño deberá ser una consideración fundamental cuando se ejerzan recursos para reparar la violación de sus derechos, así como la necesidad de procedimientos adaptados al niño en todas las instancias,

Alentando a los Estados partes a que establezcan mecanismos nacionales apropiados para que los niños cuyos derechos hayan sido vulnerados tengan acceso a recursos efectivos en sus países.

Recordando la importante función que pueden desempeñar a ese respecto las instituciones nacionales de derechos humanos y otras instituciones especializadas competentes que tengan el mandato de promover y proteger los derechos del niño,

Considerando que, a fin de reforzar y complementar esos mecanismos nacionales y de mejorar la aplicación de la Convención y, cuando sea el caso, de sus Protocolos facultativos relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y a la participación de niños en los conflictos armados, convendría facultar al Comité de los Derechos del Niño (en adelante "el Comité") para que desempeñe las funciones previstas en el presente Protocolo,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

GENERALIDADES

ARTÍCULO 1

Competencia del Comité de los Derechos del Niño

1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen la competencia del Comité conforme a lo dispuesto en el presente Protocolo.

2. El Comité no ejercerá su competencia respecto de un Estado parte en el presente Protocolo en relación con la violación de los derechos establecidos en un instrumento en que dicho Estado no sea parte.

3. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado que no sea parte en el presente Protocolo.

ARTÍCULO 2

Principios generales que rigen las funciones del Comité

Al ejercer las funciones que le confiere el presente Protocolo, el Comité se guiará por el principio del interés superior del niño. También tendrá

en cuenta los derechos y las opiniones del niño, y dará a esas opiniones el debido peso, en consonancia con la edad y la madurez del niño.

ARTÍCULO 3

Reglamento

1. El Comité aprobará el reglamento que habrá de aplicar en el ejercicio de las funciones que le confiere el presente Protocolo. Al hacerlo tendrá en cuenta, en particular, el artículo 2 del presente Protocolo, para garantizar que los procedimientos se adapten al niño.

2. El Comité incluirá en su reglamento salvaguardias para evitar que quienes actúen en nombre de niños los manipulen, y podrá negarse a examinar toda comunicación que en su opinión no redunde en el interés superior del niño.

ARTÍCULO 4

Medidas de protección

1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas que procedan para que las personas sujetas a su jurisdicción no sean objeto de ninguna violación de sus derechos humanos, maltrato o intimidación como consecuencia de haberse comunicado con el Comité o de haber cooperado con él de conformidad con el presente Protocolo.

2. No se revelará públicamente la identidad de ninguna persona o grupo de personas interesados sin su consentimiento expreso.

PARTE II

PROCEDIMIENTO DE COMUNICACIONES

ARTÍCULO 5

Comunicaciones individuales

1. Las comunicaciones podrán ser presentadas por, o en nombre de, personas o grupos de personas sujetas a la jurisdicción de un Estado

parte que afirmen ser víctimas de una violación por el Estado parte de cualquiera de los derechos enunciados en cualquiera de los siguientes instrumentos en que ese Estado sea parte:

a) La Convención;

b) El Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía;

c) El Protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

2. Cuando se presente una comunicación en nombre de una persona o un grupo de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento.

ARTÍCULO 6

Medidas provisionales

1. El Comité, tras recibir una comunicación y antes de pronunciarse sobre la cuestión de fondo, podrá en cualquier momento dirigir al Estado parte de que se trate, para que este la estudie con urgencia, la solicitud de que adopte las medidas provisionales que puedan ser necesarias en circunstancias excepcionales para evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la presunta violación.

2. El hecho de que el Comité ejerza la facultad discrecional que le confiere el párrafo 1 del presente artículo no entrañará juicio alguno sobre la admisibilidad ni sobre el fondo de la comunicación.

ARTÍCULO 7

Admisibilidad

El Comité declarará inadmisible toda comunicación que:

a) Sea anónima;

b) No se presente por escrito;

c) Constituya un abuso del derecho a presentar tales comunicaciones

o sea incompatible con las disposiciones de la Convención y/o de sus Protocolos facultativos;

d) Se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o que haya sido o esté siendo examinada en virtud de otro procedimiento de investigación o arreglo internacional;

e) Se presente sin que se hayan agotado todos los recursos internos disponibles, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o que sea improbable que con ellos se logre una reparación efectiva;

f) Sea manifiestamente infundada o no esté suficientemente fundamentada;

g) Se refiera a hechos sucedidos antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado parte de que se trate, salvo que esos hechos hayan continuado produciéndose después de esa fecha;

h) No se haya presentado en el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos, salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo.

ARTÍCULO 8

Transmisión de la comunicación

1. A menos que el Comité considere que una comunicación es inadmisible sin remisión al Estado parte interesado, el Comité pondrá en conocimiento de ese Estado parte, de forma confidencial y a la mayor brevedad, toda comunicación que se le presente con arreglo al presente Protocolo.

2. El Estado parte presentará al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare la cuestión y se indiquen las medidas correctivas que se hayan adoptado, de ser ese el caso. El Estado parte presentará su respuesta a la mayor brevedad y dentro de un plazo de seis meses.

ARTÍCULO 9

Solución amigable

1. El Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de las partes interesadas con miras a llegar a una solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto de las obligaciones establecidas en la Convención y/o en sus Protocolos facultativos.

2. El acuerdo en una solución amigable logrado bajo los auspicios del Comité pondrá fin al examen de la comunicación en el marco del presente Protocolo.

ARTÍCULO 10

Examen de las comunicaciones

1. El Comité examinará las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo con la mayor celeridad posible y a la luz de toda la documentación que se haya puesto a su disposición, siempre que esa documentación sea transmitida a las partes interesadas.

2. El Comité examinará en sesión privada las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo.

3. Cuando el Comité haya solicitado medidas provisionales, acelerará el examen de la comunicación.

4. Al examinar una comunicación en que se denuncien violaciones de derechos económicos, sociales o culturales, el Comité considerará hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado parte de conformidad con el artículo 4 de la Convención. Al hacerlo, el Comité tendrá presente que el Estado parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en la Convención.

5. Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar sin dilación a las partes interesadas su dictamen sobre la comunicación, junto con sus eventuales recomendaciones.

ARTÍCULO 11

Seguimiento

1. El Estado parte dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus eventuales recomendaciones, y le enviará una respuesta por escrito que incluya información sobre las medidas que haya adoptado o tenga previsto adoptar a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité. El Estado parte presentará su respuesta a la mayor brevedad y dentro de un plazo de seis meses.

2. El Comité podrá invitar al Estado parte a presentar más información sobre las medidas que haya adoptado en atención a su dictamen o sus recomendaciones, o en aplicación de un eventual acuerdo de solución amigable, incluso si el Comité lo considera procedente, en los informes que presente ulteriormente de conformidad con el artículo 44 de la Convención, el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o el artículo 8 del Protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados, según el caso.

ARTÍCULO 12

Comunicaciones entre estados

1. Todo Estado parte en el presente Protocolo podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple las obligaciones dimanantes de cualquiera de los siguientes instrumentos en que ese Estado sea parte:

a) La Convención;

b) El Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía;

c) El Protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

2. El Comité no admitirá comunicaciones que se refieran a un Estado parte que no haya hecho esa declaración, ni comunicaciones procedentes de un Estado parte que no haya hecho esa declaración.

3. El Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados partes de que se trate con miras a llegar a una solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto de las obligaciones establecidas en la Convención y en sus Protocolos facultativos.

4. Los Estados partes depositarán la declaración prevista en el párrafo 1 del presente artículo en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, que remitirá copias de ella a los demás Estados partes. La declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación al Secretario General. Dicho retiro se hará sin perjuicio del examen de asunto alguno que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud del presente artículo; después de que el Secretario General haya recibido la notificación correspondiente de retiro de la declaración, no se recibirán nuevas comunicaciones de ningún Estado parte en virtud del presente artículo, a menos que el Estado parte interesado haya hecho una nueva declaración.

PARTE III

PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN

ARTÍCULO 13

Procedimiento de investigación en caso de violaciones graves o sistemáticas

1. El Comité, si recibe información fidedigna que indique violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de los derechos enunciados en la Convención o en sus Protocolos facultativos relativos a la venta de

niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o a la participación de niños en los conflictos armados, invitará a ese Estado a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sin dilación sus observaciones al respecto.

2. El Comité, teniendo en cuenta las observaciones que haya presentado el Estado parte de que se trate, así como cualquier otra información fidedigna que se haya puesto a su disposición, podrá designar a uno o más de sus miembros para que realicen una investigación y le presenten un informe con carácter urgente. Cuando se justifique, y con el consentimiento del Estado parte, la investigación podrá incluir una visita al territorio de este.

3. La investigación tendrá carácter confidencial, y se recabará la colaboración del Estado parte en todas las etapas del procedimiento.

4. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá sin dilación al Estado parte de que se trate, junto con las observaciones y recomendaciones del caso.

5. El Estado parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité lo antes posible, dentro de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que reciba los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité.

6. Cuando hayan concluido las actuaciones relacionadas con una investigación realizada de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo, el Comité, previa consulta con el Estado parte de que se trate, podrá decidir que se incluya un resumen de sus resultados en el informe a que se refiere el artículo 16 del presente Protocolo.

7. Cada Estado parte podrá declarar, en el momento de firmar o ratificar el presente Protocolo o de adherirse a él, que no reconoce la competencia del Comité prevista en el presente artículo con respecto a los derechos enunciados en algunos de los instrumentos enumerados en el párrafo 1, o en todos ellos.

8. El Estado parte que haya hecho una declaración conforme a lo dispuesto en el párrafo 7 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

ARTÍCULO 14

Seguimiento del procedimiento de investigación

1. Transcurrido el plazo de seis meses que se indica en el artículo 13, párrafo 5, el Comité, de ser necesario, podrá invitar al Estado parte de que se trate a que lo informe de las medidas que haya adoptado y tenga previsto adoptar a raíz de una investigación realizada en virtud del artículo 13 del presente Protocolo.

2. El Comité podrá invitar al Estado parte a presentar más información sobre cualquiera de las medidas que haya tomado a raíz de una investigación realizada en virtud del artículo 13, incluso, si el Comité lo considera procedente, en los informes que presente ulteriormente de conformidad con el artículo 44 de la Convención, el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o el artículo 8 del Protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados, según el caso.

PARTE IV

DISPOSICIONES FINALES

ARTÍCULO 15

Asistencia y cooperación internacionales

1. El Comité, con el consentimiento del Estado parte de que se trate, podrá transmitir a los organismos especializados, fondos y programas y otros órganos competentes de las Naciones Unidas sus dictámenes o recomendaciones acerca de las comunicaciones e investigaciones en

que se indique la necesidad de asistencia o asesoramiento técnico, junto con las eventuales observaciones y sugerencias del Estado parte sobre esos dictámenes o recomendaciones.

2. El Comité también podrá señalar a la atención de esos órganos, con el consentimiento del Estado parte de que se trate, toda cuestión que se plantee en las comunicaciones examinadas en virtud del presente Protocolo que pueda ayudarlos a pronunciarse, cada cual dentro de su esfera de competencia, sobre la conveniencia de adoptar medidas internacionales para ayudar a los Estados partes a hacer valer de forma más efectiva los derechos reconocidos en la Convención y/o en sus Protocolos facultativos.

ARTÍCULO 16

Informe a la Asamblea General

El Comité incluirá en el informe que presenta cada dos años a la Asamblea General de conformidad con el artículo 44, párrafo 5, de la Convención un resumen de las actividades que haya realizado con arreglo al presente Protocolo.

ARTÍCULO 17

Divulgación e información sobre el Protocolo Facultativo

Cada Estado parte se compromete a dar a conocer ampliamente y divulgar el presente Protocolo, por medios eficaces y apropiados y en formatos asequibles, tanto entre los adultos como entre los niños, incluidos aquellos con discapacidad, así como a facilitar la consulta de información sobre los dictámenes y recomendaciones del Comité, en particular respecto de las cuestiones que le conciernan.

ARTÍCULO 18

Firma, ratificación y adhesión

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de todos los Estados que hayan firmado o ratificado la Convención o alguno de sus dos primeros Protocolos facultativos, o se hayan adherido a aquella o a alguno de estos.

2. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado la Convención o alguno de sus dos primeros Protocolos facultativos, o se haya adherido a aquella o a alguno de estos. Los instrumentos de ratificación serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de todos los Estados que hayan ratificado la Convención o alguno de sus dos primeros Protocolos facultativos, o se hayan adherido a aquella o a alguno de estos.

4. La adhesión se hará efectiva mediante el depósito del instrumento correspondiente en poder del Secretario General.

ARTÍCULO 19

Entrada en vigor

1. El presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que se deposite el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después de haberse depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que ese Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

ARTÍCULO 20

Violaciones ocurridas después de la entrada en vigor

1. La competencia del Comité solo se extenderá a las violaciones por los Estados partes de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención y/o en sus dos primeros Protocolos facultativos que ocurran con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo.

2. Si un Estado pasa a ser parte en el presente Protocolo después de su entrada en vigor, sus obligaciones con respecto al Comité solo se extenderán a las violaciones de los derechos enunciados en la Convención y/o en sus dos primeros Protocolos facultativos que ocurran con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para ese Estado.

ARTÍCULO 21

Enmiendas

1. Cualquier Estado parte podrá proponer enmiendas al presente Protocolo y presentarlas al Secretario General de las Naciones Unidas, el cual comunicará a los Estados partes las enmiendas propuestas y les pedirá que le notifiquen si desean que convoque una reunión de los Estados partes para examinar las propuestas y tomar una decisión al respecto. Si, en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la comunicación, al menos un tercio de los Estados partes se declara en favor de la reunión, el Secretario General la convocará bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Las enmiendas adoptadas por una mayoría de los dos tercios de los Estados partes presentes y votantes serán sometidas por el Secretario General a la aprobación de la Asamblea General y, posteriormente, a la aceptación de todos los Estados partes.

2. Las enmiendas adoptadas y aprobadas de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrarán en vigor el trigésimo día siguiente

a la fecha en que el número de instrumentos de aceptación depositados equivalga a los dos tercios del número de Estados partes a la fecha de su adopción. Posteriormente, la enmienda entrará en vigor para cualquier Estado parte el trigésimo día después del depósito de su propio instrumento de aceptación. Las enmiendas solo tendrán fuerza obligatoria para los Estados partes que las hayan aceptado.

ARTÍCULO 22

Denuncia

1. Todo Estado parte podrá denunciar el presente Protocolo en cualquier momento mediante notificación por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia entrará en vigor un año después de la fecha en que el Secretario General reciba la notificación.

2. La denuncia se entenderá sin perjuicio de que se sigan aplicando las disposiciones del presente Protocolo a las comunicaciones presentadas en virtud de los artículos 5 o 12 o de que continúen las investigaciones iniciadas en virtud del artículo 13 antes de la fecha efectiva de la denuncia.

ARTÍCULO 23

Depositario y notificación del Secretario General

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario del presente Protocolo.

2. El Secretario General notificará a todos los Estados:

a) Las firmas y ratificaciones del presente Protocolo y las adhesiones a él;

b) La fecha de entrada en vigor del presente Protocolo y de las enmiendas a él que se aprueben en virtud del artículo 21;

c) Las denuncias que se reciban en virtud del artículo 22 del presente Protocolo.

ARTÍCULO 24

Idiomas

1. El presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Protocolo a todos los Estados.

Índice del Tomo 346

MATERIA CIVIL

—N—

NULIDAD DEL ACTO. PODER Y MANDATO DEJAN DE TENER EFECTOS AL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO. De conformidad con el artículo 2595 fracción III del Código Civil de la Ciudad de México, que a la letra señala: "El mandato termina: III. Por la muerte del mandante o mandatario", esto consiste en la inexistencia del vínculo o nexo jurídico entre las partes al momento de la celebración del contrato; siendo que la nulidad de un acto puede invocarse por cualquier interesado y en el caso a estudio invocaron la nulidad de la escritura de compraventa, ya que el poder y mandato habían terminado dejando de surtir efectos jurídicos al momento del fallecimiento del mandante. Situación que se robustece con lo dispuesto en el articulado 1801 de la ley en comento, que dispone que ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley. 31

—P—

PERFECCIONAMIENTO DE DOCUMENTO PROVENIENTE DE TERCERO. VALOR PROBATORIO. El artículo 203 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece que el documento privado forma prueba de los hechos mencionados en él, sólo en cuanto sean contrarios a los intereses de su autor, cuando la ley no disponga otra cosa. El documento proveniente de un tercero sólo prueba en favor de la parte que quiere beneficiarse con él y contra su colitigante, cuando éste no lo objeta. En caso contrario, la verdad de su contenido debe demostrarse por otras pruebas. Dicho de otro modo, perfeccionar los documentos ofrecidos por las partes para el caso de que sean objetados, esto es, a complementar la prueba con los medios procesales necesarios que sean los que les den propiamente la validez, ya que el simple ofrecimiento de un documento sin una medida de perfeccionamiento adecuada carece de valor suficiente para fundar las acciones o excepciones en un determinado juicio. Por tanto, todos los documentos venidos a juicio en vía de prueba deberán ser ofrecidos complementándolos con los medios necesarios para su perfeccionamiento en caso de objeción, y para la parte que los objeta deberá aportar junto con la objeción las pruebas idóneas que demuestren la invalidez. De tal forma, que el derecho procesal de objeción, en cuanto a los documentos, deberá ser razonado jurídicamente y soportado

con los medios de prueba idóneos, tanto para el actor como para el demandado. En el caso de quien las ofrece en juicio, ya sean de las partes o provenientes de terceros, será necesario perfeccionarlos para el caso de objeción, y por tanto, no pierdan eficacia en cuanto al alcance probatorio que se les pretenda dar.....49

—S—

SANEAMIENTO POR EVICCIÓN. ACCIÓN PARA SU PROCEDENCIA. El artículo 2119 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que la acción para que proceda el saneamiento para el caso de evicción, se da cuando el adquiriente es privado total o parcial por sentencia ejecutoria en razón de algún derecho anterior a la adquisición; lo que en la especie aconteció que el quejoso, quien persona diversa al actor en el presente juicio obtuvo la protección y el amparo de la justicia federal para efecto de que se dejara insubsistente primero, el emplazamiento practicado a dicha persona y como consecuencia de ello, también la adjudicación que se hizo a la Institución de crédito respecto del inmueble materia del presente juicio; en virtud de la cual la parte actora acreditó haber sido privado de manera total de su bien inmueble materia de compraventa, en razón de la existencia de un mejor derecho que el suyo y por tanto resulta fundada su acción de saneamiento por evicción, criterio que se robustece con la tesis de jurisprudencia cuya voz es del tenor siguiente: "Evicción. Para la condena al saneamiento por dicha hipótesis, bastará demostrar que mediante resolución el adquiriente de un bien o derecho lo perdió total o parcialmente por la declaratoria de existencia de un mejor derecho que el suyo."....7

MATERIA FAMILIAR
—D—

DERECHO A LA IDENTIDAD DE NIÑOS Y NIÑAS. COMPRENDE DIVERSOS ELEMENTOS, ENTRE ELLOS LA FILIACIÓN. La identidad, uno de los derechos integrantes del conjunto de atributos de la personalidad, tanto desde el punto de vista psicológico como jurídico, siendo no sólo uno más de los elementos que conforman la esencia del ser humano como tal, sino representa la individualidad de cada uno y potencialidad de desarrollarse como persona y como parte de un grupo social. De ahí que, el artículo 338 del Código Civil del Distrito Federal establece: "La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros". El Estado mexicano tiene el deber de adoptar las medidas adecuadas para asegurar y preservar el desarrollo de los derechos humanos de todas las personas, como se establece en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, el

artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 7o. de la Convención sobre los Derechos de los Niños, consagran el derecho de éstos, a llevar un nombre, a adquirir una nacionalidad y de ser posible a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos. La nulidad del reconocimiento de un hijo, no debe confundirse con la anulación decretada vía sentencia judicial, con la revocación del reconocimiento a manera de la retractación. El reconocimiento de las niñas y los niños es un acto jurídico unilateral (se presenta la menor al oficial del Registro Civil por uno sólo de los padres) y plurilateral (cuando comparecen ambos progenitores), solemne (se realiza bajo una formalidad especial de la cual dependa la existencia del acto jurídico), ya que el reconocimiento se otorga de las cinco únicas formas que reconoce la ley, que son: acta de nacimiento, acta especial de reconocimiento ante el oficial del Registro Civil, testamento, escritura pública o confesión judicial directa y expresa, irrevocable (en virtud de que se asienta el consentimiento para tal acto jurídico), asumiendo que reconocen a favor del registrado, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación. No puede quedar privado de efectos por la sola voluntad de quien lo llevó a cabo, ni retractarse. Establecido el reconocimiento, la condición de hijo no se extinguirá, ni perderá, sino mediante sentencia que cause ejecutoria. Es controvertible, ya que puede ser anulado o impugnado para destruirlo quedando sin efecto, siendo permitida la admisión de pruebas que demuestren que el reconocimiento realizado es contrario a la verdad.....65

JUSTICIA PARA ADOLESCENTES
—I—

ILICITUD DE LA PRUEBA AL HABERSE OBTENIDO CON VULNERACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES. La omisión de designar al defensor del indiciado desde el momento en que es puesto a disposición del Ministerio Público no genera automática e indiscriminadamente la anulación por ilicitud de pruebas, sino sólo de las directamente vinculadas con la falta de designación; esto es, para el dictado de una resolución de no vinculación a proceso, el juez hace una declaratoria de ilicitud de pruebas, siendo nulas al haberse obtenido con una vulneración a los derechos fundamentales y en particular a que el adolescente no se encontró asistido por un defensor especializado, haciendo aplicación de criterios jurisprudenciales, el juez, atiende a la petición que realizó el defensor público en esa audiencia, y básicamente parte de las declaraciones que hiciera en su momento un defensor público y un agente de Ministerio Público adscritos a una agencia dedicada a los delitos de narcomenudeo, estimando en primer término, si es verdad que se le asignó un defensor, y no refiriéndose a si el defensor tenía especialidad. Desde el momento en que es nombrado un defensor, tiene la obligación de proporcionar una verdadera asistencia jurídica, debe hacer saber a los imputados que tienen derechos, cuáles son

los alcances de estos derechos, las herramientas con las que cuentan; conforme lo establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 117, y la Ley de la Defensoría Pública en su articulado 19.....81

MATERIA PENAL

—A—

AUTOADSCRIPCIÓN. MOMENTO EN QUE EL INCULPADO COMO PERSONA INDÍGENA DEBE REALIZARLA. La calidad del indígena debe identificarse en las primeras etapas del procedimiento, para asegurar como derechos esenciales primarios al inculpado indígena, que cuenta con un traductor y defensor, pero que conozcan la lengua y cultura respectiva, de manera que cuando esos derechos no se garantizan existe una violación a las leyes que rigen el procedimiento penal.....94

—F—

FORMALIDADES DEL PROCEDIMIENTO. RECOPILACIÓN OFICIOSA DE ELEMENTOS PARA DETERMINAR LAS COSTUMBRES Y ESPECIFICIDADES CULTURALES. Cuando se tiene a una persona indígena con carácter de inculpado para hacer efectivo su derecho de pleno acceso a la jurisdicción, la recopilación oficiosa de elementos que permitan valorar sus costumbres y especificidades, forman parte del procedimiento, de manera que cuando se omite recabarlos, ello se traduce a una violación a las leyes que rigen el procedimiento penal. Así también, para garantizar un debido proceso legal a un inculpado indígena, legitimar un efectivo acceso a la justicia y hacer válidos sus derechos de igualdad, se le debe proveer, entre otras cosas, tanto de un intérprete, como de un abogado, que tengan conocimiento de su lengua y su cultura, pero, además, deben recabarse dictámenes periciales antropológicos, así como opiniones de miembros de la comunidad indígena con reconocido prestigio en el conocimiento de los usos y costumbres de la comunidad, los cuales deben ser recabados antes de dictar sentencia.....95

—I—

INCULPADO, PERSONA INDÍGENA. CON INDEPENDENCIA DE QUE UNA PERSONA HABLE DOS LENGUAS, UNA DE ELLAS, EL ESPAÑOL, NO POR ELLO PIERDE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. El criterio determinante para establecer cuando una persona es indígena, se traduce en la autoconciencia o autoadscripción (acto voluntario de persona que, teniendo un vínculo cultural, histórico, político, lingüístico o de otro tipo, deciden identificarse como miembros de

un pueblo indígena reconocido por el Estado mexicano, siendo así una manifestación de identidad y expresión de pertenencia cultural que no depende de la anuencia del Estado o de algún proceso para su reconocimiento), a determinado pueblo o comunidad cultural. En ese sentido, será persona indígena quien se autoadscriba y reconozca así mismo como tal; lo cual implica asumir como propios los rasgos sociales y las pautas culturales, que caracterizan a los miembros de las comunidades indígenas. No obstante, la Constitución Federal adjunta a la condición de ser indígena, derechos variados, algunos de contenido lingüístico específico, pero como la mayoría carecen de él, la autoconciencia o autoadscripción como indígena, no podrán definir esa calidad en base a la competencia monolingüe en la lengua indígena, siendo incorrecto afirmar que la protección constitucional que obliga a tener en cuenta las costumbres y especificidades culturales de las personas indígenas en los juicios y procedimientos en que sean parte, sólo resulta aplicable para quienes hablan una lengua indígena y además no entienden ni hablan español.....94

—P—

PERSONAS INDÍGENAS. DEBIDO PROCESO Y ADECUADO ACCESO A LA JUSTICIA. De conformidad con lo que establece el artículo 12 del Código Nacional de Procedimientos Penales, mismo que a la letra señala: "Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a ninguna medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un Órgano jurisdiccional plenamente establecido, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen", es necesario para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de los grupos "vulnerables", que se les reconozcan sus derechos, bajo parámetros del artículo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, tomando en cuenta su lengua, sus especificidades culturales; sin pasar por alto su condición de marginación, de exclusión social o grado de vulneración a la que histórica y tradicionalmente han sido sometidos, y que cuenten con un traductor, pues sólo así se garantiza el debido proceso y adecuado acceso a la justicia a éste grupo de personas.....93

Estudios Jurídicos

Sistema acusatorio, su incompatibilidad con el plazo constitucional
Sadot Javier Andrade Martínez 135

Reforma constitucional al artículo 19, respecto del auto a vinculación a proceso.
Rafael Guerra Álvarez 163

Gobierno electrónico, justicia abierta y ciberjusticia en materia electoral (juicio en línea).
Moisés Vergara Trejo 175

Publicaciones Especiales

Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica 197

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicación 399

Índice de Sumarios

SEXTA SALA CIVIL

Materia Civil

Saneamiento por evicción. Acción para su procedencia. El artículo 2119 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que la acción para que proceda el saneamiento para el caso de evicción, se da cuando el adquiriente es privado total o parcial por sentencia ejecutoria en razón de algún derecho anterior a la adquisición; lo que en la especie aconteció que el quejoso, quien persona diversa al actor en el presente juicio obtuvo la protección y el amparo de la justicia federal para efecto de que se dejara insubsistente primero, el emplazamiento practicado a dicha persona y como consecuencia de ello, también la adjudicación que se hizo a la Institución de crédito respecto del inmueble materia del presente juicio; en virtud de la cual la parte actora acreditó haber sido privado de manera total de su bien inmueble materia de compraventa, en razón de la existencia de un mejor derecho que el suyo y por tanto resulta fundada su acción de saneamiento por evicción, criterio que se robustece con la tesis de jurisprudencia cuya voz es del tenor siguiente: "Evicción. Para la condena al saneamiento por dicha hipótesis, bastará demostrar que mediante resolución el adquiriente de un bien o derecho lo perdió total o parcialmente por la declaratoria de existencia de un mejor derecho que el suyo." 7

JUZGADO DÉCIMO PRIMERO DE LO CIVIL DE PROCESO ORAL

Materia Civil

Nulidad del acto. Poder y mandato dejan de tener efectos al momento del fallecimiento. De conformidad con el artículo 2595 fracción III del Código Civil de la Ciudad de México, que a la letra señala: "El mandato termina: III. Por la muerte del mandante o mandatario", esto consiste en la inexistencia del vínculo o nexo jurídico entre las partes al momento de la celebración del contrato; siendo que la nulidad de un acto puede invocarse por cualquier interesado y en el caso a estudio invocaron la nulidad de la escritura de compraventa, ya que el poder y mandato habían terminado dejando de surtir efectos jurídicos al momento del fallecimiento del mandante. Situación que se robustece con lo dispuesto en el articulado 1801 de la ley en comento, que dispone que ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley. 31

JUZGADO VIGÉSIMO DE LO CIVIL DE CUANTÍA MENOR
Materia Civil

Perfeccionamiento de documento proveniente de tercero. Valor probatorio. El artículo 203 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece que el documento privado forma prueba de los hechos mencionados en él, sólo en cuanto sean contrarios a los intereses de su autor, cuando la ley no disponga otra cosa. El documento proveniente de un tercero sólo prueba en favor de la parte que quiere beneficiarse con él y contra su colitigante, cuando éste no lo objeta. En caso contrario, la verdad de su contenido debe demostrarse por otras pruebas. Dicho de otro modo, perfeccionar los documentos ofrecidos por las partes para el caso de que sean objetados, esto es, a complementar la prueba con los medios procesales necesarios que sean los que les den propiamente la validez, ya que el simple ofrecimiento de un documento sin una medida de perfeccionamiento adecuada carece de valor suficiente para fundar las acciones o excepciones en un determinado juicio. Por tanto, todos los documentos venidos a juicio en vía de prueba deberán ser ofrecidos complementándolos con los medios necesarios para su perfeccionamiento en caso de objeción, y para la parte que los objeta deberá aportar junto con la objeción las pruebas idóneas que demuestren la invalidez. De tal forma, que el derecho procesal de objeción, en cuanto a los documentos, deberá ser razonado jurídicamente y soportado con los medios de prueba idóneos, tanto para el actor como para el demandado. En el caso de quien las ofrece en juicio, ya sean de las partes o provenientes de terceros, será necesario perfeccionarlos para el caso de objeción, y por tanto, no pierdan eficacia en cuanto al alcance probatorio que se les pretenda dar.....49

JUZGADO QUINTO DE LO FAMILIAR EN PROCESO ORAL
Materia Familiar

Derecho a la identidad de niños y niñas. Comprende diversos elementos, entre ellos la filiación. La identidad, uno de los derechos integrantes del conjunto de atributos de la personalidad, tanto desde el punto de vista psicológico como jurídico, siendo no sólo uno más de los elementos que conforman la esencia del ser humano como tal, sino representa la individualidad de cada uno y potencialidad de desarrollarse como persona y como parte de un grupo social. De ahí que, el artículo 338 del Código Civil del Distrito Federal establece: "La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros". El Estado mexicano tiene el deber de adoptar las medidas adecuadas para asegurar y preservar el desarrollo de los derechos humanos de todas las personas,

como se establece en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 7o. de la Convención sobre los Derechos de los Niños, consagran el derecho de éstos, a llevar un nombre, a adquirir una nacionalidad y de ser posible a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos. La nulidad del reconocimiento de un hijo, no debe confundirse con la anulación decretada vía sentencia judicial, con la revocación del reconocimiento a manera de la retractación. El reconocimiento de las niñas y los niños es un acto jurídico unilateral (se presenta la menor al oficial del Registro Civil por uno sólo de los padres) y plurilateral (cuando comparecen ambos progenitores), solemne (se realiza bajo una formalidad especial de la cual dependa la existencia del acto jurídico), ya que el reconocimiento se otorga de las cinco únicas formas que reconoce la ley, que son: acta de nacimiento, acta especial de reconocimiento ante el oficial del Registro Civil, testamento, escritura pública o confesión judicial directa y expresa, irrevocable (en virtud de que se asienta el consentimiento para tal acto jurídico), asumiendo que reconocen a favor del registrado, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación. No puede quedar privado de efectos por la sola voluntad de quien lo llevó a cabo, ni retractarse. Establecido el reconocimiento, la condición de hijo no se extinguirá, ni perderá, sino mediante sentencia que cause ejecutoria. Es controvertible, ya que puede ser anulado o impugnado para destruirlo quedando sin efecto, siendo permitida la admisión de pruebas que demuestren que el reconocimiento realizado es contrario a la verdad.....65

SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA EN JUSTICIA PARA ADOLESCENTES

Ilicitud de la prueba al haberse obtenido con vulneración a derechos fundamentales. La omisión de designar al defensor del indiciado desde el momento en que es puesto a disposición del Ministerio Público no genera automática e indiscriminadamente la anulación por ilicitud de pruebas, sino sólo de las directamente vinculadas con la falta de designación; esto es, para el dictado de una resolución de no vinculación a proceso, el juez hace una declaratoria de ilicitud de pruebas, siendo nulas al haberse obtenido con una vulneración a los derechos fundamentales y en particular a que el adolescente no se encontró asistido por un defensor especializado, haciendo aplicación de criterios jurisprudenciales, el juez, atiende a la petición que realizó el defensor público en esa audiencia, y básicamente parte de las declaraciones que hiciera en su momento un defensor público y un agente de Ministerio Público adscritos a una agencia dedicada a los delitos de narcomenudeo, estimando en primer término, si es verdad que se le asignó un defensor, y no refiriéndose a si el defensor tenía especialidad. Desde el momento en que es nombrado un defensor, tiene la obligación de proporcionar una verdadera asistencia jurídica, debe hacer saber a los imputados que tienen derechos,

cuáles son los alcances de estos derechos, las herramientas con las que cuentan; conforme lo establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 117, y la Ley de la Defensoría Pública en su articulado 19.....81

OCTAVA SALA PENAL
Materia Penal

Autoadscripción. Momento en que el inculpado como persona indígena debe realizarla. La calidad del indígena debe identificarse en las primeras etapas del procedimiento, para asegurar como derechos esenciales primarios al inculpado indígena, que cuenta con un traductor y defensor, pero que conozcan la lengua y cultura respectiva, de manera que cuando esos derechos no se garantizan existe una violación a las leyes que rigen el procedimiento penal.....94

Formalidades del procedimiento. Recopilación oficiosa de elementos para determinar las costumbres y especificidades culturales. Cuando se tiene a una persona indígena con carácter de inculpado para hacer efectivo su derecho de pleno acceso a la jurisdicción, la recopilación oficiosa de elementos que permitan valorar sus costumbres y especificidades, forman parte del procedimiento, de manera que cuando se omite recabarlos, ello se traduce a una violación a las leyes que rigen el procedimiento penal. Así también, para garantizar un debido proceso legal a un inculpado indígena, legitimar un efectivo acceso a la justicia y hacer válidos sus derechos de igualdad, se le debe proveer, entre otras cosas, tanto de un intérprete, como de un abogado, que tengan conocimiento de su lengua y su cultura, pero, además, deben recabarse dictámenes periciales antropológicos, así como opiniones de miembros de la comunidad indígena con reconocido prestigio en el conocimiento de los usos y costumbres de la comunidad, los cuales deben ser recabados antes de dictar sentencia.....95

Inculpado, persona indígena. Con independencia de que una persona hable dos lenguas, una de ellas, el español, no por ello pierde la protección constitucional. El criterio determinante para establecer cuando una persona es indígena, se traduce en la autoconciencia o autoadscripción (acto voluntario de persona que, teniendo un vínculo cultural, histórico, político, lingüístico o de otro tipo, deciden identificarse como miembros de un pueblo indígena reconocido por el Estado mexicano, siendo así una manifestación de identidad y expresión de pertenencia cultural que no depende de la anuencia del Estado o de algún proceso para su reconocimiento), a determinado pueblo o comunidad cultural. En ese sentido, será persona indígena quien se

autoadscriba y reconozca así mismo como tal; lo cual implica asumir como propios los rasgos sociales y las pautas culturales, que caracterizan a los miembros de las comunidades indígenas. No obstante, la Constitución Federal adjunta a la condición de ser indígena, derechos variados, algunos de contenido lingüístico específico, pero como la mayoría carecen de él, la autoconciencia o autoadscripción como indígena, no podrán definir esa calidad en base a la competencia monolingüe en la lengua indígena, siendo incorrecto afirmar que la protección constitucional que obliga a tener en cuenta las costumbres y especificidades culturales de las personas indígenas en los juicios y procedimientos en que sean parte, sólo resulta aplicable para quienes hablan una lengua indígena y además no entienden ni hablan español.....94

Personas indígenas. Debido proceso y adecuado acceso a la justicia. De conformidad con lo que establece el artículo 12 del Código Nacional de Procedimientos Penales, mismo que a la letra señala: "Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a ninguna medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un Órgano jurisdiccional plenamente establecido, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen", es necesario para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de los grupos "vulnerables", que se les reconozcan sus derechos, bajo parámetros del artículo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, tomando en cuenta su lengua, sus especificidades culturales; sin pasar por alto su condición de marginación, de exclusión social o grado de vulneración a la que histórica y tradicionalmente han sido sometidos, y que cuenten con un traductor, pues sólo así se garantiza el debido proceso y adecuado acceso a la justicia a éste grupo de personas.....93

Índice General

Materia Civil	5
Materia Familiar	63
Materia Justicia para Adolescentes	79
Materia Penal	91
Estudios Jurídicos	133
Publicación Especial	195
Índice del Tomo 344	415
Índice de Sumarios	421

Anales de Jurisprudencia

Mgdo. Álvaro Augusto Pérez Juárez
Presidente del Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México

Consejeros de la Judicatura de la Ciudad de México

Mtra. Ana Yadira Alarcón Márquez
Dra. Blanca Estela del Rosario Zamudio Valdés
Mtra. Aurora Gómez Aguilar
Lic. Jorge Martínez Arreguín
Dr. Miguel Arroyo Ramírez

La Dirección de Anales de Jurisprudencia y Publicaciones invita a los magistrados, jueces, abogados y estudiosos del Derecho al envío de artículos y estudios jurídicos originales para su publicación.

Los escritos deberán ser presentados en medio impreso y electrónico, con la correspondiente división de títulos y subtítulos. Toda la correspondencia deberá ser enviada a la Dirección de Anales de Jurisprudencia y Publicaciones, ubicada en Dr. Claudio Bernard No. 60, 1er. Piso, Esquina Doctor Jiménez, Colonia Doctores, delegación Cuauhtémoc, C.P. 06720, Ciudad de México. Teléfonos, 5134 1441 y 51341100 Ext. 2321. Correo electrónico: analesjurisprudencia.publicaciones@tsjdf.gob.mx.

Los artículos firmados son responsabilidad exclusiva de sus autores, y no reflejan en modo alguno el criterio u opinión de la Institución.

1933 - 2017

X Época

2017,
Año del Centenario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos