



ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA

*Análisis crítico a la
Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
en el fallo sobre fertilización in vitro*

Manuel Ramos-Kuri
Coordinador



ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA



Artavia Murillo vs. Costa Rica

Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro

Primera edición, diciembre, 2016.

© Centro de Investigación Social Avanzada A. C.

ISBN: en trámite

Fray Luis de León #1000,

Col. Centro Sur, C. P. 76090, Querétaro, Querétaro.

Teléfono (442) 245 2214 / www.cisav.mx

Autores

Ligia De Jesús Castaldi

Jorge A. Oviedo Álvarez

Max Silva Abbott

Aracely Ornelas Duarte

Agustín Herrera Fragoso

José Antonio Sánchez Barroso

Hugo Saúl Ramírez

Manuel Ramos-Kuri

Coordinador:

Manuel Ramos-Kuri

Fotografía de portada

Diseño

Juan Antonio García

Se autoriza cualquier reproducción parcial o total de los contenidos de la publicación, incluyendo el almacenamiento electrónico, siempre y cuando sea sin fines de lucro o para usos estrictamente académicos, citando invariablemente la fuente sin alteración del contenido y reconociendo los créditos autorales.

ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA

Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro

Alcances del juicio sobre el inicio de la vida humana,
y sus posibles repercusiones a nivel continental

Manuel Ramos-Kuri
Coordinador

ÍNDICE

PRÓLOGO

Dr. Javier Saldaña

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

9

INTRODUCCIÓN

Manuel Ramos-Kuri

17

SECCIÓN I

ANÁLISIS JURÍDICO

CAPÍTULO I

El caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (fecundación in vitro):
la redefinición del derecho a la vida desde la concepción,
reconocido en la Convención Americana.

Ligia De Jesús Castaldi

Jorge A. Oviedo Álvarez

27

CAPÍTULO II

Los posibles efectos continentales del caso
Artavia Murillo vs. Costa Rica a la luz del actual estado
del derecho internacional de los Derechos Humanos

Max Silva Abbott

79

CAPÍTULO III

Interpretación del Artículo 4.1:
Revisión y análisis de la práctica ulterior de los estados miembros
de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Aracely Ornelas Duarte

115

SECCIÓN II
ANÁLISIS FILOSÓFICO

CAPÍTULO IV

Sentencia Artavia Murillo vs. Costa Rica
y los principios de imparcialidad y precaución

Hugo Saúl Ramírez

149

El valor de la vida humana incipiente desde una perspectiva ética y bioética

Agustín Herrera Fragoso

159

CAPÍTULO V

La Dignidad Humana y Derechos Humanos

José Antonio Sánchez Barroso

177

ANÁLISIS BIOLÓGICO

CAPÍTULO VII

El término concepción.
Definición científica y errores de la Corte IDH al intentar redefinirla

Manuel Ramos-Kuri

217

CAPÍTULO VIII

Efectos adversos de la fertilización in vitro

Manuel Ramos-Kuri

237

CONCLUSIONES

Manuel Ramos-Kuri

255

ANEXO

Declaración de Guanajuato

267

SEMBLANZAS DE LOS AUTORES

Ligia De Jesús Castaldi

Profesora de Derecho Internacional, Ave Maria School of Law, Estados Unidos (LL.M. (Harvard Law School)). Amicus curiae en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* junto a antiguo Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Rafael Nieto Navia, entre otros.

Jorge Andrés Oviedo Alvarez

Miembro de la representación del Estado en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Procurador Adjunto del Área de Derecho Público, Procuraduría General de la República de Costa Rica. Licenciado en Derecho por la Escuela Libre de Derecho, Costa Rica

MAX SILVA ABBOTT

Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad de San Sebastián, sede Concepción, Chile.

ARACELY ORNELAS DUARTE

Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Chihuahua, estudió la Maestría en ciencias de la familia en el Instituto Juan Pablo II en Roma, Italia y la Maestría en estudios teológicos en biotecnología y ética en la sesión estadounidense del mismo instituto en Washington D.C. Actualmente funge como coordinadora de la División de Estudios de Género y Familia en el CISAV.

HUGO SAÚL RAMÍREZ GARCÍA

Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (España). Actualmente, profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Campus México. Investigador Nacional Nivel 2 del Sistema Nacional de Investigadores, CONACYT. Actualmente Director del Programa de Doctorado en Derecho, de la Facultad de Derecho, Universidad Panamericana, campus México.

Agustín Antonio Herrera Fragoso

Licenciado y Maestro en Derecho, Especialista en Derechos Humanos, Candidato a Doctor en Bioética y Biojurídica por la Cátedra UNESCO de Madrid, España, autor de los libros *La Nueva Eugenesia, Bioética y Derechos Humanos*, *El Cuidado en la Bioética y La Marihuana y su legislación en México*; actualmente Director de Derechos Humanos e Investigación Normativa en Salud, en la Coordinación General de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Secretaría de Salud Federal.

JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ BARROSO

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Catedrático definitivo por concurso de oposición en la Facultad de Derecho de la misma universidad, Profesor-Investigador de la Universidad Panamericana y Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

MANUEL RAMOS-KURI

El Dr. Manuel Ramos realizó sus estudios desde bachillerato hasta doctorado en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Licenciatura en Medicina, maestría en Investigación en Inmunología y doctorado en Genética Molecular. Además de ser investigador de tiempo completo de la División de Bioética del CISAV continúa una investigación post-doctoral en el Hospital Mount Sinai de Nueva York, sobre el uso del gen Ras como posible terapia génica en enfermedades cardíacas.

PRÓLOGO AL CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) VS. COSTA RICA

JAVIER SALDAÑA SERRANO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM

Mahatma Gandhi en la carta que le escribió al Director General de la UNESCO el 25 de mayo de 1947, a propósito de la solicitud de éste para reflexionar sobre los derechos del hombre señaló: “De mi ignorante pero sabia madre aprendí que los derechos que pueden merecerse y observarse proceden del deber bien cumplido. De tal modo que sólo somos acreedores del derecho a la vida cuando cumplimos el deber de ciudadanos del mundo. Con esta declaración fundamental, quizá sea fácil definir los deberes del Hombre y de la Mujer y relacionar todos los derechos con algún deber correspondiente que ha de cumplirse primero. Todo otro derecho sólo será una usurpación por la que no merece la pena luchar”.

He querido comenzar con estas palabras el prólogo de este libro porque si he interpretado bien al padre de la India, el primer deber que como ciudadanos del mundo tenemos, en contrapartida con los acreedores del derecho a la vida, es el de respetarla incondicionalmente, es decir, el de nunca atentar arbitrariamente contra ella.

Vale la pena recordar este postulado iusfilosófico porque este principio fue la base sobre el que se erigió todo el andamiaje de los derechos humanos en el mundo moderno, pero también porque hoy –desgraciadamente–, está sufriendo sus más graves atentados. Para esto no se están escatimando esfuerzos, se están utilizando todos los instrumentos que al alcance se tienen –incluso los de carácter técnico-jurídico– para violentarlo, especialmente en las etapas más tempranas de la existencia humana. Es verdad que en otros momentos de la historia se atentó

contra la vida y dignidad de grupos de personas determinadas, pero hoy no hace falta más que asomarse al espacio público para constatar la «generalización» de esta violación al derecho más fundamental de los derechos humanos como es el de la vida.

Lo anterior es ya de por sí grave, pero lo es aún más cuando la violación al referido derecho se lleva a efecto en connivencia y complicidad con instituciones –tanto nacionales como internacionales– que fueron constituidas para el reconocimiento y respeto de tales derechos humanos, no para la contravención de los mismos como es el caso de Corte interamericana dependiente de la Convención Americana de Derechos Humanos, mejor conocida como Pacto de San José de Costa Rica de 1969.

Lo anterior tiene su base en lo que ya es públicamente conocido como el caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, emitido el 28 de noviembre del 2012 y por el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el gobierno costarricense debía levantar la prohibición a las técnicas de fertilización *in vitro* (FIV), así como la implementación de dichas técnicas en su sistema de seguridad social, imponiendo además al gobierno de Costa Rica una indemnización para cada una de las parejas demandantes por la cantidad de veinticinco mil dólares americanos.

Evidentemente que estas no fueron las únicas sanciones que la Corte impuso a Costa Rica, ésta fue, por supuesto, más allá, y en una determinación «desproporcionada» –por calificarla menos– decidió, entre otras cosas, concluir que: “respecto al artículo 4.1. de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada” (párrafo 222 del fallo);¹ o que de los diversos métodos de interpretación que ha utilizado la Corte se concluye que “el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1. de la Convención Americana” (párrafo 264). Algo verdaderamente desmedido de lo que en principio se le había solicitado.

A mi modo de ver, lo anterior nos coloca ante un problema que hoy es crucial para el respeto de los derechos humanos, que es el de su internacionalización, esto es, debemos reflexionar si depositar tanta confianza en tal internacionalización ha resultado benéfico realmente

¹ Recordemos que el artículo 4.1. del Pacto de San José 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”.

para la salvaguarda y garantía de los derechos humanos, o convendría mejor revisar dicha internacionalización y los documentos e instancias que los acompañan.

Si recordamos bien, la internacionalización de los derechos humanos ha servido para tomar conciencia de la importancia supranacional de estos derechos y de la desconfianza que implicaba dejar sólo en manos de los Estados la protección de los mismos. En definitiva, a través de este proceso de internacionalización se reconoció que la protección de los derechos humanos era de tal magnitud que no podía ser dejada exclusivamente al Estado, sino que la comunidad internacional debía de coimplicarse en la defensa de ellos.

Este fue el primer gran momento de internacionalización de los derechos humanos, en el cual es posible observar cómo después de la Segunda Guerra Mundial existió una real y auténtica preocupación por la protección de estos derechos. En cambio, hoy asistimos a un segundo momento iniciado a principios de los años noventa (con antecedentes en los sesentas y setentas) que ya no refleja tan claramente dicha preocupación. Como podemos constatar, este segundo momento está siendo impulsado por un conjunto de instituciones y organismos –incluso internacionales– a los que les interesa más imponer su ideología que una auténtica preocupación por los derechos humanos.

No hace falta más que echar un vistazo al origen y nacimiento de tal internacionalización para darse cuenta que el primer momento anunciado no planteó ningún problema, más aún, existió un amplio consenso de la comunidad internacional para aceptar tanto los derechos humanos reconocidos en los documentos internacionales como el sistema de garantías que en ellos se reconoce. El problema vino después, porque dicho proceso de internacionalización cambió sus objetivos, produciendo –entre otras cosas– un material normativo internacional (las sentencias y jurisprudencia internacional) que ha venido a trastocar todo el sistema jurídicos interno de los Estados, modificando radicalmente el paradigma del Estado-nación. ¿Cómo fue que se llegó a este extremo?

Para dar respuesta a la pregunta anterior quizá convenga recordar que el objetivo fundamental de la Carta de la ONU de 1945 –además del mantenimiento de la paz y la seguridad mundial– fue dotar a la comunidad internacional de un documento que defendiera la vida, la seguridad y la igualdad de derechos entre los seres humanos, tal documento fue la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,

siendo completada y precisada más adelante por los dos Pactos de 1966, tanto el de derechos civiles y políticos como el de derechos económicos, sociales y culturales; y, para el caso del continente americano, el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, siendo todos estos documentos jurídicos obligatorios para aquellos estados que los consintieran. A la par de esto y como ha señalado Mónica Pinto,² todos estos documentos no sólo establecen una nómina de derechos humanos, sino también integran lo que se conoce como *sistema internacional de protección de derechos humanos*.

Pues bien, este sistema de internacionalización de los derechos humanos que se tuvo claro hasta hace relativamente poco tiempo, hoy ha venido a subvertirse totalmente con la promoción de los llamados «nuevos derechos», entre ellos, el derecho que se tiene a tener un hijo a través de los métodos de fertilización asistida (FIV), amparado en los derechos sexuales y reproductivos. Derechos estos promovidos por instancias de autoridad internacional que compiten con el Estado, y cuyas acciones y decisiones van generando una autoridad jurídica superior y muchas veces de última instancia.

Lo anterior está planteando graves problema cara al derecho nacional y cara también a los derechos humanos. Uno de estos dilemas es que si bien es verdad que los Estados firmantes del Pacto de San José han aceptado voluntariamente la competencia –en este caso de la Corte–, tal vinculación ha sido atendiendo, en primerísimo lugar, a lo que expresamente dice el documento signado, nunca a la decisión de unos jueces que no sólo dicen algo completamente distinto al texto de la Convención, sino hasta contradictorio con lo que establece exactamente el Pacto. Así, por ejemplo, el artículo 1.2. del referido documento establece: “Para los efectos de esta Convención persona es todo ser humano”.

Pues bien, los jueces americanos en este caso dijeron que el embrión –un ser humano– no es persona, ni le alcanzan los efectos protectores del artículo 4.1 de la Convención. ¿Qué seguridad hay en el derecho nacional cuando el Estado se comprometió a lo que el Pacto establece y no a lo que los jueces americanos dicen que dice? ¿qué criterio de interpretación utilizan estas personas para justificar algo completamente contradictorio con lo que establece el documento?.

² PINTO, Mónica. “El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado”. *Fondo de Cultura Económica*. 2ª ed. p. 40.

Pero hay más, si reseñamos lo que determina el artículo 4.1. del Pacto de San José, nos daremos cuenta que literalmente señala que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, que tal derecho estará protegido por la ley, y que esta protección comienza desde el momento de concepción. Pues esto, que a cualquier persona le parecería diáfano, a los señores jueces no les pareció, y se atrevieron a señalar que el objeto directo de protección de este artículo era fundamentalmente la mujer embarazada. ¿No resulta desconcertante esta conclusión?. ¿Qué acaso con la fecundación *in vitro* se pone en riesgo la vida de la madre?, ¿De dónde extrajeron que el artículo referido protegía a la mujer embarazada y no al concebido?.

Me parece que las respuestas a las anteriores preguntas sólo pueden contestarse diciendo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no está respondiendo a la protección de estos derechos, sino que está sirviendo a una ideología liberal de corte radical, que por muy importante que sea, no puede ser asumida, ni impulsada, ni mucho menos defendida por ningún juez, menos por el juez supranacional como es el americano, pues se estaría atentando contra los principios más elementales del derecho (el debido proceso), y también de la ética judicial (independencia, imparcialidad, objetividad).

Abonando más a lo anterior, no debemos olvidar que a partir de la década de los años noventa, la ONU ha venido organizando una serie de conferencias internacionales que abarcan distintos aspectos de la vida social. Algunas de las más importantes han sido: la Conferencia sobre los «Niños», realizada en Nueva York en 1990; la Conferencia sobre «Población» celebrada en el Cairo en 1994; la Conferencia sobre la «Mujer» efectuada en Pekín en 1995. La propuesta de estas y otras conferencias es clara: proponer nuevos valores a través de imponer un nuevo consenso mundial para cambiar la mentalidad aceptada hasta entonces.

Lo significativo de esto es que muchos de los argumentos que se encuentran en tales Conferencias están siendo incorporados y reproducidos en los ordenamientos nacionales. Así, mucho del material normativo que instancias internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos va produciendo tiene como base las referidas Conferencias. Para muestra basta un botón: el párrafo 148 del caso *Artavia Murillo* establece: “El programa de acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en el Cairo en 1994, y la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer celebrada en Beijín en 1995, contienen defini-

ciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer. De acuerdo con la Conferencia Internacional sobre Población y 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 pertenecientes a las Naciones Unidas aprobados por consenso (...)’”.

Dos cosas conviene señalar a lo anterior. En primer lugar, resulta especialmente preocupante la tergiversación y manejo maniqueo que se hace del derecho por parte de organismos internacionales y en este caso de los jueces americanos, porque como puede verse, se pretende hacer pasar por jurídico un argumento que en rigor no lo es, como es el caso del consenso al que se llegó en esas reuniones internacionales. Habrá que decirlo con claridad: a lo que se arribó en aquellas conferencias fue simplemente a una serie de acuerdos, pero no a una obligación jurídica para implementarlos. Las normas en un Estado de Derecho siguen otro procedimiento al mero consenso para ser obligatorias. Con esto se demuestra como se pretende hacer pasar por vinculantes simples acuerdos, que dicho sea de paso, fueron bastante débiles al haber muchas reservas y reticencias por parte de varios países en las conclusiones.

Lo segundo es que resulta muy desconcertante decir que estos derechos (los sexuales y reproductivos) ya están en las leyes de los países respectivos. Si esto fuera así *Artavia Murillo* simplemente no hubiera llegado a la Corte, simplemente porque aunque no hubiera estado en el ordenamiento nacional de Costa Rica, ya estaría de todos modos en el ordenamiento internacional. Sin embargo, y más allá de lo contradictorio de esta afirmación, conviene señalar que la integración de este tipo de derechos al terreno de los documentos internacionales no es tan «natural» como pretende hacerse creer con el párrafo 148 del caso en comento, ni menos aún puede ser considerada como innecesaria su discusión y debate democrático.

Teniendo como base las consideraciones anteriores y tomando en cuenta las desproporcionadas conclusiones a las que llegó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, quizá sea oportuno reflexionar sobre la necesidad de replantear no sólo el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, sino en general todo el sistema de protección establecido por la ONU, porque como es públicamente conocido, muchos de los organismos dependientes de ésta (OMS, OMC,

FAO, etcétera), van introduciendo sistemas normativos diferentes al estatal y, lo más delicado, muchas veces incluso contrario a éste. No debemos olvidar que hay quien sostiene una restructuración radical de la ONU ante los pobres objetivos logrados por esta organización en el mantenimiento de la paz mundial.³

Ahora bien, para efectos de nuestro continente, conviene igualmente señalar que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos tendría igualmente que ser objeto de un profundo ajuste y replanteamiento por varias razones. En primer lugar, porque tanto la Comisión como la propia Corte (tal y como viene sucediendo con instancias análogas al interior de los países respectivos), no están cumpliendo con los objetivos para los que fueron creadas dada la fuerte influencia de un particular tipo de ideología que se está encargando de hacer pasar por derechos humanos, pretensiones completamente diferentes a estos.

En segundo lugar y vinculado con lo anterior, conviene estar atentos con estos «nuevos derechos» que se están imponiendo desde dichas instancias internacionales, no solamente porque aún queda por discutir su pertinaz naturaleza de derechos (lo que nos llevaría a hablar de derechos inauténticos), sino porque la manera en la que están introduciéndose en los sistemas normativos de los países respectivos, no es conforme con las reglas básicas establecidas en cualquier Estado de Derecho medianamente desarrollado.

Finalmente, me parece que se hace necesaria una revisión profunda del sistema de protección interamericano de derechos humanos, porque las personas que están siendo nombradas como jueces probablemente no reúnan los requisitos de legitimidad necesarios para el cargo. No solamente porque las motivaciones de sus sentencias sean deficientes, al hacer decir a la Convención algo que ella no dice, haciendo saltar por los aires el principio de legalidad, sino porque también puede ser que no sean las personas más idóneas éticamente hablando, pues ante un claro conflicto de intereses como existió en el caso *Artavia Murillo* por parte de algunos jueces que lo decidieron, estos no se excusaron de conocerlo, faltando gravemente a la independencia, imparcialidad y objetividad judicial.

³ DOMINGO, Rafael. “¿Qué es el derecho global?” *Thomson-Aranzadi*. 2ª ed. 2008, *passim*.

Por todas estas razones conviene hacer un alto en el camino y ver con un razonado escepticismo las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto antes de que pueda generalizarse –aún más–, la desconfianza y descrédito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y se llegue a la eventual denuncia y abandono de tal sistema. Algo que en los tiempos que corren no conviene a nadie.

Javier Saldaña Serrano
Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas
UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México)
Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, México

INTRODUCCIÓN AL CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) VS. COSTA RICA

MANUEL RAMOS-KURI

CENTRO DE INVESTIGACIÓN SOCIAL AVANZADA. QUERÉTARO

El 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emitió un veredicto en torno a la prohibición de la Fertilización in vitro de Costa Rica.

Pocos fallos de la Corte IDH han levantado tanta polémica, la cual aún resuena a cuatro años después de emitido el juicio.

El presente libro recopila una serie de análisis en torno a este juicio, y muestra datos importantes que sugieren la necesidad de revisar algunas de las actuaciones de la Corte IDH que ponen en riesgo la viabilidad del sistema interamericano de Derechos Humanos.

Los dos principales objetivos del presente libro son: por un lado hacer un llamado de atención a la Corte IDH, por lo que parece ser una excesiva intromisión de ésta en la ejecución de sus sentencias, lo que pone en riesgo la soberanía de los estados americanos. Por otro lado hacer notar que la desprotección al no nacido contenida en este juicio, se opone a la propia Convención Americana de Derechos Humanos, la cual le otorga amplia protección al *nasciturus*. Los Jueces de la Corte IDH, afirmaron que el embrión merece una protección legal, que ellos calificaron de gradual. Pero el piso de esa protección gradual, no pueden ser menos que los Derechos Humanos.

El análisis presente no busca denostar en modo alguno a la Corte, la cual ha protegido los derechos humanos de manera relevante en nuestro continente; y envían una señal de alerta a la Corte IDH para que logre juicios verdaderamente imparciales en temas polémicos.

Antecedentes históricos. A fin de evitar la repetición en cada capítulo de los antecedentes del caso Artavia Murillo, hacemos aquí un breve resumen. El 28 de noviembre del 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una polémica resolución contra Costa Rica en el *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*.

Como primer antecedente la fecundación in vitro (FIV) se prohibió en Costa Rica mediante la Resolución del 15 de marzo de 2000, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. En ella se declaró inconstitucional una regulación previa, el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, del 3 de febrero de 1995, que originalmente permitía y reglamentaba la FIV. La razón para prohibirla fue porque viola el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención) referido al “Derecho a la Vida”, que protege la vida humana desde el momento de la concepción expresamente, al señalar:

4.1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

En aquella ocasión, la SCJ-CR prohibió la FIV, argumentando que ésta produce la pérdida de un gran número de embriones en estadio temprano¹. De ahí su decisión de proteger eficazmente al embrión desde el momento mismo de la concepción, como manda la Convención.

Posteriormente, en el año 2008, un grupo de parejas costarricenses con problemas de infertilidad demandó a su país, alegando que la decisión del año 2000 de la Suprema Corte atentaba contra la libertad de formar una familia, también defendida en la Convención. Es importante mencionar, que el primer grupo de parejas que interpuso la demanda, se desistió de ella cuando supo de los efectos secundarios y de los daños que se producían al embrión como resultado de la FIV. Sin embargo, otras parejas tomaron dicho reclamo y lo llevaron adelante.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tomó el caso y después de aplicar algunos métodos interpretativos² en torno a la fracción ya mencionada, la Corte IDH llegó a cuatro conclusio-

¹ Cerca de cincuenta embriones perdidos por un nacido vivo, según se muestra en el capítulo 8 del presente libro.

² CORTE IDH, *Caso Artavia y otros, “fecundación in vitro” vs. Costa Rica* (2012, Ser. C n° 257) párr.174-264.

nes: *a)* afirmó “que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana.”³ *b)* Separó los conceptos de “concepción” y de “fertilización”, asegurando que “la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar *hasta* el momento en que el embrión se implanta en el útero,⁴ por lo tanto, lo estipulado por la Convención no se aplicaría antes de este evento.” *c)* Afirmó que, de acuerdo a la expresión “en general”, la protección del derecho a la vida no puede ser absoluta, “sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional”;⁵ y *d)* concluyó que “el objeto directo de protección (del artículo 4.1) es fundamentalmente la mujer embarazada.”⁶

El documento con el fallo completo de la Corte IDH está disponible en internet en la página: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Uno de los argumentos centrales de esta Corte en su fallo final contra Costa Rica, fue que la *concepción* sólo se puede comprobar hasta el momento de la implantación, y que por tanto el embrión pre-implantatorio no merece tutela alguna. De esta manera, la Corte IDH fundamentó su resolución intentando redefinir el término *concepción*, considerándolo como un proceso que se puede considerar hasta la implantación del embrión, y no desde la fertilización o unión de óvulo y espermatozoide, según el uso corriente y científico del término.

En base a lo anterior, la Corte resolvió que la prohibición de la FIV vulneraba la integridad personal, la libertad, la vida privada y el derecho a la familia de los peticionarios⁷. En su condena al estado costarricense, esta instancia ordenó, dentro de una larga serie de peticiones, la modificación de su legislación con el fin de incluir⁸ un reglamento que permita de nuevo el ejercicio de la técnica de FIV en dicho país.

Otras peticiones de la Corte IDH al gobierno costarricense, es que implemente las técnicas de FIV en su sistema de seguridad social, así como indemnizar económicamente a las parejas demandantes. Sin embargo, salvo esto último, las dos primeras disposiciones aún no han

³ *Ibid* párr. 264.

⁴ *Idem*

⁵ *Idem*

⁶ *Ibid.* párr.222.

⁷ *Ibid.*, párr. 317.

⁸ *Ibid.*, párr. 334-338.

sido realizadas, en parte porque algunas son de costosa implementación, pero también por la gran polémica que han desatado. De hecho, este año 2016 otro grupo de pacientes costarricenses presentó una nueva queja ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presentado como el caso “*Gómez Murillo y otros (FIV), con respecto de Costa Rica*”, ya que la prohibición general para realizar las técnicas de FIV aún no se ha modificado.

Primeros defectos de la decisión de la Corte IDH. El Juez Eduardo Vío Grossi fue el único Magistrado de la Corte IDH que se opuso al fallo de este tribunal, y por medio de su Voto Disidente, dio una primera e importante luz acerca de las injusticias que se cometían con esta decisión. El Dr. Vio Grossi mostró que Costa Rica no había violado, sino que por el contrario, había aplicado correctamente el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. También demostró cómo el sentido corriente del término *concepción* se refiere a la unión del elemento reproductor masculino al femenino, y que la expresión “en general”, del art. 4.1, no alude a una excepción, ni a una exclusión, como consideró la Corte, sino por el contrario, es inclusiva y protege el derecho a la vida de todo individuo humano desde la concepción. Igualmente, mostró cómo la interpretación sistemática e histórica del término concepción daban la razón a Costa Rica.

Además de estas claras observaciones del Juez Vio Grossi, una primera lectura del Fallo sugiere múltiples errores de fundamentación e interpretación. Algunos equívocos en el campo de la embriología son muy evidentes, y podría ser alegado en favor de la Corte, que la ciencia de la biología del desarrollo tiene una *episteme* diferente a la ciencia jurídica. En el capítulo siete demostramos que estos errores biológicos fueron grandes; y siendo los argumentos fundamentales de la decisión final de la Corte IDH, estos le dejan una grave carencia de fundamento al presente fallo. El libro comienza analizando los aspectos más trascendentes, concretamente en el campo de jurídico, así como los derechos humanos y de derecho internacional. Estos análisis forman el cuerpo de este estudio, y el lector juzgará si demuestran de manera clara los fallos de la Corte IDH.

Objetivos. Según comentamos previamente, la primera preocupación de la presente obra, es el desconocimiento que el *Caso Artavia* hace

de un derecho humano fundamental, como es el derecho a la vida, así como de la personalidad del no nacido.

En este aspecto conviene ser claros: el derecho a la vida está expresamente protegido por la Convención Americana desde el primer momento de su formación, esto es, desde la concepción o fecundación; nuestro estudio muestra que tanto desde el punto de vista biológico como jurídico ambos términos son correspondientes, por lo que la decisión de la Corte IDH contradice al propio Pacto de San José, al cual debería de proteger y obedecer.

Además, al desconocer un derecho humano fundamental, otros derechos quedan en entredicho. Desde el punto de vista práctico, esta desprotección podría dejar al embrión pre-implantatorio como mero objeto de contrato, dando lugar al tráfico de embriones, abuso que suele darse en la industria de la FIV, casi siempre de manera ilegal, pero que con la decisión de la Corte IDH cuenta ahora con apoyo jurídico. Muchos otros resultados negativos son analizados a lo largo del libro y se resumen en la conclusión.

Especialmente nos preocupa que se discrimine a las mujeres y hombres en estadio pre-natal, pues se los deja en una situación altamente vulnerable. Los autores del presente trabajo estamos convencidos que dividir a los seres humanos entre personas sujetos de derechos y otros seres humanos no-persona y sin derechos, es discriminatorio y atenta contra los tratados de Derechos Humanos, que siempre hacen hincapié en la aplicación universal de estos derechos, sin distinción de raza, color, sexo, edad o situación pre o post-natal; y aún en los casos en que hubiera duda respecto de su personalidad jurídica, debería aplicarse siempre el principio pro-persona.

Lo anterior, no sólo en razón de la defensa específica del derecho a la vida de mujeres y hombres por nacer, sino también porque se debilita el derecho a la vida en cualquier situación. Cabe recordar un principio jurídico mencionado por el Dr. Agustín Herrera en el capítulo cuatro de este libro: *La vida humana tiene un valor jurídico fundamental*: su desconocimiento en un grupo de hombres y mujeres, en este caso en etapa de gestación, tendrá inevitables repercusiones negativas sobre todos los demás seres humanos.

De los efectos secundarios de la FIV sobre los embriones y la mujer.

Aunque a primera vista la FIV se presenta como un simple tratamiento médico de infertilidad e incluso representa un avance biotecnológico,

desde el punto de vista bioético muestra varios efectos negativos, tanto para el embrión como para la mujer, además de que la industria de la fertilización asistida ha venido cometiendo de manera rutinaria abusos contra las familias que se someten a estas prácticas. Estos importantes efectos secundarios y la importancia de su regulación han sido una de las preocupaciones de los autores para escribir este libro.

A continuación resumiremos los principales efectos secundarios de las técnicas de FIV, pero en el último capítulo de este libro analizamos a fondo y fundamentamos con bibliografía científica.

La manipulación de seres humanos en etapa pre-natal es preocupante: millones de ellos mueren anualmente para fertilización in vitro, se estima que unos diez millones de ellos se mantienen en crioconservación a nivel mundial, la mayoría de ellos terminarán en un incinerador, algunos serán utilizados para experimentación, otros se utilizarán, muchas veces sin autorización de los padres, para implantarlos en parejas a las que tampoco se les informa que se empleará un embrión de otros padres.

Según mostramos en aquél capítulo, la FIV daña al embrión a varios niveles: incrementa el índice de la enfermedades congénitas en el recién nacido de 5 a 8%; aumenta de manera excesiva los embarazos múltiples: de 1% en población normal hasta 20 o 43% de embarazos gemelares en FIV. A su vez, estos embarazos gemelares son causa de embarazos de alto riesgo, con una elevada mortandad y morbilidad materno-infantil, con alto índice de nacimientos prematuros.

Como es bien sabido, la práctica común del congelamiento de embriones, la cual sólo está prohibida en Italia y Alemania, ha llevado al almacenamiento masivo de éstos en tanques de nitrógeno, fenómeno que ha crecido de manera exponencial en los últimos años. Algunos estimados calculan que a nivel mundial puede haber unos 10 millones de embriones congelados, y que en México existen alrededor de 150,000; según mostramos en el capítulo 7 del presente libro.

Además, la falta de regulación sanitaria en la materia ha llevado a la creación de clínicas clandestinas de FIV. En México se calcula que actualmente existen más de cien clínicas a nivel nacional, más de la mitad de ellas no tiene ningún tipo de registro ante las autoridades sanitarias.

Otros abusos realizados por la industria de FIV, que analizamos en el capítulo ocho y aquí resumimos, son: el tráfico de embriones, la compra-venta de gametos, la paternidad de decenas de bebés por un mismo donador, sobre-dosis de medicamentos para estimulación ovárica (con

daños tan graves como insuficiencia renal, que requiere terapia intensiva, la que incluso ha ocasionado muertes), la explotación de mujeres donadoras de óvulos, (aunque sería más preciso decir vendedoras, pues les pagan una considerable suma económica por el procedimiento),⁹ la explotación económica de familias con interés de tener un bebé, etc. Finalmente, también se daña a los hijos por la falta de conocimiento del origen de sus padres biológicos, debido al anonimato de los donadores de gametos, lo que en algunos casos ha llevado incluso a matrimonios entre medios hermanos.

Todas estas situaciones, que muchos consideramos abiertamente discriminatorias contra el no nacido, así como contra la mujer y sus familias, muestran la necesidad de regular la práctica de FIV, a fin de limitar estos efectos indeseables. Pero estos abusos no son reconocidos, e incluso, en el caso *Artavia Murillo*, son promovidos desde los tribunales de Justicia y de Derechos Humanos.

Declaración de Guanajuato. Ya desde el año 2013, un grupo de investigadores latinoamericanos decidimos realizar un análisis a fondo del caso *Artavia Murillo*, lo que dio origen, abril de ese año, a la *Declaración de Guanajuato sobre fertilización in vitro*. En este libro se incluye esta declaración y está disponible en <http://www.declaraciondeguanajuato.org>. Esta *Declaración* aportó los primeros argumentos biológicos y jurídicos que muestran que la Corte IDH desestimó derechos humanos fundamentales, y cuenta con más de 1,300 adherentes, la mayoría investigadores y especialistas del tema. El presente trabajo continúa el iniciado en la *Declaración de Guanajuato* y da a conocer de manera más asequible los altos riesgos del fallo de la Corte IDH, en el caso *Artavia Murillo*, en especial porque ese fallo comporta un trato discriminatorio a mujeres y hombres en sus primeros momentos de existencia, así como advertir sobre los claros efectos negativos que produce la FIV, tanto en el *nasciturus* como en la mujer.

¿A quién va dirigido? Los coautores del libro hemos escrito nuestros capítulos pensando primeramente en los Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de hacerles ver los errores contenidos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Pero también va dirigido a

⁹ <http://gananci.com/donar-ovulos-te-hara-ganar-en-un-solo-dia/> (Consultado el 25 de mayo del 2016)

Jueces y Magistrados de todo el Continente Americano, que en algunos casos pueden o deben aplicar la jurisprudencia de la Corte IDH, para que conozcan las limitaciones de esta jurisprudencia. En especial es importante mencionar la ausencia del principio de Control de Convencionalidad en la Carta Americana de Derechos Humanos, por lo que no existe obligación de aplicarse. Esto lo decimos aquí de paso, pero se analiza a detalle en el libro. Éste también va dirigido a legisladores y ciudadanos que en todo el continente estudian esta resolución de la Corte, a fin de dar argumentos para delimitar sus efectos jurisprudenciales.

El presente estudio busca finalmente colaborar con el Estado de Costa Rica, que sigue analizando y debatiendo el modo de aplicar la resolución, y que fue nuevamente amonestado por la Corte mediante su resolución de Supervisión de Cumplimiento por el caso aludido, de fecha 26 de febrero de 2016. El libro también será de gran utilidad a estudiantes e investigadores de Derecho Internacional y de Bioética. Finalmente, *the last but not the least*, haremos llegar el presente trabajo a la Organización de Estados Americanos, a fin de exponer lo que nosotros hemos concebido como errores de la Corte IDH en el presente juicio, eviten su repetición y se limiten sus efectos, ya que ponen en riesgo no sólo al embrión humano y el derecho a la vida, sino a todo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Querétaro, México a 14 de junio de 2016

Manuel Ramos-Kuri
Centro de Investigación Social Avanzada

ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA

SECCIÓN I
ANÁLISIS JURÍDICO

CAPÍTULO I

EL CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS VS. COSTA RICA ("FECUNDACIÓN IN VITRO"): LA REDEFINICIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DESDE LA CONCEPCION, RECONOCIDO EN LA CONVENCION AMERICANA¹

LIGIA DE JESÚS CASTALDI, Y JORGE ANDRÉS OVIEDO ALVAREZ

¹ Artículo originalmente publicado, con algunas modificaciones, en: Prudencia Iuris N° 75, junio 2013: pp. 135-164. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina* Santa María de Buenos Aires.; como: DE JESUS, Ligia M.; OVIEDO Álvarez, Jorge A. y TOZZI, Piero A. "El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica ("Fecundación In Vitro") : La redefinición del Derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana". Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/caso-artavia-murillo-costa-rica.pdf> [Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2016].

1. INTRODUCCIÓN	29
2. PANORAMA DEL DERECHO A LA VIDA EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	30
a. La jurisprudencia de la Corte sobre el derecho a la vida antes de Artavia vs. Costa Rica	33
b. Deber de protección del derecho a la vida por parte del Estado	35
3. ANTECEDENTES DEL CASO ARTAVIA VS. COSTA RICA	38
a. La interpretación de buena fe y de acuerdo con el sentido corriente de los términos del tratado	41
b. Parcialidad de los jueces en contra del derecho a la vida desde la concepción	42
4. EL DERECHO A LA VIDA DEL EMBRIÓN HUMANO DE ACUERDO A LA CORTE IDH EN ARTAVIA VS. COSTA RICA	45
a. Redefinición de la "concepción" como "implantación" o "embarazo"	45
b. Rechazo de la personalidad jurídica del embrión reconocida en la Convención Americana	47
5. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL DERECHO A LA VIDA DEL NO NACIDO EN ARTAVIA VS. COSTA RICA	49
a. Interpretación sistemática	51
b. Interpretación histórica	65
c. Interpretación evolutiva	67
6. CONCLUSIÓN	69
7. APÉNDICE: LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DE LA CORTE IDH EN EL CASO ARTAVIA MURILLO	70
ADDENDUM II	75
Cumplimiento de la sentencia del fallo del caso Artavia en Costa Rica	75

1. INTRODUCCIÓN

En el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (“Fecundación *in vitro*”), cuya sentencia fue emitida el 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte o Corte IDH) condenó a Costa Rica a legalizar la reproducción artificial y a subsidiarla con fondos públicos por medio de la Caja Costarricense del Seguro Social.

La sentencia fue especialmente arbitraria porque, entre otros, declaró que el embrión humano concebido no es persona ni sujeto de derechos² y redefinió la “concepción” como implantación en el útero materno, en lugar de la fertilización,³ que es el sentido corriente que se le da al término, dejando así a los embriones humanos creados en tubos de ensayo completamente desprotegidos por la Convención Americana, tratado que explícitamente protege la vida del no nacido.

Además, la Corte concluyó que los términos “en general”, del artículo 4(1) de la Convención, permiten amplias excepciones al derecho a la vida del no nacido, incluyendo la legalización de al menos algunas formas de aborto, y que no existe un deber de protección absoluta o incondicional de la vida prenatal por parte de los Estados Parte, sino simplemente un deber de protección gradual e incremental según el grado de desarrollo físico del niño no nacido.⁴

Este artículo analiza críticamente la opinión de la Corte en cuanto a la redefinición del artículo 4(1) de la Convención Americana de Derechos Humanos y señala las instancias de distorsión de las normas regionales de interpretación y de las normas internacionales de interpretación de los tratados reconocidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁵ sin perjuicio de otros defectos de los que el fallo pueda adolecer.

² CORTE IDH. “Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, para. 223. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

³ Cfr. *Ibidem*, párr. 189 et seq.

⁴ Cfr. *Ibidem*, párr. 257-264.

⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, 1969. En vigor a partir del 27 de Enero de 1980.

2. PANORAMA DEL DERECHO A LA VIDA EN LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención o Convención Americana)⁶ reconoce el derecho a la vida de toda persona. Esta característica la comparte con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Desde la Conferencia Especializada de San José de 1969, se ha admitido que en la Convención Americana, el derecho a la vida tiene un carácter fundamental, además de que se le ha otorgado una amplia y reforzada protección. Este régimen de protección distingue a la Convención de los otros instrumentos de Derechos Humanos citados. En este sentido, es de interés hacer hincapié en las intervenciones de los delegados de Venezuela y Uruguay quienes, durante las sesiones de la Conferencia correspondientes al 10 y 11 noviembre de 1969, ya advirtieron el carácter fundamental que el derecho a la vida tendría en el sistema de protección de la hoy Convención Americana⁷. Esto por considerarse, desde entonces, que se trata del derecho más básico y elemental que debe ser protegido.

Hasta la fecha no ha existido duda de este carácter fundamental del derecho a la vida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Al respecto, nótese que en su trabajo de 1991, Gros Espiell ha señalado que, en la Convención, el derecho a la vida es la “síntesis de todos los derechos humanos”.⁸ Consecuentemente, es pacífico afirmar que, en la Convención, se ha consagrado la garantía del derecho a la vida como el fundamento necesario para asegurar la plena vigencia de todo el sistema de protección de los Derechos Humanos.

Ahora bien, igual se impone subrayar que el artículo 4 de la Convención no se ha circunscrito a garantizar un mero derecho a la vida.

⁶ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. “Convención Americana de Derechos Humanos”. 1969.

⁷ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. “Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos”, OEA/Ser.K./XVI/1.2, 7 al 22 noviembre de 1969: p. 160.

⁸ GROS Espiell, Héctor, “La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo”, *Editorial Jurídica de Chile*, 1991: pp. 80-84.

Por el contrario, debe insistirse en que la norma le ha otorgado al derecho a la vida una protección de amplio alcance, mayor que la prevista en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o en la Carta Africana e incluso en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto, es importante considerar lo comentado por Obinna Okere⁹, quien, comparando la Convención con los instrumentos europeo y africano, destacó, ya en 1984, que aquella es la única que, de un lado, establece expresamente que el derecho a la vida debe ser protegido desde antes del nacimiento y a partir del momento de la concepción, y luego, que también ha establecido serias y graves limitaciones a la pena de muerte.

Cabe acotar que esta especificidad de la Convención habría sido puesta en relieve, por Buergenthal en fecha tan temprana como 1972. Efectivamente, en ese año Buergenthal ya habría señalado que el artículo 4 ha incorporado disposiciones – en su criterio controversiales– que, de un extremo, prohibirían el aborto voluntario y, de otro lado, limitarían en extremo la pena capital.¹⁰

Lo cierto es que con la adopción y posterior ratificación de la Convención Americana, 24 Estados latinoamericanos y del Caribe¹¹ reconocieron que la vida comienza desde el momento de la concepción y otorgaron al niño no nacido protección como sujeto de derechos humanos en el artículo 4(1) de la Convención:

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.

Debe insistirse en que la protección del derecho a la vida desde la concepción implica necesariamente que la Convención protege el derecho a la vida de los seres humanos desde el inicio de su vida y antes del nacimiento.

⁹ Cfr. B. OBINNA Okere, “The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and peoples’ Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems”, *Human Rights Quarterly*. Vol 6 (2) May, 1984: pp. 141-159.

¹⁰ 10 Cfr. BUERGENTHAL, Thomas. “Commentary: the American Convention on Human Rights. Illusions and Hopes”, *Buffalo Law Review* Vol. 21, 1971: pp. 121-136.

¹¹ Hasta julio de 2011, los siguientes Estados han ratificado la Convención Americana: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panama, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay. Disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm>.

Es importante puntualizar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos se cita frecuentemente por distintas Cortes¹² y juristas internacionales¹³ como el instrumento de Derecho Internacional que contiene el más explícito reconocimiento del derecho a la vida del no nacido.¹⁴ Ello sin perjuicio de que otros tratados y declaraciones internacionales también protejan la vida y la salud del no nacido.¹⁵ En este sentido, es importante subrayar lo comentado por Wicks¹⁶ quien ha advertido que la Convención es el único tratado de derechos humanos que se ha propuesto resolver la cuestión de cuando inicia la protección del derecho a la vida, estableciendo que es partir de la concepción. Término que, por cierto, ha tenido, hasta la sentencia Artavia Murillo, un sentido claro: es el momento en que se produce la unión de gametos

¹² Por ejemplo, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. “Vo. v. France, Sentencia del 8 de Julio, 2004”, párr. 75. Disponible en: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/>

¹³ Por ejemplo, en 1987, Dinah Shelton, actual comisionada en la CIDH, señaló que la Convención Americana es única respecto a otros instrumentos internacionales de derechos humanos en su patente reconocimiento de un “derecho a la vida prenatal”. Ver: SHELTON, Dinah, “International Law and the Protection of the Fetus in Abortion and the Protection of The Human Fetus, Legal problems in a cross-cultural perspective”, in FRANKOWSKI, Stanislaw J. and COLE George F. (Coords.), en *Abortion and Protection of the Human Fetus: Legal Problems in a Cross-cultural Perspective*, Holanda, *Martinus Nijhoff Publishers*, 1987.

¹⁴ Para propósitos de este artículo, se entenderá por “niño no nacido” o “no nacido” el embrión, cigoto, feto o cualquier otro término utilizado para designar el producto de la concepción o fertilización.

¹⁵ Por ejemplo, el artículo 24(2) (d) de la Convención sobre Derechos del Niño y el principio 4 de la Declaración de los Derechos del Niño contemplan la atención pre-natal como parte del derecho del niño a la salud y al desarrollo. Este derecho se encuentra también reconocido en el artículo VII de la Declaración Americana. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la imposición de la pena de muerte en mujeres embarazadas en su artículo 6(5), otorgando así protección a la vida del no nacido. Similar prohibición contra la ejecución de mujeres embarazadas pueden encontrarse en el artículo 4(5) de la Convención Americana. Asimismo, los preámbulos de la Convención y Declaración de los Derechos del Niño, elementos esenciales de interpretación de los tratados mismos, de acuerdo al artículo 31(2) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, afirman el deber de protección legal de los Estados respecto al niño no nacido, que por su vulnerabilidad “necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

¹⁶ Cfr. WICKS, Elizabeth. “The Meaning Of Life: Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties”, *Oxford Human Rights Law Review* Vol.12 (2), 2012: pp. 199-219.

tal y como lo ha reconocido García Ramírez¹⁷ y lo ha afirmado Monroy Cabra.¹⁸

a. La jurisprudencia de la Corte sobre el derecho a la vida antes de *Artavia vs. Costa Rica*

Hasta la sentencia dictada en *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, la Corte Interamericana había señalado, en su jurisprudencia, el carácter fundamental del derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención. En este orden de ideas, debe advertirse que al derecho a la vida se le ha considerado el presupuesto necesario a partir del cual se ejercen los demás derechos, pues éstos serían inútiles si no se garantiza el primero. Literalmente, la Corte ha señalado que de la salvaguarda del derecho a la vida, depende la realización de los demás derechos.¹⁹

Asimismo, es importante advertir que, de acuerdo con la doctrina de la Corte, el carácter fundamental del derecho a la vida implica necesariamente que no es admisible un enfoque restrictivo de su alcance. Por el contrario, el principio es que debe interpretarse a favor del reconocimiento del derecho a la vida.²⁰

En este sentido, conviene apuntar que ya la Corte se había referido a los niños no nacidos utilizando distintos términos que reconocen su condición de persona titular de derechos humanos. Efectivamente, en su jurisprudencia la Corte se había referido a las personas no nacidas como “niños”, “menores de edad”, “hijos” y “bebés” en al menos tres casos, a saber: *Caso de los Hermanos Gómez-Paquiyaury vs. Perú*,²¹ *Caso*

¹⁷ Cfr. GARCÍA Ramírez, Sergio. “La Pena de Muerte en la Convención Americana de Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM. Vol. XXXVIII, (114), Septiembre-Diciembre, 2005: pp. 1021-1088.

¹⁸ Cfr. MONROY Cabra, Marco. Informe presentado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Artavia Murillo* y otros contra Costa Rica.

¹⁹ Cfr. CORTE IDH. “Caso Reeducación de Menores vs. Paraguay”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de setiembre de 2004. Serie C No. 112.

²⁰ Cfr. CORTE IDH. “Caso Villagrán, Morales y otros vs. Guatemala, de 19 de noviembre de 1999”. Serie C No. 63.

²¹ CORTE IDH. “Caso de los Hermanos Gómez-Paquiyaury vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004”. Párr. 67 (x), 216 y nota 62.

del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú²² y Caso Goiburú y otros vs. Paraguay.²³

La Corte también se refirió a los abortos inducidos como “actos de barbarie” en el *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*.²⁴ Además, en el *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, la Corte observó que el “derecho a la vida de los niños (...) no puede desligarse de la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas” y reiteró la obligación de los Estados Parte de la Convención de garantizar el acceso a la salud pre-natal.²⁵

Incluso la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en *James Demers vs. Canadá*, habría aceptado que los niños no nacidos podrían ser víctimas de violaciones de sus derechos bajo la Convención, siempre y cuando las denuncias interpuestas en nombre de éstos fueran individualizadas.²⁶ Existen además otros informes en los que la CIDH ha condenado algunas formas de aborto, incluyendo el aborto voluntario, al igual que otros actos de violencia a mujeres embarazadas y niños no nacidos, refiriéndose al aborto como violación de derechos humanos. Por ejemplo, en su informe anual de 1971, la Comisión expresó que “el uso del aborto para ayudar a resolver los problemas económicos y de subsistencia derivados de la explosión demográfica constituiría patente y grave violación de los derechos humanos”.²⁷ Asimismo, en 1995

²² CORTE IDH. “Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006”, párr. 197(57) y 292. Ver también Voto Razonado del Juez A.A. CANÇADO, Trindade, párr. 61, donde también se refiere a los no nacidos como “niños”.

²³ CORTE IDH. “Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006”, párr. 160(b)(iii) y 161, donde la Corte indica que Carlos Marcelo Mancuello Ríos era menor de edad al momento de la desaparición forzada de sus padres y hermano y párr. 100(b), donde indica que su madre Gladis Esther Ríos de Mancuello, se encontraba embarazada en dicha fecha.

²⁴ CORTE IDH. “Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párr. 139.

²⁵ Cfr. CORTE IDH. “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 177.

²⁶ Cfr. *Ibid.*, párr. 42 y 44.

²⁷ CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos de acuerdo con lo prescrito por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OAS/Ser.L/V/II/.27, Doc. 11 rev., 6 de marzo de 1972, Parte II, párr. 1. Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/71sp/parte2.htm>.

se refirió al aborto forzado como una forma de tortura, refiriéndose a “golpes en los pechos y el vientre, frecuentemente infligidos a mujeres embarazadas con la intención de causar un aborto o de deteriorar la capacidad de engendrar” como una forma de “tortura sexual”.²⁸

Es decir que en la jurisprudencia de la Corte anterior al caso *Artavia Murillo* se habría precisado que el derecho a la vida es el derecho más básico de los seres humanos y que su garantía es un presupuesto necesario para garantizar el libre ejercicio y disfrute de todos los demás derechos.

b. Deber de protección del derecho a la vida por parte del Estado

El artículo 4 de la Convención ha establecido expresamente que el derecho a la vida a partir de la concepción debe ser protegido por la Ley. Esto implica, conforme la doctrina 1 y 2 también de la Convención, el deber de los Estados Parte de respetar el derecho a la vida de las personas, incluyendo las personas no nacidas. Luego, se impone el deber del Estado de adoptar medidas que hagan efectivo el derecho a la vida.

Ahora bien, sin perjuicio de remarcar que, de acuerdo con el preámbulo de la Convención, los derechos protegidos por ella son todos esenciales de la persona, debe insistirse en que el derecho a la vida tiene el carácter de derecho básico, es decir, que se trata de un derecho del que nacen obligaciones oponible *erga omnes* y que se encuentra íntimamente asociado con la persona humana y su dignidad.²⁹ Efectivamente no cabe duda de que el derecho a la vida en la Convención tiene el rango de fundamental, pues como se ha explicado anteriormente, su protección es un presupuesto necesario para la vigencia y efectividad de todo el sistema de derechos humanos.

Luego no debe escapar al análisis que el derecho a la vida, incluyendo el derecho a la vida del no nacido, no le puede ser arrebatado o suspendido, y su reconocimiento no puede ser revertido por los órganos del Sistema Interamericano, de acuerdo a las normas de interpretación de la Convención Americana (art. 29) que establecen que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el senti-

²⁸ CIDH, “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, Capítulo IV: “la Situación de los Derechos Humanos en Haití”, párr. 123. Disponible en <http://www.cidh.org/women/haiti95mujer.htm>

²⁹ MERON, Theodore, “On a Hierarchy of International Human Rights”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 80 (1) Enero, 1986: pp. 1-23.

do de permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella” ni de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano”.

Por último, debe señalarse que el derecho a la vida, incluyendo el de la persona no nacida, tiene el carácter de absoluto, no en el sentido de que no encuentra excepciones calificadas,³⁰ verbigracia la legítima defensa, sino en el tanto no puede ser derogado –sea suspendido– ni siquiera en caso de emergencias.^{31,32}

En este sentido el artículo 27(2) de la Convención establece que el derecho a la vida no es derogable, ni lo son tampoco las garantías judiciales para su protección. Al respecto, la Corte ha interpretado este artículo expresando que el derecho a la vida es inderogable pues no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Parte. La derogación de la vida del niño no nacido autorizando su muerte o destrucción por simple acto de voluntad de sus padres o de un facultativo médico, sería por lo tanto, una violación de este principio.

Lo anterior tiene implicaciones de primer orden. Primero, el carácter fundamental e inderogable del derecho a la vida desde la concepción implica necesariamente que éste debe prevalecer en todos aquellos casos en que se planteó un supuesto conflicto con otros derechos, por ejemplo, el derecho a la privacidad o derecho a la integridad personal de la mujer. Debe insistirse en que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte “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”,³³ razón por la cual prevalece sobre otros intereses menores.

³⁰ Cfr. Voto Disidente del Juez Vio Grossi, CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op. cit.*

³¹ Cfr. LEGG, Andrew, “The Margin of Appreciation in International Human Rights Law”. *Oxford University Press*, 2012: p. 204.

³² Cfr. BUERGENTHAL, Thomas. “The American and European Convention on Human Rights, Similarities and Difference”, *American University Law Review*, 30 (1980-1981):155-156.

³³ Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999”, párr. 144, y “Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010”, párr. 186. “Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 186”.

Segundo, que en la Convención el derecho a la vida implica su carácter inherente. Es decir, que el derecho a la vida de la persona, incluyendo la del no nacido, no puede ser mediatizado o instrumentalizado, ni siquiera en aquellos supuestos en que eso sea presuntamente necesario para la consecución de determinados resultados, sea la experimentación en pro de la salud humana o la implementación de técnicas de reproducción asistida.

No cabe duda de que este derecho a la protección de la vida no se ve disminuido por la frase “en general” introducida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues dicho término no tiene la virtud de vaciar de contenido al derecho a la vida desde la concepción. Por el contrario, solamente le otorga a los Estados un margen para determinar la forma en que debe protegerse dicho derecho.^{34,35}

En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados, la Corte ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos,³⁶ y ha expresado que 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.³⁷

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 para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción.³⁸ Ello incluye adoptar

³⁴ Cfr. Voto Disidente del Juez Vio Grossi, CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op. cit.*

³⁵ Cfr. NIETO Navia, Rafael, “Aspectos Internacionales de la Demanda contra la Penalización del Aborto”, en *Persona y Bioética*, 9,(24) enero-junio 2005: 21-42.

³⁶ Cfr. Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 144, y Caso “Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010”, párr. 186 citado en CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*: párr. 172.

³⁷ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 171.

³⁸ Cfr. Caso de “la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006”, 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”, párr. 145, citado en CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.* párr. 172.

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.³⁹

Finalmente, debe advertirse en que el artículo 1 de la Convención exige que la protección del derecho a la vida se establezca sobre bases no discriminatorias. Los instrumentos del Sistema Interamericano fueron adoptados en base al principio de igualdad de todos los seres humanos. El artículo 24 de la Convención y artículo II de la Declaración establecen que todas las personas, sin discriminación, tienen derecho a igual protección ante la ley. En vista de que el niño no nacido es persona, de acuerdo a la Convención Americana, éste goza también del derecho a la igualdad ante la ley.

3. ANTECEDENTES DEL CASO ARTAVIA VS. COSTA RICA

A partir de 2004, dos peticiones fueron presentadas ante la CIDH, *Gretel Artavia Murillo vs. Costa Rica* (anteriormente Ana Victoria Sánchez Villalobos vs. Costa Rica y Petición 12.361)⁴⁰ y *Daniel Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros vs. Costa Rica*,⁴¹ alegando que Costa Rica estaba violentando los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos al prohibir la fertilización *in vitro* (en adelante FIV), técnica de reproducción artificial que resulta en la destrucción y congelamiento de embriones humanos, al igual que en abortos llamados eufemísticamente “reducciones embrionarias”.

En ambas peticiones, un grupo de parejas infértiles alegaban violación de sus derechos humanos por parte del Estado de Costa Rica, cuya Corte Suprema prohibió la práctica de la fertilización *in vitro* (FIV) desde el año 2000, debido a la previsible destrucción y pérdida embrionaria inherente al procedimiento.⁴² La prohibición no era absoluta, pues preveía circunstancias bajo las cuales la fertilización *in vitro*

³⁹ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.* párr. 172.

⁴⁰ CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), párr. 69.

⁴¹ CIDH, Informe No. 156/10, Petición 1368-04 (Admisibilidad), Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros, Costa Rica, 1º de noviembre (2010).

⁴² CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), párr. .2, 17 y 30.

podría ser constitucional, siendo estas que la técnica evolucionara en el futuro de manera que la fertilización *in vitro* no implicara muerte embrionaria, ya sea de manera previsible o deliberada.⁴³

Inicialmente, el grupo de peticionarios incluía también a dos empresas proveedoras de fertilización *in vitro*, Costa Rica Ultrasonografía S.A. y el Instituto Costarricense de Fertilidad, que solicitaban ser consideradas como víctimas en el caso, alegando daños materiales y exigiendo reparaciones pecuniarias por parte del Estado,⁴⁴ hecho que ilustra la magnitud de los intereses económicos de la industria de la reproducción artificial en el caso. La Comisión correctamente rechazó tener competencia *ratione personae* sobre estas empresas, “por no ser personas físicas y por lo tanto no estar protegidas por la Convención Americana”.⁴⁵ Sin embargo, la Corte posteriormente recibió declaraciones y peritajes de dos empleados de dichas empresas “a título informativo”,⁴⁶ a pesar de las objeciones presentadas por el Estado de Costa Rica debido a un posible conflicto de interés.⁴⁷ Predeciblemente, el testimonio ofrecido promovió las técnicas de reproducción artificial, y sus supuestos altos porcentajes de efectividad.⁴⁸

En el 2008, Ana Victoria Sánchez Villalobos y su esposo Fernando Salazar Bonilla, la pareja representativa de las víctimas de la prohibición de la FIV, se retiraron de la petición, indicando que se habían informado sobre el procedimiento y habían comprendido que el embrión es un ser humano desde el momento de la concepción y que la FIV violenta su derecho a la vida recomendando a otras parejas infértiles adoptar en lugar de producir nuevas vidas humanas en tubos de ensayo.⁴⁹ La Comisión cambió el nombre de la petición a *Petición 12.361*

⁴³ CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit*, párr. 76.

⁴⁴ CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), “Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica”, 11 de marzo (2004), párr. 27-28.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 49.

⁴⁶ CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit*, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de agosto (2012), párr. 33.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 19, 21.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 9, 11.

⁴⁹ ACIPRENSA, San José, Costa Rica. “Mujer comprende que vida comienza en concepción y retira demanda contra Costa Rica”, [en línea] Dic. 8, 2008, Disponible en: <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=23767> [Fecha de consulta: octubre 5 de 2016].

y luego a *Gretel Artavia Murillo vs. Costa Rica*, pero no hizo mención alguna de este hecho en posteriores informes o comunicados de prensa.

En el 2004 y 2010 respectivamente, la Comisión declaró ambas peticiones admisibles respecto a los siguientes artículos de la Convención Americana: 5(1) (derecho a la integridad personal), 11(2) (derecho a la privacidad), 17 (protección a la familia) y 24 (igualdad ante la Ley), entre otros; e inadmisibles en relación a los artículos 4 (derecho a la vida) y 5(2) (tratos crueles, inhumanos o degradantes) y artículo 8 (garantías judiciales), entre otros.⁵⁰

En agosto de 2010, la CIDH emitió un informe de fondo sobre la petición 12.361 (no publicado hasta octubre de 2011) y, un año después, en agosto de 2011, remitió el caso ante la Corte Interamericana, alegando que la prohibición constitucional contra la fertilización *in vitro* en Costa Rica constituiría una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar, y a formar una familia al igual que una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, cuyo efecto tuvo un impacto desproporcionado en las mujeres.⁵¹ Previo a la emisión del informe, la CIDH había recomendado a Costa Rica legalizar y subsidiar la práctica de la FIV a pesar de la protección a la vida del embrión contenida en la Convención Americana.⁵² De acuerdo a la prensa nacional, la CIDH estableció varios plazos límite para que el Congreso costarricense aprobara una ley que legalizara la FIV y otras técnicas de reproducción artificial y proveyera fondos públicos para la práctica de la misma, con los cuales este habría incumplido.⁵³

⁵⁰ CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), “Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica”, 11 de marzo (2004), Conclusiones, párr. 1 & 3 e Informe No. 85/06, Petición 225-04, Admisibilidad, James Demers, Canadá, 21 de octubre de 2006, OEA/ Ser. L. /V/II. (Oct 21, 2006), Conclusiones, párr. 1&2.

⁵¹ Cfr. CIDH, Comunicado de Prensa No. 91/11, “CIDH presenta caso sobre Costa Rica ante la Corte IDH”. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/91-11sp.htm> [Fecha de consulta: Octubre 14, 2016].

⁵² Cfr. MURILLO, Alvaro. “La Costa Rica Católica se atasca con la fertilización in vitro”, *Diario El País* (San José, Costa Rica), julio 12, 2011, Disponible en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2011/07/12/actualidad/1310421612_850215.html [Fecha de consulta: septiembre 29 de 2016].

⁵³ Cfr. AVENDAÑO, Carlos, “Fecundación in vitro: trámite exprés”, *Diario Extra* [en línea]. Marzo 2011, Disponible en: <http://noalabortocostarica.blogspot.mx/2011/03/fecundacion-in-vitro-tramite-expres.html> , [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2016] y “CIDH Extends Deadline For Approval Of Law For In-Vitro Fertilization In Costa Rica”, *Inside Costa Rica* [en línea]: 24 de febrero de 2011. [Fecha de

El 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Costa Rica a legalizar la reproducción artificial y a subsidiarla con fondos públicos por medio de la Caja Costarricense del Seguro Social, concluyendo que el embrión humano no es persona, que la concepción comienza en la implantación y que el artículo 4(1) permite amplias excepciones a la vida del no nacido, incluyendo al menos algunas formas de aborto.⁵⁴

a. La interpretación de buena fe y de acuerdo con el sentido corriente de los términos del tratado

De acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante Convención de Viena),⁵⁵ artículo 31, la interpretación del artículo 4(1) de la Convención Americana debe comenzar con el texto mismo del tratado. La Convención de Viena establece que esta interpretación debe llevarse a cabo de buena fe y conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos, teniendo en cuenta su objeto y fin.

Una interpretación de buena fe y de acuerdo con el sentido corriente de los términos del tratado ciertamente llevaría a concluir que, en nuestra región, el artículo 4.1 de la CADH protege al niño no nacido contra todo aborto intencionalmente provocado y contra todo acto voluntario tendiente a su destrucción, tal y como lo entendió la Sala Constitucional de Costa Rica en su sentencia N° 2306-2000, ya que la Convención claramente protege la vida humana *in utero* desde el momento de la concepción, y no a partir del nacimiento. La sentencia que dio lugar a la prohibición de la Fertilización *In Vitro*. En este sentido, merece recordarse el voto del Comisionado Monroy Cabra en el caso *Baby Boy*, donde señaló:

“Si la interpretación de los acuerdos internacionales debe ser de buena fe, textual, conforme al sentido que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin, no hay duda de que la protección del derecho a la vida debe comenzar

consulta: 28 de septiembre 2016]. Disponible en: <http://www.insidecostarica.com/dailynews/2011/february/24/costarica11022402.htm>

⁵⁴ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 182.

⁵⁵ ONU Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, UN. Doc A/ CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigor a partir del 27 de enero de 1980.

desde la concepción. [...] Lo anterior significa que si en el producto de la concepción hay vida humana y este derecho es el primero y fundamental, el aborto atenta contra el derecho a la vida”⁵⁶

b. Parcialidad de los jueces en contra del derecho a la vida desde la concepción

Lamentablemente, los prejuicios ideológicos de al menos tres de los jueces que conocieron el caso afectaron su imparcialidad y buena fe al conocer del caso de la FIV y podrían haber constituido un conflicto de interés, de acuerdo al artículo 19(1) del Estatuto de la Corte. Un juez que promueve la legalización del aborto lógicamente tiene una predisposición en contra del respeto de la vida del no nacido, es decir del feto o del embrión humano, y al menos tres de los jueces del caso Artavia tienen instancias documentadas de activismo a favor del aborto en Latinoamérica.

El actual Presidente de la Corte, Diego García Sayán, ha tenido desde hace tiempo una posición personal en contra del reconocimiento de los derechos del no nacido y a favor del aborto, que no ha intentado ocultar. En el 2009, por ejemplo, escribió un artículo celebrando la legalización del aborto hasta las 12 semanas de gestación en el Distrito Federal de México,⁵⁷ una política que en su opinión favoreció a millones de mujeres mexicanas y también a niños, debido a que “de 2.2 bebés abandonados mensualmente hasta antes de la ley, se pasó a 1.2 como efecto inmediato de la despenalización”⁵⁸ Obviamente, la disminución radical del número de bebés abandonados en la vía pública provenía de que estos estarían siendo abortados, sin embargo, el juez comentó que “no se puede imponer a la sociedad una visión religiosa determinada” al promover el respeto por el derecho a la vida de los niños en el vientre materno.

⁵⁶ Resolución 23/81, Caso 2141. Estados Unidos de América, “Baby Boy”, (1981), Voto Negativo del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, párrs. 6 y 9, respectivamente, en <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141b.htm>.

⁵⁷ GARCÍA-SAYAN, Diego, “Muertes anunciadas, derecho a la vida”, *Diario la República* [en línea]: 13 de marzo de 2009. Disponible en: <http://larepublica.pe/columnistas/atando-cabos/muertes-anunciadas-derecho-la-vida-13-03-2009> [Fecha de consulta, 28 de septiembre 2016]

⁵⁸ *Idem*.

Igualmente, la jueza jamaicana Margarette Macaulay, ha promovido la legalización del aborto en Jamaica, su país natal. Antes de su nombramiento como juez, formó parte del National Advisory Group on Abortion, que recomendó la legalización del aborto en Jamaica.⁵⁹ En abril del 2009 dio una presentación a favor de la legalización del aborto en Jamaica en una conferencia organizada por el Institute of Gender and Development Studies, entre otros.⁶⁰

Asimismo, durante las audiencias, el juez Alberto Pérez Pérez actuó más como parte que como juez al mostrarse parcializado a favor de los peticionarios, defendiendo la legalización de la fertilización *in vitro* de acuerdo a varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y promoviendo una redefinición de la concepción como implantación con base en la definición del diccionario de la Real Academia Española al momento de la aprobación de la Convención Americana, tal como la Corte eventualmente lo hizo.⁶¹

Organizaciones pro vida presentes en la audiencia pública, reportaron que “el irrespeto de estos jueces llegó al colmo de gesticular permanentemente en muestra de desaprobación y hasta burlarse cuando los funcionarios del gobierno de Costa Rica argumentaban que las técnicas de fecundación *in vitro* terminan con la vida de muchos embriones humanos”,⁶² a pesar de que la representación del Estado estuvo a cargo de

⁵⁹ Cfr. “Statement at the review by the CEDAW of Jamaica’s fifth Periodic Report During the 36th Session of the Committee on the Elimination of Discrimination of Women”. (Aug. 11, 2006), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/246/29/PDF/N0424629.pdf?OpenElement>

⁶⁰ “Establishing Common Ground: A Conversation on Reforming the Law on Abortion in Jamaica.” The University of the West Indies at Mona, Jamaica, Public Relations Office, “Abortion Public Relations Forum”, <http://myspot.mona.uwi.edu/proffice/uwinotebook/entry/3522>.

⁶¹ Aludiendo a Costa y Pavan vs. Italia, Dixon vs. Reino Unido. Ver Audiencia Pública. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, <https://vimeo.com/corteidh>

⁶² POLO, Carlos, “Tres jueces de la Corte Interamericana asumen posición abortista en caso Fecundación *in vitro*”. *Boletín para América Latina*, Population Research Institute. Boletín 163: Septiembre 7, 2012. Disponible en: <http://www.lapop.org/index.php/boletines/427-boletin-163-tres-jueces-de-corte-interamericana-asumen-posicion-abortista-en-caso-fecundacion-in-vitro> [Fecha de consulta: septiembre 28, 2016]; y “Denuncian parcialidad de jueces de Corte IDH a favor del aborto”, *ACIPRENSA* [en línea], octubre 3, 2012, Disponible en: <https://www.aciprensa.com/noticias/denuncian-parcialidad-de-jueces-de-corte-idh-a-favor-del-aborto-22790/> [Fecha de consulta: septiembre 30, 2016];

un alto funcionario de Estado, la Procuradora General de la República de Costa Rica.

Desafortunadamente, las opiniones personales de estos jueces respecto a la personalidad jurídica y al derecho a la vida del no nacido prevalecieron en la decisión, lo cual es parte de una tendencia general hacia el activismo judicial en Latinoamérica, y en otras partes, donde los jueces parecen buscar imponer su propia cosmovisión ideológica en perjuicio y a pesar de principios tales como la separación de poderes además de exceder el ámbito de competencias constitucionales de las Cortes.⁶³ Estas tendencias son inherentemente antidemocráticas y se caracterizan por la renuencia de las Cortes a aceptar los límites que les impone el lenguaje (verbigracia el caso Murillo) y también por su inclinación a la arbitrariedad y el relativismo. El problema se agrava cuando se trata de las actuaciones de una corte transnacional, como la Corte Interamericana, donde se busca imponer una decisión, tomada por un grupo de jueces, sobre los miembros constitutivos de un sistema internacional.

En futuros casos que afecten los derechos del no nacido, otros miembros de la Corte podrían manifestar similar prejuicio. Por ejemplo, el juez Humberto Sierra Porto, elegido en 2012 como juez de la corte IDH⁶⁴ ex magistrado del Tribunal Constitucional colombiano y autor de la sentencia C-355, que liberalizó el aborto en el país, avaló durante su gestión, el reconocimiento del aborto como un derecho fundamental en ese país, estableciendo serias limitaciones al derecho de objeción de conciencia para aquellos médicos e instituciones que se rehusaren a realizar abortos por razones morales, y se pronunció a favor del “aborto post-natal” de un niño de casi 8 meses de gestación.⁶⁵

⁶³ Cfr. MORA Restrepo, Gabriel. “Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces: Teoría de la legitimidad en la argumentación de sentencias constitucionales”, *Marcial Pons*, Argentina, 2009; TOZZI, Piero A., MARCILESE, Sebastian y MUGA González, Rossana, “El Activismo Judicial en Latinoamérica. Análisis a raíz de la reciente jurisprudencia argentina proaborto”, *El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 13.192, Año LI, 2013: pag. 1-8.

⁶⁴ Revista El Tiempo [en línea]. “Sierra Porto, nuevo juez de Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Colombia, 5 de junio del 2012. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11924233> [Fecha de consulta: 5 de octubre 2016]

⁶⁵ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-388/09, Sentencia T-585/10, Sentencia T-841/11, Sentencia T-636/11, AUTO 377/10, Auto 283/10, AUTO 038/12.

4. EL DERECHO A LA VIDA DEL EMBRIÓN HUMANO DE ACUERDO A LA CORTE IDH EN ARTAVIA VS. COSTA RICA

a. Redefinición de la “concepción” como “implantación” o “embarazo”

A pesar de que el sentido corriente del término “concepción” es el relativo a la fertilización, es decir la unión del óvulo y el espermatozoide que produce un embrión humano,⁶⁶ en *Artavia Murillo*, la Corte IDH redefinió la “concepción” como equivalente de la “implantación” del embrión en el útero materno, es decir, el inicio del embarazo, previo a la cual no habría lugar a la aplicación del derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la Convención.⁶⁷ A falta de mejores fuentes, la Corte redefinió el término en base a una parte de la prueba científica aportada en el juicio y a la definición del término en el Diccionario de la Real Academia Española de 1956.

La Corte recibió distintas pruebas periciales sobre el significado del término “concepción” y optó por dar crédito a aquel que lo definió como equivalente al término “implantación” o “embarazo”. El perito Marco Gerardo Monroy Cabra, ex miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, explicó que 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”. En términos parecidos, la perita Maureen L. Condic consideró que “la vida humana inicia en la fusión espermatozoide-óvulo, un ‘momento de concepción’ observable”.⁶⁸ Sin embargo, la Corte descartó estos testimonios como inválidos sin mayor justificación, sin hacer siquiera un apartado para la ponderación de la prueba y escogió dar crédito al testimonio del perito Zegers, quien señaló que “la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión”, alegando que la “concepción” equivale al inicio del embarazo, no a la fertilización.⁶⁹ Asimismo, el perito señaló que cuando se firmó la Convención Americana en 1969, el Diccionario

⁶⁶ ELSEVIER, Diccionario Mosby de Medicina. *Elsevier*, España 2010; LÓPEZ Moratalla, Natalia, e IRABURU Elizalde, María J. “Los quince primeros días de una vida humana”, *Ediciones Universidad de Navarra*, Pamplona, España, 2004: p. 19; Declaración de la Dra. Maureen L. Condic citada en, CORTE IDH. Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. *Op cit.*, párr. 182.

⁶⁷ CORTE IDH. Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. *Op cit.*, párr. 186, 264.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 182.

⁶⁹ Cfr. *Ibid.*, párr. 181.

de la Real Academia de la Lengua Española (de 1956) definía la “concepción” de esta manera, como el inicio de la preñez o embarazo y daba un significado distinto al término “fecundación”.⁷⁰ La Corte, manifestó su acuerdo con el perito y observó “que el Diccionario actual de la Real Academia de la Lengua Española mantiene casi por completo las definiciones de 1956”.⁷¹

A pesar de que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española obviamente no constituye fuente del derecho internacional ni parte de los elementos de interpretación de las normas de los tratados, de manera insólita, la Corte hizo suyos los argumentos del perito, utilizando el Diccionario como única fuente autoritaria de interpretación del término “concepción” en el artículo 4(1) de la Convención.

Aún asumiendo la absurda premisa de que el Diccionario pudiera ser fuente legítima de interpretación, lo que no es, una revisión más acuciosa del mismo permite ver cómo la Corte distorsionó su lectura, pues la referencia a la implantación o inicio del embarazo se encuentra solamente en la acepción de la palabra “concebir”, mas no de la palabra “concepción” como la Corte misma señala.⁷² Asimismo, la lectura que da la Corte a dichas definiciones asume que la existencia de dos definiciones específicas equivale a la diferenciación de los conceptos de concepción y fecundación entre sí, a pesar de que el Diccionario en ningún momento descarta que “concepción” y “fecundación” sean sinónimos, pues este no contiene sinónimos de ninguno de sus términos, sino exclusivamente definiciones. Contradictoriamente, la Corte admitió, en la misma sección del fallo, que “la definición de ‘concepción’ que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado” ya que antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer, lo cual implicaría que los redactores sí intentaron definir la concepción como fertilización.⁷³

La Corte reconoció que existen diferentes perspectivas respecto a cuándo comienza la vida humana, algunas de las cuales reconocen al embrión como “una vida humana plena”.⁷⁴ Expresó que “coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una

⁷⁰ Cfr. *Idem.*

⁷¹ *Idem.*

⁷² Cfr. *Idem.*

⁷³ Cfr. *Ibid.*, párr. 179.

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 184-85.

definición consensuada sobre el inicio de la vida”.⁷⁵ Sin embargo, inmediatamente a continuación señaló que no se puede privilegiar a las perspectivas que reconocen al embrión como ser humano, “pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten”,⁷⁶ decidiendo apoyar la postura minoritaria, declarando que el embrión humano no es persona y que la concepción equivale a la implantación.⁷⁷ Las incoherencias del razonamiento jurídico del fallo en este aspecto resultan verdaderamente sorprendentes tratándose de un tribunal internacional.

Finalmente, la Corte concluyó que “la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer” y redefine la concepción como equivalente de la “implantación” o “embarazo”, términos que son claramente distintos, alegando 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.”⁷⁸ Esta afirmación fue criticada por el juez Vio Grossi, quien señaló que dicha interpretación deja desprotegido al no nacido y se aleja del espíritu de la Convención Americana, que buscó protegerle específicamente y no en relación a la voluntad de la madre.⁷⁹

b. Rechazo de la personalidad jurídica del embrión reconocida en la Convención Americana

En un análisis de dos párrafos, basado en la “interpretación sistemática” de la Convención, la Corte concluyó que “no es procedente otorgar el estatus de persona humana al embrión.”⁸⁰ Tal conclusión fue justificada, en primer lugar, alegando que no es factible sostener que un embrión sea titular de todos los derechos enumerados en la Convención Americana, atribuidos a las personas.⁸¹ Obviamente, de acuerdo a dicho razonamiento, tampoco serían personas los niños o incapaces, ya

⁷⁵ *Ibid.*, párr. 185.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Cfr. Ibid.*, párr. 186.

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Op cit.*, Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi.

⁸⁰ CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 222-223, 264.

⁸¹ *Cfr. Ibid.*, párr. 222.

que ellos tampoco pueden ejercer todos los derechos de la Convención, como los derechos civiles y políticos, sin embargo, la Corte no reparó en este detalle.

En segundo lugar, sin otra evidencia más que su propia interpretación de la concepción como embarazo, concluyó que el artículo 4(1) de la Convención Americana no está destinado a proteger al no nacido como individuo sino únicamente a través de la protección a la mujer, señalando artículos de la Declaración Americana y el Protocolo de San Salvador que protegen a la mujer embarazada. Curiosamente, la Corte ignoró el artículo 4(5) de la Convención que prohíbe la aplicación de la pena de muerte en una mujer embarazada, con el evidente objetivo de proteger a su hijo no nacido, y únicamente a él, de una ejecución legal.

Sin embargo, una interpretación conforme el principio de buena fe y de acuerdo con el sentido corriente de las palabras⁸², implica el reconocimiento de que el texto del artículo 4(1) de la Convención efectivamente establece que toda “persona” tiene derecho a que se respete su derecho a la vida desde el momento de la concepción. Consecuencia de lo anterior, es notorio que los Estados Parte reconocieron al niño no nacido como “persona” desde el momento de la concepción.

Asimismo, el artículo 1(2) de la Convención indica que se entiende por persona a todo ser humano, dando así reconocimiento a la naturaleza humana del no nacido, que siendo persona o ser humano, se vuelve sujeto de derechos en el sistema interamericano⁸³. Luego, el Preámbulo de la Convención señala que los derechos esenciales del hombre derivan de su naturaleza humana, no de atributos o características particulares, o percepciones de terceros; en este caso, terceros que negaran la personalidad jurídica del niño no nacido debido a su inmaduro estado de desarrollo.

Finalmente, debe advertirse que la Corte Interamericana ha reiterado que “la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condi-

⁸² Cfr. NIETO Navia, Rafael, “Aspectos Internacionales de la demanda contra la penalización del aborto”, *Persona y Bioética*, Vol. 9, N° 1 (24), 2005, citado en BACH de Chazal, Ricardo, “Inconstitucionalidad y No Convencionalidad del Aborto Voluntario”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año III, N° 6, julio, 2011: pp. 36-39.

⁸³ Cfr. MONROY Cabra, Marco, “Informe presentado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op. cit.* “Resolución del Presidente” En referencia al informe presentado por el perito Marco Gerardo Monroy Cabra.

ción de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”.⁸⁴ Ergo, negar la existencia jurídica del niño no nacido sería, por lo tanto, una violación a este derecho contemplado en el artículo 3 de la Convención Americana, respecto del cual la Corte Interamericana ha afirmado que si bien los niños y otros incapaces legalmente carecen de la capacidad de ejercer plenamente sus derechos (por ejemplo, derecho al sufragio o derechos patrimoniales), estos son titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.⁸⁵ Consecuentemente, la incapacidad civil del niño no nacido no impide el goce de sus derechos humanos, particularmente, de su derecho a la vida y a ser reconocido como persona ante la ley.

5. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL DERECHO A LA VIDA DEL NO NACIDO EN ARTAVIA VS. COSTA RICA

La Corte interpretó los términos “y, en general, a partir del momento de la concepción” del artículo 4(1) de la Convención con base en una interpretación sistemática, histórica y evolutiva, cuyo razonamiento se describe abajo, concluyendo no sólo que el derecho a la vida del no nacido contempla excepciones,⁸⁶ sugiriendo que dichas excepciones podrían incluir la legalización del aborto, sino que la protección del derecho a la vida del no nacido “es gradual e incremental, según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional”, sin mayor explicación o razonamiento jurídico.⁸⁷ El juez Vio Grossi, en su voto disidente, expresó que dicha interpretación despojaría de su *effet utile* a la disposición expresa de la Convención Americana, que buscó dar amplia protección al no nacido.⁸⁸

Cabe señalar que, previo a *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, la Corte había expresado que “El derecho a la vida no puede seguir siendo

⁸⁴ CORTE IDH, “Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”. Sentencia de 8 de septiembre de 2005: párr. 179; y CORTE IDH, “Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala”. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 179.

⁸⁵ Cfr. CORTE IDH. “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 41.

⁸⁶ CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. *Op cit.*, párr. 188.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 264.

⁸⁸ *Ibid.*, Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi.

concebido restrictivamente, como lo fue en el pasado”⁸⁹ y que “no son admisibles enfoques restrictivos al mismo.”⁹⁰ En Artavia Murillo, sin embargo, la Corte realizó una interpretación restrictiva del derecho a la vida desde la concepción, invocando la similar interpretación realizada por la CIDH en *Baby Boy*, resolución donde se propuso que, en virtud de la expresión “en general” contenida en el artículo 4(1), la Convención podría permitir la legalización del aborto en el ámbito doméstico.⁹¹ Interpretaciones del derecho a la vida desde la concepción como ésta resultan tan restrictivas que, de ser aplicadas, eliminarían la presunción de un derecho a la vida del no nacido, convirtiendo el reconocimiento de éste en la excepción, en lugar de la norma.

Si bien el término “en general” podría, en efecto, indicar legítimas excepciones al derecho a la vida, o al derecho a la vida desde la concepción en particular, como alegó la Comisión en *Baby Boy*, estas serían, sin embargo, extremadamente limitadas de acuerdo a un enfoque no restrictivo del derecho a la vida. Excepciones no restrictivas al derecho a la vida comprendidas en la expresión “en general” podrían incluir la legítima defensa, reconocida por todas las jurisdicciones de la región, el homicidio culposo, excepciones creadas por el derecho internacional humanitario para situaciones de conflicto armado, o incluso excepciones para el aborto involuntario, e.g. aquel ocurrido durante tratamientos médicos no-abortivos, o aquel en que el estado de embarazo de una víctima era desconocido.

Una interpretación no restrictiva del artículo 4(1) aplicaría principios generales del derecho internacional de los derechos humanos, como el principio *pro homine*,⁹² llamado también principio *pro personae*, codificado en el artículo 29(b) de la Convención, y aplicado repe-

⁸⁹ CORTE IDH. “Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 3.

⁹⁰ *Ibid.*, párr. 14; Corte IDH. “Caso Baldeón García vs. Perú”. Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 82.

⁹¹ Cfr. CIDH Resolución 23/81, Caso 2141. “Estados Unidos de América, ‘Baby Boy’, (1981)”. Voto Negativo del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra: párr. 25.

⁹² Cfr. CORTE IDH, “Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia”. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 11; Corte IDH. “Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Sentencia de 15 de septiembre de 2005”: párr. 12; Corte IDH. “Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006”: párr. 283; Corte IDH. “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003”: párr. 143.

tidamente por la Comisión y la Corte Interamericana.⁹³ La Comisión ha reconocido que este principio, establece que, en caso de duda, prevalecerá la interpretación que otorgue mayor protección a los derechos humanos del individuo, “rige como pauta interpretativa de la Convención, y en general en el Derecho de los derechos humanos”.⁹⁴ La Corte ha señalado, al respecto, que “el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen”.⁹⁵ Igualmente, la Comisión ha declarado que, para evitar que las excepciones a los derechos humanos se conviertan en regla, toda limitación a los derechos humanos debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio *pro homine*.⁹⁶ Por lo tanto, cualquier limitación al derecho a la vida del no nacido supuestamente contenida en la expresión “en general” debería ser sumamente restringida, prevaleciendo aquella interpretación que otorgue mayor y mejor protección de la vida desde la concepción sobre aquellas que intenten limitarla o condicionarla.

a. Interpretación sistemática

La Corte aplicó el controversial “argumento sistemático” de interpretación, esbozado en casos anteriores,⁹⁷ que le permite utilizar otros

⁹³ Cfr. CORTE IDH. “Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005”: párr. 13 (c).

⁹⁴ CIDH. “Informe No. 137/99, Caso 11.863, Andrés Aylwin Azócar y otros, Chile, 27 de diciembre de 1999; CIDH”. “Informe No. 66/06, caso 12.001 (Fondo), Simone André Diniz, Brasil, 21 de octubre de 2006”: párr. 23.

⁹⁵ CORTE IDH. “Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986”: párr. 36.

⁹⁶ Cfr. CIDH. “Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 6 de agosto de 2009”.

⁹⁷ Cfr. CORTE IDH. “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México”; citado en: CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 191. Para mayor comentario sobre el asunto de jurisdicción extra Convención, ver: PAÚL, Alvaro: “La Corte Interamericana *In Vitro*: Notas sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia”, *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Vol. 2, 2013: pp. 303-345.

tratados internacionales y sistemas regionales de derechos humanos para interpretar la Convención Americana. Así, la Corte utilizó selectivamente algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), el Protocolo de Maputo y varias decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para interpretar la Convención.

Sin embargo, descartó que otros instrumentos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño protegen la vida prenatal, haciendo de ellos una lectura restrictiva del derecho a la vida del no nacido, como indicó el juez Vio Grossi en su voto disidente.⁹⁸

La Corte declaró que bajo la CEDAW, los principios de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer sobre los derechos del no nacido, basándose en varios informes del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, que promueven la legalización del aborto, y no en el texto mismo de la Convención (el artículo 12(2) de la CEDAW) que ni siquiera contiene la palabra “aborto” y en realidad protege la salud prenatal en relación con el embarazo.⁹⁹ Dicha premisa resulta a simple vista ilógica, pues el principio de igualdad y no discriminación requiere, como su nombre lo indica, la igualdad de los derechos de la madre y el no nacido, y justamente prohibiría privilegiar unos sobre otros. Sin embargo la Corte no reparó en esta incoherencia de su razonamiento.

Entre ellos, la Corte mencionó *LC vs. Perú*,¹⁰⁰ una petición no judicial, a través de la cual el Centro de Derechos Reproductivos, un grupo lobista pro-aborto de Estados Unidos, alegó que una menor embarazada habría intentado suicidarse debido a que se le había negado un aborto. El Comité de la CEDAW reprendió al Estado de Perú por sus prohibiciones contra el aborto y su reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción y le apremió a ampliar sus actuales supuestos

⁹⁸ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi.

⁹⁹ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 227-228.

¹⁰⁰ Cfr. COMITÉ DE LA ONU SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Informe No. 22/2009, CEDAW/C/50/D/22/2009: párr. 8.16, 8.18. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009_en.pdf

de aborto no punible por razón de la vida y la salud de la madre, para el aborto legal de niños concebidos por violación o incesto.

En general, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha interpretado reiteradamente la existencia de un derecho al aborto en la CEDAW y otros tratados internacionales y ha ejercido presión política sobre los Estados Parte, exigiendo la legalización del aborto o ampliación del aborto legal. El Comité ha apremiado a más de 90 países a legalizar el aborto o liberalizar sus leyes de aborto,¹⁰¹ sin embargo, algunos Estados de América Latina se han opuesto a sus recomendaciones. En 2007, por ejemplo, ante la recomendación de expertas del Comité de la CEDAW, Sra. Shin y Sra. Pimentel, urgiendo a Honduras a legalizar el aborto, los delegados de Honduras recordaron al Comité que en virtud del artículo 67 de la Constitución, que se centra en los derechos individuales, el feto era considerado un ser humano.¹⁰²

Es importante recordar que los informes de órganos no judiciales internacionales de derechos humanos como el Comité de la CEDAW o el Comité de los Derechos del Niño, carecen de carácter vinculante u obligatorio para los Estados Parte. También carecen de legítima autoridad para interpretar los tratados a fin de crear obligaciones jurídicamente vinculantes; sólo los Estados Parte o los tribunales internacionales pueden llevar a cabo tal interpretación.¹⁰³ Ningún órgano de vigilancia de la ONU o de la OEA tiene facultad para emitir interpretaciones vinculantes.¹⁰⁴ El artículo 21 de la CEDAW¹⁰⁵ y 40(1) del PIDCP, por ejemplo, permiten a sus órganos hacer solamente “recomendaciones” y “comentarios” a los Estados en relación a su cumplimiento con los tratados respectivos. Igualmente, el Protocolo Facultativo de la

¹⁰¹ Cfr. COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Informe A/54/38/Rev.1, cap. I, 31 (c), disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/21report.pdf> o en: <http://www.chr.up.ac.za/undp/global/docs/comment3.pdf>.

¹⁰² Cfr. Comunicado de Prensa del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, contra la Discriminación de la Mujer Comité toma informe de seguimiento de Honduras, el trabajo infantil, condiciones de trabajo en Maquiladores entre las cuestiones, UN Doc. WOM/1641. Disponible en: <http://www.un.org/News/Press/docs/2007/wom1641.doc.htm>.

¹⁰³ Artículos de San Jose, art. 6. y notas al art. 6. Disponible en: <http://sanjosearticles.com/> o en: http://sanjosearticles.com/?page_id=184&lang=es

¹⁰⁴ CEDAW, COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, art. 21.

¹⁰⁵ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS..

CEDAW, en sus artículos 7, 8 y 13, que permite un mecanismo de denuncias individuales, establece que el Comité de la CEDAW sólo podrá emitir “opiniones”, “observaciones” y “recomendaciones”, no juicios ni decisiones vinculantes relativos a las denuncias presentadas contra los Estados que han ratificado dicho protocolo.¹⁰⁶ La Corte probablemente escogió estos informes para fundamentar su posición en contra del reconocimiento del derecho a la vida del no nacido, no por su autoridad legal sino por su contenido afín a sus propias ideas a favor de la legalización del aborto.

Igualmente, la Corte citó varios casos de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como *Vo vs. Francia, S.H. y otros vs. Austria y A, B y C vs. Irlanda* que concluyeron que el artículo 2 de la Convención Europea sobre el derecho a la vida no protege la vida del no nacido frente al aborto ni la reproducción artificial, y que declararon que bajo la Convención Europea, el no nacido no es persona.¹⁰⁷

La Corte realizó una lectura selectiva de dichas decisiones, mencionando únicamente aquellas secciones que le favorecerían en su interpretación restrictiva de la Convención Americana. Por ejemplo, la Corte ignoró que en *Vo vs. Francia*, el Tribunal Europeo claramente diferenció la Convención Europea de la Convención Americana en cuanto a su protección de la vida del no nacido: “Contrariamente al artículo 4 del Convenio Americano de Derechos Humanos que enuncia que el derecho a la vida debe ser protegido «en general a partir de la concepción», el artículo 2 del Convenio no hace referencia a los límites temporales del derecho a la vida y, en particular, no define quién es la «persona» cuya «vida» está protegida por el Convenio”.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Los Estados Parte en el Protocolo Facultativo de la CEDAW son: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Ver CEDAW, COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Colombia declaró que no es posible la reinterpretación de la Convención por el Comité para incluir el derecho al aborto, afirmando que “El Gobierno de Colombia declara que ninguna disposición del Protocolo Facultativo, ni recomendación de la Comisión puede interpretarse como una exigencia a Colombia despenalizar los delitos contra la vida o la integridad personal.

¹⁰⁷ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit*, párr. 234-242.

¹⁰⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Vo v. France, Sentencia del 8 de julio de 2004”, párr. 75.

También omitió que en el Caso de *S.H. y otros vs. Austria*, la Segunda Cámara del Tribunal Europeo enfatizó que ningún estado europeo está bajo la obligación de permitir la fertilización *in vitro* ya sea parcialmente o totalmente (párrafo 74 de la decisión), indicando que los Estados gozan de un margen de apreciación para establecer límites a ciertas prácticas, especialmente la fertilización *in vitro*, que implica “serias consideraciones éticas y morales”, reconociendo que “los riesgos asociados con las técnicas de reproducción asistida deben ser tomados en serio y que es la obligación de los legisladores europeos, a nivel nacional, el evaluar estos riesgos, sopesando los intereses públicos y privados que puedan estar en juego.”

Asimismo, en *A, B y C vs. Irlanda*, a pesar de que el Tribunal resolvió que, bajo el art. 8 de la Convención Europea sobre privacidad, Irlanda debía proveer el aborto en la medida en que fuera legal, también concluyó que no existe un derecho a abortar,¹⁰⁹ y aceptó que aún cuando dicho derecho es reconocido a nivel nacional, este puede ser sopesado contra el derecho a la vida del no nacido reconocido en el derecho irlandés.¹¹⁰

Igualmente, la Corte IDH hizo caso omiso del contenido sustantivo de la sentencia judicial del Tribunal Europeo de Justicia contraria al supuesto patrón de falta de reconocimiento del no nacido como sujeto de derechos en el sistema europeo. El 10 de octubre de 2011, en el caso 34/10 *Oliver Brüstle vs. Greenpeace*¹¹¹, el Tribunal Europeo de Justicia, dependiente de la Unión Europea y con sede en Luxemburgo, dictó una decisión unánime de trece jueces, donde declaró que una tecnología de creación de células madre embrionarias no puede ser objeto de patente comercial si el proceso requiere la destrucción previa de embriones humanos o su uso como material de base. La demanda fue presentada por Greenpeace, la conocida ONG ambientalista, que, preocupada por la comercialización del cuerpo humano y el abuso de éste para objetivos comerciales, buscó protección para el embrión humano. La Corte de la Unión Europea defendió el *status* jurídico del embrión humano como radicalmente distinto de una cosa, aplicando la prohibición a todas las

¹⁰⁹ Cfr. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. “Caso A, B and C v. Ireland, Sentencia de 16 de diciembre de 2010”, párr. 214.

¹¹⁰ Cfr. *Ibid.*, párr. 213- 216, 233.

¹¹¹ TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA. “Caso Oliver Brüstle vs. Greenpeace, Sentencia del 18 de octubre de 2011”. Disponible en: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-34/10

etapas de desarrollo embrionario, ya sea a partir de la fertilización o incluso la clonación (reproducción asexual), rechazando la idea de que sea necesario alcanzar cierto nivel de desarrollo para que sea debido garantizar su protección. Así, el Tribunal dio una amplia acogida a la protección del embrión humano, en todas las etapas de su vida. La decisión categóricamente afirmó que el Parlamento Europeo quiso excluir la posibilidad de patentes que afecten la dignidad humana y se refirió a la fertilización como el comienzo del proceso de desarrollo del ser humano. Sin embargo, la Corte IDH deliberadamente escogió ignorar estas conclusiones y simplemente indicó que la sentencia no establece que los embriones humanos sean “personas” o que tengan un derecho subjetivo a la vida.¹¹²

Asimismo, la Corte IDH hizo referencia al Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África (Protocolo de Maputo), del Sistema Africano de Derechos Humanos, para interpretar el artículo 4 de la Convención Americana, extraña premisa. El Protocolo autoriza el aborto sólo bajo ciertas circunstancias, en ausencia de los cuales el procedimiento sería ilegal.¹¹³ Vale la pena mencionar que sólo la mitad de los miembros de la Unión Africana se han adherido a dicho instrumento y que varios países, como Uganda, han formulado reservas que rechazan el aborto como un derecho humano.¹¹⁴ Los artículos de San José señalan que “Este tratado es altamente polémico y de ninguna manera tiene aceptación universal. Solo alrededor de la mitad de las naciones africanas han adherido al Protocolo de Maputo y la razón más a menudo citada para la no adhesión es la provisión sobre el aborto”.¹¹⁵

Seguidamente, la Corte procedió a la interpretación de instrumentos internacionales cuyos textos otorgan protección implícita o explícita a la vida del no nacido, negando dicha protección basándose en

¹¹² Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 250.

¹¹³ Cfr. COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, “Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África”, CAB/LEG/66.6, (25 de noviembre de 2005), disponible en: <http://www.achpr.org/english/women/protocolwomen.pdf>

¹¹⁴ Cfr. BYAMUKAMA, Dora. “East Africa: Region Ought to Ratify the Maputo Protocol Now” *All Africa (Uganda New Vision)* [en línea] julio 22 de 2010. Disponible en: <http://allafrica.com/stories/201008120629.html> [Fecha de consulta: 30 de septiembre 2016].

¹¹⁵ Artículos de San José, notas al art. 5 Disponible en: <http://sanjosearticles.com/>

medios subsidiarios de interpretación e ignorando el texto mismo de dichos tratados y declaraciones.

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) y la Declaración sobre los Derechos del Niño,¹¹⁶ por ejemplo, afirman el deber de los Estados Parte de proteger al niño por nacer, quien, “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especial, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*” (énfasis añadido).¹¹⁷ De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,¹¹⁸ artículo 31(2), el preámbulo de un tratado es una parte esencial del texto del mismo. Además, los artículos 6 (2) y 24 (2) (d) de la Convención sobre los Derechos del Niño,¹¹⁹ así como el principio 4 de la Declaración de Derechos del Niño reconocen el derecho a la vida, salud y desarrollo del no nacido, incluyendo “el adecuado cuidado prenatal [...]”.¹²⁰

¹¹⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención sobre los Derechos del niño” “Declaración de los Derechos del Niño” 20 de noviembre de 1959.

¹¹⁷ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Declaración de los Derechos del Niño”. *Op. cit.*; también CIDH “Resolución 23/81, Caso 2141. Estados Unidos de América, ‘Baby Boy’, *Op. cit.*, Voto Negativo del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹¹⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *Op.cit.* art. 31 (2).

¹¹⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Convención sobre los Derechos del Niño”, *Op. cit.*, arts. 6 (2), 24 (2) (d).

¹²⁰ La aplicación a nivel mundial de la Convención sobre los Derechos del Niño al niño por nacer, ha sido explorada por varios estudiosos. A pesar de que los registros preparatorios del tratado de trabajo son limitados, algunos han demostrado que la Convención fue escrita para abarcar a los niños durante todo el periodo prenatal. Véase OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “La historia legislativa de la Convención sobre los Derechos del Niño” (07 de octubre, 2007). Los primeros borradores de trabajo del proyecto, que establecían el disfrute de los derechos “desde el momento del nacimiento”, fueron descartados rápidamente. De acuerdo a los *trabajos preparatorios* de la Convención, una de las razones para eliminar esa frase era para dar cobertura “desde el momento de la concepción” en adelante. Ver ABRAMSON, Bruce. “Violence against babies: Protection of Pre and Post-natal Children under the Framework of the Convention on the rights of the Child” *World Family Policy Center*, 2006: pp 57-60, disponible en <http://www.law2.byu.edu/wfpc/policy%20issues/VIOLENCE%20AGAINST%20BABIES.pdf> Abramson, un ex consultor del Comité de la ONU sobre la Convención, señala que en su primera reunión en 1980, el Grupo de Trabajo aprobó en Polonia el “proyecto revisado de convención sobre los Derechos del Niño”, como documento básico de trabajo. El proyecto del artículo 1, inicialmente declaró: “De acuerdo con la presente Convención se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su naci-

No obstante la claridad del Preámbulo de la CDN, que hace referencia a la necesidad de brindar al niño “protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento”, la Corte afirmó que 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 ya que en ellos se acordó que el Preámbulo no determinaría la interpretación del artículo 1 de la Convención, que define al niño como toda persona menor de 18 años, sin establecer una edad mínima o el nacimiento como requisito para la protección.¹²¹

Esta conclusión fue fundamentada exclusivamente en la solicitud de un Grupo de Trabajo integrado por Alemania, Irlanda, Italia, Holanda, Polonia, Suecia y Estados Unidos, que pidió se añadiera el siguiente párrafo a los trabajos preparatorios: “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 Parte”,¹²² con el objetivo de disminuir la protección que el Preámbulo da al no nacido, como indicó luego el doctor Carl-August Fleischhauer. La solicitud encontró oposición por parte de la delegación de Senegal, por lo que el representante de Reino Unido solicitó al Consejero Jurídico de las Naciones Unidas, Carl August Fleischhauer, que confirmara si dicha frase podría ser tomada en cuenta en una futura interpretación del artículo 1 de la Convención.¹²³

La Corte IDH convenientemente omitió hacer mención a esta solicitud y a la respuesta del Consejero Jurídico al representante británico, que consta también en los trabajos preparatorios. En ella, el Consejero manifiesta que, si bien no existe ninguna prohibición contra la inclusión del mencionado párrafo en los trabajos preparatorios, su valor para propósitos interpretativos en cuanto al artículo 1 es dudoso, ya que éste busca despojar al Preámbulo de su objetivo ordinario de constituir un elemento de base para la interpretación del tratado. También señala que es

miento. . . “. *Ibid.* 59 n.63. En la tercera reunión, “se generó un movimiento para su eliminación y la restricción se eliminó”, *idem*, lo cual sugiere que los Estados Parte de la ONU tenían la intención de que la Convención sobre los Derechos del Niño protegiera a estos durante la etapa pre-natal de la vida.

¹²¹ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 231-232.

¹²² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 43, 1989, citado en: CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 232.

¹²³ Cfr. *Ibid.* UN Doc. E/CN.4/1989/ 45-47.

incierto las conclusiones a que llevará dicha declaración en futuras interpretaciones que de la Convención realicen los Estados Parte. Finalmente, el Consejero Jurídico advierte al representante británico que el buscar establecer el significado de un término del tratado a través de una frase en los trabajos preparatorios podría ser inefectivo, ya que el artículo 32 de la Convención de Viena establece que los trabajos preparatorios son solamente medios complementarios de interpretación que únicamente pueden ser utilizados si los términos del tratado carecen de claridad o especificidad. La Corte IDH, sin embargo, utilizó esa sección particular de los trabajos preparatorios como única fuente de interpretación del artículo 1 de la CDN, ignorando el texto del tratado, el Preámbulo del mismo y aquella parte de los trabajos preparatorios que contradecía sus ideas personales sobre la protección del no nacido por la CDN.

Además, la Corte ignoró que la práctica de los Estados de América Latina y el Caribe después de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño demuestra que los Estados Parte de la Convención han interpretado que esta contiene un mandato de protección, por parte del Estado, a la vida en gestación, desde la concepción hasta el nacimiento.

Desde la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño, los países de América Latina y el Caribe han interpretado la Convención como un instrumento internacional que protege tanto a niños nacidos como no nacidos.¹²⁴ Por ejemplo, tras la firma de la Convención, Argentina y Guatemala presentaron declaraciones interpretativas, confirmadas más tarde en la ratificación, en las que afirmaron que “niño” es toda persona desde el momento de la concepción hasta los 18 años de edad.¹²⁵ Asimismo, Ecuador presentó una declaración en la que indicó que el preámbulo de la Convención protege al niño por nacer y señaló que este debe ser tomado en cuenta al interpretar

¹²⁴ Del mismo modo, los comentaristas han señalado que la definición de niño del artículo 1 como “todo ser humano menor de dieciocho años”, obviamente, establece un límite máximo, pero no un piso respecto a la edad de un niño, por lo que tácitamente la protección de los niños no nacidos se encuentra dentro de su ámbito de protección. Ver: FLOOD, Patrick J., “Does International Law Protect the Unborn Child?”. *Life and Learning XVI Conference*, 2006: pp. 3-42. Disponible en: www.uffl.org/vol16/flood06.pdf

¹²⁵ BAYEFESKY.COM. “Convención sobre los Derechos del Niño, reservas, declaraciones, objeciones, excepciones” Argentina. *disponible en:* http://www.bayefsky.com/html/argentina_t2_crc.php; *Ibid.* Guatemala, *disponible en:* http://www.bayefsky.com/html/guatemala_t2_crc.php.

todos los artículos de la Convención.¹²⁶ Asimismo, durante los trabajos preparatorios de la Declaración de los derechos de Niño, varios estados latinoamericanos reafirmaron su interpretación de que el derecho a la vida era protegido desde la concepción, y una propuesta en este sentido fue presentada por Argentina, con el apoyo de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, entre otros.¹²⁷ El Artículo 31 (2) (b) de la Convención de Viena establece que el contexto de un tratado, para el fin de la interpretación, comprende “todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado”;¹²⁸ por ello, estas declaraciones interpretativas son fuentes primarias de interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Posteriormente a la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, la gran mayoría de Estados de América Latina y el Caribe han confirmado su interpretación del término “niño” en la Convención sobre los Derechos del Niño como todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años de edad (o incluso más allá de los 18), es decir, abarcando el período prenatal, e incorporando esta definición legal a nivel nacional, como indican los informes al Comité de la Convención sobre los Derechos del Niño descritos a continuación. En los años 2002 y 1994, Argentina informó que, para los fines del sistema jurídico argentino, es niño “todo ser humano desde la concepción hasta la edad de 18 años,” sin perjuicio de las denominaciones semánticas para cada fase de la vida del niño y señaló específicamente que el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño debe interpretarse de tal manera que niño se entienda como todo ser humano desde el momento de la concepción hasta la edad de 18 años.¹²⁹ En 2010, Guatemala informó que tanto su protección constitu-

¹²⁶ *Ibid.*, Ecuador, disponible en: http://www.bayefsky.com/html/ecuador_t2_crc.php

¹²⁷ Cfr. BACH de Chazal, Ricardo, “Inconstitucionalidad y no Convencionalidad Del Aborto Voluntario”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Editorial La Ley. Vol. 3 (6) julio de 2011: pp. 194-230. Disponible en: <http://www.notivida.org/Articulos/Aborto/INCONSTITUCIONALIDAD%20Y%20NO%20CONVENCIONALIDAD%20DEL%20ABORTO%20VOLUNTARIO.pdf>.

¹²⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, *Op. cit.*, art. 31 (2) (b).

¹²⁹ Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “Informes de Derechos del Niño”, CRC/C/8/Add.17. 6, 37”, disponible en: <http://tb.ohchr.org/default>.

cional del derecho a la vida desde la concepción, así como su definición de niño como una persona desde la concepción, contenidas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y del Adolescente, eran consistentes con la definición del artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹³⁰ En 2003, El Salvador informó sobre la enmienda constitucional al artículo 1 de su Constitución, reconociendo a cada ser humano como persona desde el momento de la concepción, afirmando explícitamente que la enmienda fue adoptada en respuesta a la letra y espíritu del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹³¹ En 2009, Bolivia indicó ante el Comité de la Convención sobre los Derechos del Niño que su Ley de menores era conforme con la Convención en cuanto a la definición de niño como todo ser humano desde el momento de la concepción.¹³² Honduras informó que su definición legal de niño incluía al no nacido desde el momento de la concepción y, por lo tanto, protegía a los niños en las mismas condiciones que la Convención sobre los Derechos del Niño.¹³³ Del mismo modo, Perú señaló que su Ley de Menores y Adolescentes protege la vida desde la concepción y utiliza los mismos límites de edad superior e inferior que la Convención sobre los Derechos del Niño.¹³⁴

Otros Estados como Bolivia, Costa Rica, Nicaragua y Paraguay, por ejemplo, han hecho referencia específicamente al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño al informar que sus definiciones oficiales de “niño” comprenden a todo ser humano desde la concepción

[aspx?Symbol=CRC/C/8/Add.17](http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/8/Add.17); COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “Informes de Derechos del Niño, en CRC/C/70/Add.10”: 235, 244. Disponible en: <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=-CRC/C/70/Add.10>.

¹³⁰ Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “Informes de Derechos del Niño” CRC/C/GTM/3-4. 41, 78; también *Ibid.*: CRC/C/OPSC/ GTM/1. 126, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4631b5e72.html>; *Ibid.*, CRC/C/65/Add.10. 68, disponible en: <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=-CRC/C/65/Add.10>.

¹³¹ Cfr. *Ibid.* En CRC/C/65/Add.25 ¶ 51 (2003), disponible en: <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.25> (ver otras referencias a las protecciones legales del derecho a la vida desde la concepción en las págs 12, 13, 26, 27, y 64 del texto referido).

¹³² Cfr. *Ibid.* En CRC/C/BOL/4 ¶ 192, disponible en *Id.* En CRC/C/BOL/4. 192, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.BOL.4.pdf>

¹³³ Cfr. *Ibid.* En CRC/C/65/Add.2 ¶ 156, disponible en: <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.2>.

¹³⁴ ICfr. *Ibid.* En CRC/C/65/Add.8. 138, disponible en: <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.8>.

hasta los 18 años de edad.¹³⁵ Igualmente, Panamá informó en el 2011 que la definición de “menor” contenida en su Código de Familia era la de todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años y que su Código establece disposiciones sobre manutención de menores aplicable desde la concepción en adelante, las cuales fueron adoptadas conforme a la Convención.¹³⁶ Panamá, al ratificar la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, aprobada en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989, presentó una declaración afirmando que los alimentos comprenden, “tratándose de menores, todo lo necesario para lograr su desarrollo integral desde la concepción” y que “la persona concebida que está por nacer (*nasciturus*) tiene derecho a pensión alimenticia prenatal”.¹³⁷ Del mismo modo, Paraguay informó en 2012, 2010 y 2003¹³⁸ sobre su cumplimiento con la Convención sobre los Derechos del Niño al incorporar en su Constitución y en el Código de la Infancia una definición de niño como todo ser humano desde la concepción en adelante.¹³⁹ Ecuador informó su cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño incorporando en el artículo 49 de la Constitución, la protección del derecho a la vida desde la concepción y en su Ley de Menores, una definición de menor como todo ser humano desde la concepción en adelante.¹⁴⁰ Honduras tam-

¹³⁵ Cfr. *Ibid.* CRC/C/BOL/4. 192 (Bolivia); *Id.* En CRC/C/125/Add.3, 127 (Nicaragua), disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs39.htm>; *Ibid.* En CRC/C/OPSC/CRI/1. 29, 32 (Costa Rica), disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs44.htm#opsc>; *Ibid.* En CRC/C/65/Add.12. 173, 222 (Paraguay), disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.12>.

¹³⁶ Cfr. *Ibid.*, CRC/C/PAN/3-4 99, 259 (Panamá), disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.PAN.3-4_sp.pdf. También ver *ibid.* CRC/C/70/Add.20, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/456/45/PDF/G0345645.pdf?OpenElement>.

¹³⁷ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. “Convención Interamericana sobre las obligaciones alimentarias, estado de las ratificaciones”, 15 de julio de 1989, OEA Serie de Tratados, N° 71, 3 (06 de marzo de 1996) disponible en <http://www.oas.org/juridico/English/sigs/b-54.html>

¹³⁸ Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “Informes de Derechos del Niño”, en CRC/C/SPA C/PY/1. 3, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/future.htm> ; *Ibid.*, CRC/C/PRY/3, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs53.htm>; *Ibid.*, en CRC/C/65/Add.12. 173, 222 (Paraguay), disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?simbolo=CRC/C/65/Add.12>.

¹³⁹ *Ibid.*, en CRC/C/PRY/3. 288-89. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs53.htm>

¹⁴⁰ *Ibid.*, en CRC/C/3/Add.44. 66, disponible en <http://tb.ohchr.org/default>.

bién informó sobre la adopción de la definición de niño en su Código de la Niñez y Adolescencia como toda persona a partir del momento de la concepción hasta la edad de 18 años, como una medida de cumplimiento con la Convención sobre los Derechos del Niño.¹⁴¹ En 2010 y 2005, Colombia indicó que el artículo 17 de su Código de Menores, reconociendo la existencia del niño desde la concepción, fue adoptado para cumplir con las obligaciones internacionales impuestas por la Convención sobre los Derechos del Niño y para reflejar el derecho del niño a la vida, a la salud y al desarrollo desde la concepción.¹⁴² Además, Uruguay indicó que, en virtud del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la no discriminación, incorporó en su Ley de Menores la protección integral de los niños desde la concepción hasta la mayoría de edad.¹⁴³

Asimismo, todos los países latinoamericanos y del Caribe han informado al Comité de la Convención sobre los Derechos del Niño respecto a la salud prenatal en relación con sus obligaciones en virtud del artículo 24 (derecho a la salud) de la Convención. Brasil, por ejemplo, reconoció “la vulnerabilidad del ser humano desde la concepción hasta aproximadamente los 6 años de edad.”¹⁴⁴ México destacó la necesidad de proteger la supervivencia fetal, la salud y el desarrollo desde la concepción y durante el período de vida intrauterino e informó sobre sus políticas públicas relacionadas en virtud del artículo 6 de la Convención.¹⁴⁵

[aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.44](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs53.htm); *Ibid.*, en CRC/C/ECU/4. 524; disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs53.htm>; *Ibid.*, en CRC/C/65/Add.28. 134, disponible en: <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.28>.

¹⁴¹ *Ibid.*, en CRC/C/65/Add.2156, disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/425/02/PDF/G0442502.pdf?OpenElement>.

¹⁴² *Cfr. Ibid.* En CRC/C/OPAC/COL/1. 89, disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bo-dies/crc/crcs54.htm>; *Ibid.* En CRC/C/OPSC/COL/1. 16, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs54.htm> and CRC/C/129/Add.6; *Ibid.* En CRC/C/129/ Add.6. 158–59, 229, *disponible en:* <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs42.htm>

¹⁴³ *Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Informes de Derechos del Niño*, en CRC/C/3/Add.37. 67, disponible en: <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.37>

¹⁴⁴ *Ibid.*, en CRC/C/3/Add.65. 283, disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.65>.

¹⁴⁵ *Cfr. Ibid.* En CRC/C/3/Add.11,¶¶35–36, 113, 138, disponible en <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.11>.

Por otra parte, respecto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Corte interpretó la omisión de una referencia específica al no nacido en el documento como evidencia de la falta de intención legislativa de protegerle. Concluyó que según los trabajos preparatorios de dicho instrumento, el término “nacen”, del artículo 1 de la Declaración, se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la misma y fue más allá de cualquier interpretación por cualquier órgano de monitoreo de los tratados al afirmar que, por lo 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.¹⁴⁶

Un examen más acucioso del documento citado por la Corte como supuestamente respaldando esta afirmación,¹⁴⁷ demuestra que en ningún momento manifestaron los Estados tal interpretación, pues rechazaron el segundo párrafo del respectivo artículo del borrador de la Declaración que reconocía posibles excepciones al derecho a la vida para abortos de niños de padres discapacitados. Chile y Uruguay, en particular, se opusieron a la inclusión de dichos términos, los cuales fueron finalmente rechazados.¹⁴⁸ Si bien admitieron que el silencio sobre el tema de aborto era un compromiso político para lograr la adhesión de Estados como Reino Unido, en ningún momento expresaron que los derechos humanos se reconocen a partir del nacimiento, como alegó la Corte.

La Corte IDH se pronunció también respecto a la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concluyendo que de este no puede derivarse una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión humano debido a que, durante sus trabajos preparatorios fueron rechazadas las propuestas de Líbano y un grupo de cinco Estados (Bélgica, Brasil, El Salvador, México y Marruecos) que proponían la protección del derecho a la vida desde la concepción, aunque admitió que igualmente fue rechazada la propuesta de Reino Unido de reconocer un derecho al aborto.¹⁴⁹ Asimismo, la Corte justificó su interpretación del Pacto en las Observaciones Generales No. 6 y 17 del Comité de Derechos Humanos, en las que al Comité no sólo no se ha

¹⁴⁶ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 224.

¹⁴⁷ Cfr. Drafting of the Universal Declaration of Human Rights, E/CN.4/SR/35 (1947) citado en CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 224

¹⁴⁸ Cfr. *Ibid.* E/CN.4/SR/35 (1947) pp. 12-14.

¹⁴⁹ CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 225.

reconocido el derecho a la vida del no nacido sino que se ha señalado que la prohibición o restricción del acceso al aborto viola el derecho a la vida de la madre.¹⁵⁰ La Corte ignoró, curiosamente, el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prohíbe la imposición de la pena de muerte en mujeres embarazadas en su artículo 6 (5), otorgando así protección a la vida del no nacido. Similar prohibición contra la ejecución de mujeres embarazadas pueden encontrarse en el artículo 4(5) de la Convención Americana.

b. Interpretación histórica

La Corte IDH admitió que los trabajos preparatorios del tratado únicamente pueden ser medios complementarios o subsidiarios de interpretación cuando otros métodos dejan ambiguo el sentido de algún término de acuerdo al artículo 31(3) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁵¹ Sin embargo, la Corte decidió utilizar los trabajos preparatorios de la Convención Americana como medios primarios de interpretación, dándoles precedencia sobre el texto del tratado mismo, supuestamente en base al artículo 31(4) de la Convención de Viena, que dispone que se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Esencialmente, la Corte aplicó en *Artavia Murillo* el mismo razonamiento de la CIDH en *Baby Boy vs. Estados Unidos* en cuanto a los trabajos preparatorios, concluyendo que si bien los trabajos preparatorios de la Declaración Americana y la Convención Americana no ofrecen una respuesta definitiva sobre el asunto de la fertilización *in vitro*, estos sugieren que los Estados podrían haber tenido la intención de permitir excepciones al derecho a la vida para al menos algunas formas de aborto.¹⁵² Así lo interpretó la misma CIDH, quien originalmente introdujo la expresión “y en general” en el texto de la Convención, a pesar de existir oposición por parte de algunos Estados Parte.¹⁵³

No obstante, en la historia de la Convención no ha existido duda en el sentido de que el artículo 4 le otorga al no nacido un derecho a la vida

¹⁵⁰ *Ibid.*, párr. 226.

¹⁵¹ *Ibid.*, párr. 193.

¹⁵² Cfr. *Ibid.*, párr. 194-221.

¹⁵³ Cfr. *Ibid.*, párr. 204, 213-220.

desde la concepción. Este punto ha sido reconocido por Nieto Navia¹⁵⁴ y Gros Espiell¹⁵⁵ e incluso, *obiter dicta*, por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su decisión de 13 de mayo de 1980.¹⁵⁶

En este orden de ideas, los trabajos preparatorios son conclusivos. En efecto, debe advertirse que desde el Anteproyecto de Convención aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1959 se habría incorporado una disposición para proteger el derecho a la vida a partir del momento de la concepción.¹⁵⁷ Una disposición análoga también se encuentra en los proyectos de Convención presentados en 1965 tanto por el Gobierno de Chile como por el Gobierno de Uruguay.¹⁵⁸ Luego, debe notarse que en los dos dictámenes de la Comisión, tanto el de 1967 como el aprobado en junio de 1968 se habría incorporado lo que actualmente es el párrafo 1 del artículo 4 en orden de proteger el derecho a la vida desde la concepción.¹⁵⁹ Asimismo, se impone advertir que en su dictamen de 1968, la Comisión estimó tan amplia tutela como fundamental.¹⁶⁰ Esto a pesar de que en el Informe del Relator Dunshee de Abranches se habría propuesto explícitamente suprimir la protección desde la concepción. Esto con el objetivo de eventualmente haber dejado la cuestión del aborto abierta y sin definir, de la misma forma que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁶¹ Finalmente, es vital acotar que en las Actas y Documentos de la Conferencia Especializada de 1969 se evidencia que los Estados Americanos consideraron esencial mantener la protección de la vida a partir del momento de la concepción. Esto a pesar de la oposición nuevamente de Dunshee de Abranches quien participó como representante de Brasil y del delegado de los Estados Unidos.¹⁶²

¹⁵⁴ Cfr. NIETO Navia, Rafael, "Aspectos Internacionales de la Demanda contra la Penalización del Aborto", *Persona y Bioética*, Vol. 9 (24) 2005: pp. 21-42.

¹⁵⁵ GROS Espiell, Héctor. "La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo". *Editorial Jurídica de Chile*, 1991: pp. 80-84.

¹⁵⁶ Cfr. COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. "C/Royaume Uni/ Requete N.º 8416/79". 13 de mayo de 1980.

¹⁵⁷ Cfr. CIDH. "Anuario Interamericano de Derechos Humanos". 1968: p. 236.

¹⁵⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 275-298.

¹⁵⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 320.

¹⁶⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 98.

¹⁶¹ Cfr. *Ibid.*, p. 168.

¹⁶² ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. "Actas y Documentos. Con-

Así las cosas¹⁶³ es evidente, en primer lugar, que de las declaraciones de los Estados que pactaron la Convención se desprende que ha sido su intención manifiesta superar el estándar de protección otorgado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al derecho a la vida, para extender la obligación de proteger este derecho a partir del momento en que el ser humano es concebido y no a partir de su nacimiento. Luego, debe acotarse que en los debates de la Convención no existió duda alguna de que el reconocimiento del a la vida a partir de la concepción, implica una protección, contra el aborto o cualquier forma de destrucción o eliminación de la persona no nacida. Esto se entiende claramente de las mismas declaraciones del delegado Dunshee de Abranches quien se opuso, tenazmente pero sin éxito, a la actual redacción del artículo 4 que conlleva a proteger a la persona contra el aborto.

c. Interpretación evolutiva

La Corte hizo también una interpretación evolutiva de la Convención Americana, en virtud de la cual “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”,¹⁶⁴ que le llevó a concluir que, de acuerdo al derecho comparado y los desarrollos pertinentes en el derecho internacional sobre el estatus jurídico del embrión y la fertilización *in vitro*, el embrión no es persona ni tiene derecho absoluto a la vida.¹⁶⁵

Esta es una de las parte más defectuosas de toda la sentencia, al menos técnicamente,¹⁶⁶ pues en lugar de citar evidencia de dichas premisas en el derecho latinoamericano, como correspondería según el artículo 31, la Convención de Viena, la Corte cita principalmente decisiones

ferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. OEA/Ser.K./XVI/1.2, 7 al 22 de noviembre de 1969”: p.160.

¹⁶³ Debe notarse que en la sentencia dictada en el caso Artavia Murillo, la Corte, paradójicamente, reconoce los antecedentes y trabajos preparatorios que se suscitaron en relación con el artículo 4.1 de la Convención.

¹⁶⁴ CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 245.

¹⁶⁵ Cfr. *Ibid.*, párr. 245-253.

¹⁶⁶ Para una crítica de la interpretación evolutiva sin parámetros objetivos en este caso, ver: PAÚL, Álvaro, “La Corte Interamericana In Vitro: Notas sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia”, *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Vol. 2, 2013: pp. 303-345.

judiciales de países europeos (Alemania, España), de Estados Unidos (estado que no es parte de la Convención Americana), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa para fundamentar su decisión.¹⁶⁷ No pudiendo encontrar más práctica regional que tres decisiones judiciales de Argentina, México y Colombia legalizando el aborto, la Corte se apoya así en decisiones de otro sistema regional de derechos humanos, el europeo, y en el de Estados Unidos, para concluir que no puede darse en Latinoamérica una “protección absoluta” al embrión humano,¹⁶⁸ tema que fue fuertemente criticado por el juez Vio Grossi en su voto disidente.¹⁶⁹

El hecho de ser Costa Rica el único país donde estaría prohibida la FIV en forma expresa tiene solamente un peso relativo en cuanto a la práctica posterior de los Estados, ya que, como la sentencia misma señala, varios Estados latinoamericanos prohíben la clonación humana, la utilización de las técnicas de reproducción asistida para fines diferentes de la procreación humana y limitan la crioconservación de los embriones humanos.¹⁷⁰

Asimismo, un punto que la Corte omite mencionar, es que los tribunales de última instancia de varios países latinoamericanos se han acogido a la Convención Americana a la hora de proteger al embrión humano de fármacos que ocasionan su muerte o destrucción, como la susodicha “píldora del día después”. Por ejemplo, la Corte Suprema de Chile se acogió al artículo 4 de la Convención (1) y a otras obligaciones de los tratados internacionales, al prohibir la anticoncepción de emergencia en el 2008.¹⁷¹ En el 2009, el Tribunal Constitucional de Perú invocó la Convención Americana al prohibir la distribución gratuita de mecanismos de anticoncepción de emergencia.¹⁷² Igualmente, en el 2011, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Honduras aprobó como constitucional un Proyecto de Ley prohibiendo la anti-

¹⁶⁷ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit*: párr. 245-253.

¹⁶⁸ Cfr. *Ibid* párr. 263.

¹⁶⁹ Cfr. *Ibid.*, Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi.

¹⁷⁰ Cfr. *Ibid.*, párr. 255.

¹⁷¹ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE, “Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad,” aprobadas por el Decreto Supremo No. 48, de 2007, del Ministerio de Salud, (2008) Rol de la Causa: 740-2007”: pp. 131-32 (Chile).

¹⁷² Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, Acción de Lucha Anticorrupción: Sentencia del Tribunal Constitucional, (2009) Exp. No. 02005-2009-PA/TC”.

concepción de emergencia, debido a sus efectos abortivos en el embrión humano.¹⁷³ Esta importante evidencia de la interpretación del término concepción en el derecho comparado latinoamericano fue selectivamente omitida por la Corte.

El concepto mismo de interpretación evolutiva se encuentra actualmente en desarrollo, por lo que sus contornos aún no son claros. Sin embargo, parece haber consenso en la práctica internacional en el hecho de que, si un tratado pudiera evolucionar, podría hacerlo sólo si utiliza “conceptos evolutivos” –es decir, términos abiertos– al determinar el contenido de un derecho en particular.¹⁷⁴ Tal método de interpretación puede ser usado para extender el contenido de un derecho de un modo en que no fue previsto por quienes redactaron el tratado, o para apartarse de ciertos precedentes. Sin embargo, una interpretación evolutiva no puede derivar de un tratado internacional un derecho que no se encontraba incluido en éste desde su creación, especialmente cuando el silencio sobre tal derecho fue deliberado. *A fortiori*, las interpretaciones evolutivas no deben contrariar las disposiciones textuales de una convención. En efecto, lo único que puede ser interpretado en forma evolutiva –y, por tanto, ser expandido a ámbitos de aplicación imprevistos– es una materia que ya ha sido implícita o explícitamente incluida en el texto de un tratado. Es por ello que la declaración expresa que hace la Convención sobre el derecho a la vida del no nacido no puede ser interpretada en un modo que prive al embrión o feto de su personalidad.¹⁷⁵

6. CONCLUSIÓN

Costa Rica fue un Estado pionero en proteger la vida humana desde su etapa más temprana de desarrollo, lo cual tiene facultad de hacer de acuerdo a la Convención Americana, tratado único en el mundo en su

¹⁷³ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS. “Dictamen del 28 de noviembre de 2011, Sala de lo Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia de la República de Honduras”, Tegucigalpa, Municipio del Distrito Central, 28 de noviembre de 2011.

¹⁷⁴ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit. Escrito de Amici Curiae* por Alliance Defense Fund, Centre for Legal Studies at C-fam and Americans United for Life: pp. 16-17.

¹⁷⁵ Cfr. *Idem*.

categoría de protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción. La decisión de la Corte IDH en *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, sin embargo, ha forzado a ese país a retroceder en el reconocimiento y protección del no nacido, en particular, del embrión humano, redefiniendo los términos adoptados por los Estados Parte de la Convención.

Las interpretaciones históricas, sistemáticas o evolutivas de los tratados de derechos humanos son usadas para extender el alcance de los derechos establecidos en instrumentos internacionales, no para reducirlos. Sin embargo, en *Artavia*, la Corte adoptó un enfoque restrictivo de interpretación que no solamente distorsionó el sentido de los términos del tratado, sino que violentó las normas internacionales de interpretación de los tratados con el objetivo de llegar al resultado deseado por algunos jueces: el de revertir los derechos del niño no nacido, a partir del momento de su concepción, reconocidos por los Estados Parte desde la adopción de la Convención Americana.

7. APÉNDICE: LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DE LA CORTE IDH EN EL CASO ARTAVIA MURILLO

La sentencia dictada por la Corte Interamericana el 28 de noviembre de 2012 resolvió, concretamente, que el Estado de Costa Rica debe levantar la prohibición de la técnica de la Fertilización *In Vitro*.

Concretamente, la sentencia de 28 de noviembre de 2012 dispuso que el Estado de Costa Rica debe tomar 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 esa sentencia.

Consultada la Procuraduría General de la República, que actuó como agente del Estado en el caso *Artavia Murillo*, ésta le indicó al Gobierno de la República que, en orden a cumplir la sentencia de la Corte Interamericana, se requiere la aprobación y promulgación de una Ley de la República.

En este sentido, no debe obviarse que la prohibición de la fertilización *in vitro* en Costa Rica ha sido resultado inmediato y formal de una sentencia de inconstitucionalidad dictada, en su momento, por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Luego, se sigue que la única forma de dejar sin efecto la sentencia de la Sala Constitucional N.º 2306-2000, es que se apruebe y sancione una Ley.

Acogiendo el criterio de la Procuraduría General, el Poder Ejecutivo procedió a presentar su proyecto de Ley ante la Asamblea Legislativa el que se ha tramitado bajo el número 18738, proyecto de Ley de Fertilización *In Vitro* y Transferencia de Embriones Humanos.¹⁷⁶

Al contrario de lo que se esperaba por algunos sectores de las organizaciones no gubernamentales y de determinados grupos de interés en Costa Rica, la sentencia de la CIDH no ha concluido, ni por asomo la discusión costarricense sobre la Fertilización *In Vitro*. Por el contrario, el debate se ha tornado más complejo.

En este sentido, conviene advertir que la sentencia de la Corte lejos de implicar que Costa Rica haya conformado, de forma inmediata, su ordenamiento jurídico a lo dictado por el órgano convencional, ha develado una resistencia estructural del ordenamiento costarricense a la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana que ordenen una modificación de su sistema constitucional.

A pesar de que la Constitución costarricense integra el derecho internacional convencional como parte de su ordenamiento jurídico,¹⁷⁷ su sistema jurídico no ha admitido que la sentencia dictada en el caso *Artavia Murillo*, que ordena dejar sin efecto una sentencia constitucional, sea de ejecución directa e inmediata o que integre, de pleno derecho, ese bloque de convencionalidad.

En efecto, el Legislador costarricense ha entendido que la ejecución en el país de la sentencia dictada en el caso *Artavia Murillo* requiere de la acción del proceso legislativo previsto constitucionalmente. Esto en tanto que la Ley vigente solamente ha dado carácter ejecutorio a las condenas pecuniarias que la Corte Interamericana pueda imponer.¹⁷⁸

Asimismo, el sistema republicano democrático diseñado por la Constitución de 1949 ha garantizado que la ejecución de la sentencia del caso *Artavia Murillo* no sea una materia exclusiva del Poder Ejecutivo, sino que ha permitido, a través del instituto de la iniciativa legisla-

¹⁷⁶ Cfr. CORTE IDH, “1º Informe de Cumplimiento presentado por los Agentes del Estado ante la CDH”, 2013.

¹⁷⁷ Constitución Política de Costa Rica, Artículo 7.

¹⁷⁸ Artículo 27 de la Ley de Convenio para la sede la Corte Interamericana, N.º 6889 del 9 de septiembre de 1983. Costa Rica.

tiva del diputado, que frente al proyecto de Ley del Ejecutivo, se hayan presentado iniciativas de Ley que compiten con aquel, específicamente los expedientes legislativos Nos. 18824 y 18151.¹⁷⁹

Luego, las garantías democráticas que la Constitución asegura al proceso legislativo, han permitido que las fracciones legislativas minoritarias que se han opuesto radicalmente al cumplimiento de la sentencia, puedan interponer sus mociones y exigir una conversación amplia sobre la aprobación de una ley que autorice la técnica de la fertilización *in vitro*.¹⁸⁰

Actualmente, todos estos proyectos de Ley permanecen en discusión en comisión legislativa, que en el sistema costarricense es la etapa del procedimiento legislativo de mayor discusión y debate legislativo.¹⁸¹

De otro extremo, y de cara a este debate legislativo, distintos sectores han intentado una solución judicial a la cuestión de la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, procurando a través de distintas acciones una resolución judicial que, en aplicación directa de la sentencia interamericana, permita la Fertilización *In Vitro* sin necesidad de marco regulatorio alguno.

Una primera acción se realizó a través de la interposición de un recurso de amparo cuyo objeto consistió en requerir a la Sala Constitucional que reconociera la aplicabilidad directa de la sentencia y condenara a la Asamblea Legislativa por no promulgar la Ley de FIV.

No obstante, esta primera acción fracasó pues la Sala Constitucional señaló que no le correspondía controlar el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e indicó que el reglamento de ese órgano ha dispuesto un procedimiento de supervisión y cumplimiento a cargo de la misma Corte.¹⁸²

Una segunda acción ha consistido en la interposición de 15 procesos contenciosos administrativos en los que se pide que los jueces de esa jurisdicción ordenen la aplicación de la técnica también en apli-

¹⁷⁹ Cfr. CORTE IDH, “2º Informe de Cumplimiento presentado por los Agentes del Estado ante la CDH”, 2013.

¹⁸⁰ CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit*: Ver “3º y 4º Informe de cumplimiento presentados por los Agentes del Estado el 22 de septiembre de 2014 y 18 de diciembre de 2014”, respectivamente.

¹⁸¹ Cfr. *Idem*.

¹⁸² Cfr. SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA. “Resolución N.º1424-2014” 31 de enero de 2014.

cación directa de la sentencia de la Corte Interamericana de 28 de noviembre de 2012.¹⁸³

Estos procesos han permanecido suspendidos debido a que la Procuraduría General, representante legal del Estado ante la jurisdicción contenciosa, ha objetado la competencia de esa jurisdicción.

No obstante, en recientes autos dictados por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, órgano que conoce de las excepciones de incompetencia contra la jurisdicción contenciosa, han resuelto sostener la competencia de esos jueces para conocer de la petición de aplicación directa de la técnica de fertilización *in vitro*. Por supuesto, estos autos de la Sala Primera, de forma incongruente, han desconocido el voto de la Sala Constitucional en la materia.¹⁸⁴

Igualmente, debe destacarse que a la par de esta solución judicial, otros agentes del sistema político han intentado una solución por la vía reglamentaria.

En efecto, en recientes declaraciones del Presidente de la República –electo en el año 2014–, y a contrapelo del criterio sostenido por la Procuraduría General, afirmó, luego de una reunión con abogados y representantes de los grupos a favor de la técnica de la Fertilización *in Vitro*, que está examinando la posibilidad de levantar la prohibición de la técnica a través de un decreto de carácter reglamentario que dictaría, en solitario, el Poder Ejecutivo.¹⁸⁵

La efectividad e idoneidad de esta vía reglamentaria, sin embargo, son dudosas, no solamente por la reserva de Ley que existe en la mate-

¹⁸³ Estos procesos se tramitan bajo los expedientes 13-1546-1027-CA, 13-002476-1027-CA, 13-005077-1027-CA, 13-005106-1027-CA, 13-003116-1027-CA, 13-001788-1027-CA, 13-003114-1027-CA, 13-003113-1027-CA, 13-003115-1027-CA, 13-002477-1027-CA, 14-002845-1027-CA, 14-002846-1027-CA, 13-007352-1027-CA, 14-10068-1027-CA, 14-005127-1027-CA.

¹⁸⁴ SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA. “Auto 316-2015 del 12 de marzo de 2015. Sala primera” y SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA. “Auto 1485-2014 del 11 de noviembre de 2014. Sala primera.”

¹⁸⁵ Cfr. NOGUERA, Jarmon, “Gobierno valora si FIV se puede manejar vía decreto”, en *La Prensa Libre de Costa Rica* [en línea] Disponible en: <http://www.laprensalibre.cr/Noticias/detalle/15737-gobierno-valor-a-si-fiv-se-pue>. [Fecha de consulta: 30 de septiembre 2016]; y GUERRERO, Angie. “Regular la FIV por decreto no sería posible pues se requiere ser Ley de República, pero se hará la lucha”, *Revista Costa Rica Hoy (crhoy.com)* marzo 9 2015. Disponible en: <http://www.crhoy.com/regular-la-fiv-por-decreto-no-seria-posible-pues-se-requiere-ser-ley-de-republica-pero-se-hara-la-lucha/> [Fecha de consulta: 30 de septiembre 2016]

ria, sino porque, por seguro, no pondrían fin a la discusión dado que en el sistema costarricense, que garantiza una amplia tutela judicial, los decretos reglamentarios son susceptibles de control por parte de la jurisdiccional constitucional, y aún la contenciosa administrativa. Por demás está decir que la emisión de un reglamento ejecutivo tampoco precluiría la posibilidad del Legislativo de emitir una Ley contraria a la regulación ejecutiva la cual quedaría, eventualmente, sin efecto.

Finalmente, debe advertirse que esta vía reglamentaria padece también de una seria objeción de viabilidad técnica.

En efecto, conviene recordar que en la misma sentencia de 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana condenó al Estado costarricense a 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. Esto en la práctica implica que la Caja Costarricense del Seguro Social incorpore la técnica de Fertilización *In Vitro* dentro de sus servicios de atención.

Ahora bien, a pesar de que la Caja Costarricense realizó los estudios técnicos correspondientes e incluso proyectó la creación de una unidad especializadas en fertilización *in vitro*,¹⁸⁶ recientemente su Presidencia Ejecutiva ha reconocido, en declaraciones públicas, que carece de los recursos financieros suficientes para prestar el servicio en condiciones de universalidad como es la norma costarricense. Asimismo, ha señalado que el impacto financiero en la institución aseguradora sería desproporcionado.¹⁸⁷

Así las cosas, es claro que la vía reglamentaria esbozada por el Poder Ejecutivo podría no llegar a implicar una materialización del servicio, pues no es posible, por este medio, trasladar recursos financieros a la Caja Costarricense del Seguro Social para este fin. Tampoco se podría, dada la autonomía institucional de la Caja, obligar, por la vía de un decreto ejecutivo, a prestar un servicio que no está en condiciones de implementar.

¹⁸⁶ Ver 2, 3 y 4 Informes de Cumplimiento presentados ante la Corte Interamericana por los Agentes del Estado.

¹⁸⁷ Cfr. ROJAS A., Lady. “Para la caja es insostenible hacer fecundación in vitro, se declara sin recursos financieros ni laboratorios. *Revista Costa Rica Hoy (crhoy.com)*. Marzo 31 2015. [en línea] Disponible en: <http://www.crhoy.com/para-la-caja-es-insostenible-hacer-fecundacion-in-vitro-no-hay-recursos-financieros-ni-laboratorios/> [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2016].

En conclusión, la sentencia dictada por la Corte Interamericana no ha cerrado el debate costarricense sobre la Fertilización *In Vitro* por carecer de la fuerza jurídica suficiente para conformar el ordenamiento jurídico costarricense. La sentencia carece del vigor, conforme el sistema costarricense, para implicar, de pleno derecho, el levantamiento de la prohibición.

Igualmente, debe destacarse que el sistema republicano democrático que la Constitución de 1949 ha diseñado impide que una sentencia de la Corte Interamericana enerve la discusión y el debate costarricense, pues el sistema, *per se*, reclama la posibilidad de los costarricenses de debatir, en su propio contexto, los temas de interés nacional.

Así las cosas, puede ser que los grupos nacionales que han pretendido utilizar a la Corte Interamericana como medio para implementar su agenda de ingeniería social, se hayan equivocado al subestimar la resistencia constitucional de la Carta Fundamental costarricense a delegar en un órgano externo la decisión sobre las cuestiones que atañen a la política interna del Estado y a su estructura constitucional.

ADDENDUM II

Cumplimiento de la sentencia del fallo del caso Artavia en Costa Rica

Ligia De Jesús Castaldi¹⁸⁸

De acuerdo a la Convención Americana, “los Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (Artículo 68(1)), y en el caso *Artavia*, el Estado costarricense dio cumplimiento casi inmediato a las reparaciones pecuniarias por daño material ordenadas por la Corte IDH, la publicación del fallo y la capacitación de funcionarios públicos sobre el fallo.¹⁸⁹

Sin embargo, la orden que dio la Corte de modificar el ordenamiento jurídico interno para autorizar y regular la FIV y subsidiarla

¹⁸⁸ Las traducciones de documentos en otro idioma son de la autora.

¹⁸⁹ Cfr. CORTE IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica. “Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Supervisión de cumplimiento de sentencia” (en adelante “Resolución de cumplimiento”), párr. 66-69. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf

través de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS),¹⁹⁰ encontró significativa resistencia a nivel nacional entre la mayoría de legisladores, la Procuraduría General de la República y la Sala Constitucional de la Corte Suprema, al menos parcialmente debido a la controversia bioética que todavía persiste sobre el tema de la FIV en cuanto a la protección del embrión humano.

Durante la etapa de supervisión de cumplimiento del fallo, la Corte IDH forzó al Estado de Costa Rica a ejecutar el fallo en contradicción con su proceso constitucional, agregando nuevas obligaciones de comportamiento.¹⁹¹ Específicamente, la Corte intervino directamente en el orden jurídico interno anulando una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica que había invalidado un Decreto emitido por el Presidente de la República y que condicionaba la autorización y regulación de la fecundación *in vitro* a la aprobación de una Ley por parte del Poder Legislativo,¹⁹² como se describe a continuación.

En septiembre de 2015, tras una audiencia de cumplimiento en que la Corte IDH exigió al gobierno de Costa Rica la autorización inmediata de la FIV, el Presidente de la República, Luis Guillermo Solís Rivera, publicó el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S denominado “Autorización para la Realización de Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación *in vitro* y Transferencia Embrionaria”,¹⁹³ en que se refería al embrión humano como “óvulo fecundado” y autorizaba la FIV homóloga y heteróloga para parejas infértiles y mujeres solas.

El 3 de febrero de 2016, la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense lo declaró inconstitucional con base en el artículo 2 de la Convención Americana, que establece que cualquier cambio en el Derecho interno de los Estados Parte deberá darse a través de medidas legislativas, invocando el principio de legitimación democrática en las decisiones que al respecto afectan derechos fundamentales, donde es necesaria la intervención de la Asamblea Legislativa, por lo que la Sala

¹⁹⁰ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 317-380.

¹⁹¹ Cfr. *Ibid.* “Resolución de cumplimiento, Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi”.

¹⁹² Cfr. *Ibid.*, párr. 19-27, pág. 26 punto resolutivo 4.

¹⁹³ Cfr. *Ibid.*, párr. 16.

Constitucional emplazó al Poder Legislativo para emitir legislación sobre el tema.¹⁹⁴

La decisión se basaba en el texto de la Convención misma, que establece que únicamente “[l]a parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”, lo cual indicaría que el Estado no tiene una obligación de dar implementación inmediata, a través de sus cortes nacionales o Poder Ejecutivo a todas las disposiciones del fallo en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, como aquellas que ordenan la legalización de la fertilización *in vitro* en el país y su subsidio público.

Al día siguiente, el 4 de febrero de 2016, la Corte IDH reaccionó con inusual virulencia contra una decisión judicial interna, emplazando al Estado costarricense para que, en un plazo de 7 días, anule la sentencia de la Sala Constitucional y permita la regulación de la FIV a través del Decreto presidencial que declaró como inconstitucional.¹⁹⁵

La Sala Constitucional resistió la orden de la Corte IDH y no revirtió su sentencia, por lo que solo 12 días después, 16 de febrero del 2016, la Comisión presentó el caso 12.798, denominado *Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica* y la Corte IDH,¹⁹⁶ indicando que presentaba este nuevo caso sobre fecundación *in vitro* porque “el Estado de Costa Rica no cumplió con las recomendaciones contenidas en el Informe de Fondo” y la sentencia del caso *Artavia*, es decir, la orden de levantar la prohibición de la práctica de la FIV en el país y de reparar a las víctimas por daño moral y material.¹⁹⁷

Finalmente, a través de una resolución del 26 de febrero de 2016, la Corte IDH declaró por cinco votos contra uno que, a la luz de la sentencia de *Artavia Murillo* de 2012, “debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejer-

¹⁹⁴ Cfr. *Ibid.*, disponible en <http://observatorionacional.com/?p=2392>

¹⁹⁵ FRANK, María Inés. “Costa Rica: por segunda vez llevada a la Corte Interamericana con motivo de la FIV”, en *Observatorio Internacional de Políticas Públicas y Familia*, [en línea] Febrero 18 de 2016. Disponible en: <http://observatorionacional.com/?p=2392> [Fecha de consulta: Octubre 7 de 2016]

¹⁹⁶ Cfr. “CIDH presenta caso sobre Costa Rica a la Corte IDH”, [en línea]. Comunicado del 16 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/013.asp>

¹⁹⁷ Cfr. *Idem*.

cicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público”. Asimismo, dispuso que “se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S del 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia”.¹⁹⁸

Esta extraordinaria intervención por parte de la Corte IDH en el proceso constitucional interno suscita preguntas jurisprudenciales sobre la ejecución de las sentencias de la Corte a nivel interno y sobre el alcance de su autoridad en los procesos de supervisión de cumplimiento. Las reacciones de la Comisión y la Corte IDH en los casos de la FIV parecen estar destinadas a forzar al Estado de Costa Rica a ejecutar el fallo del caso Artavia a través del Poder Ejecutivo y de manera inmediata, lo cual contrasta con la prudente apreciación de la Sala Constitucional, que basada en la Convención, en sus propios precedentes y los de la Corte IDH, busca reservar la función legislativa al Congreso Nacional, de conformidad con sus procedimientos constitucionales.

¹⁹⁸ CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit*: Resolución de cumplimiento, *Op. Cit.*, pp. 26-27, puntos resolutivos 3-5.

CAPÍTULO II

LOS POSIBLES EFECTOS CONTINENTALES DEL CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA A LA LUZ DEL ACTUAL ESTADO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

MAX SILVA ABBOTT

1. INTRODUCCIÓN	82
2. ALGUNOS PARÁMETROS ACTUALES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO	85
2.1 Planteamiento	85
2.2 Reglas de interpretación que la Corte Interamericana ha ido dándose a sí misma	86
2.3 Documentos internacionales que pueden ser invocados	93
2.4 El control de convencionalidad	95
3. LA POLÉMICA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE EN EL CASO ARTAVIA MURILLO	102
3.1 Planteamiento	102
3.2 Nuestra propuesta de interpretación	103
3.3 Lo que la Corte ha dicho a la luz de los parámetros señalados	107
4. ALGUNAS CONSECUENCIAS DEL FALLO A LA LUZ DE LOS PARADIGMAS ANTERIORES	111
5. ALGUNAS CONCLUSIONES	112

RESUMEN:

El presente trabajo tiene por objeto abordar, a propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, de 2012, algunos problemas que hoy está presentando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tanto a nivel nacional como internacional, fruto de la evolución que ha sufrido a manos de la misma Corte. Esta situación está cambiando profundamente la forma de ser y de actuar del Derecho como realidad normativa, respecto de su *modus operandi* de hace pocos años, puesto que las consecuencias de los fallos de la Corte Interamericana pretenden tener efectos continentales.

PALABRAS CLAVE:

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Corte, Control de Convencionalidad, Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica.

1. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por objeto tutelar los derechos fundamentales de las personas a nivel internacional, en caso que ellos sean violados, en particular por alguna actuación del Estado,¹ o cuando éste no ha impedido conductas ilícitas de particulares, pudiendo hacerlo.² Todo ello previo agotamiento de las vías internas –teniendo, por tanto, un carácter subsidiario–,³ entendiéndose por tal ya sea que los mecanismos de reparación nacionales no se hayan ejercido, que su funcionamiento no dé garantías de imparcialidad, o que en caso de haber sido empleados, los requirentes estimen

¹ Cfr. CANÇADO Trindade, Antonio, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, *Editorial Jurídica de Chile, Santiago*, 2006: pp. 276, 282 y 391; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, 2013: p. 693; GARCÍA Ramírez, Sergio, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GARCÍA Ramírez, Sergio; CASTAÑEDA Hernández, Mireya (Coords.), “Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana”, México, UNAM, 2009: p. 27; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre, 2012: pp. 1172 y 1195-1196 GONZÁLEZ Morales, Felipe, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 5, 2009, p. 45 y 47; NÚÑEZ Poblete, Manuel, “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, en *Ius et Praxis*, año 14 (2), 2008: pp. 351-353.

² Cfr. FERRER Mac-Gregor, Eduardo PELAYO Möller, Carlos María, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10 (2), 2012: pp. 158-161.

³ Cfr. CANÇADO Trindade, Antonio, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, cit., 2006: pp. 282 y 301-303; GARCÍA Sayán, Diego, “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GARCÍA Ramírez, SERGIO; CASTAÑEDA Hernández, Mireya (coords.), “Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana”, cit., México, 2009: pp. 101-102; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 1, 2013: p. 155.

que su veredicto no se ajusta a la normativa internacional que protege sus derechos. En todas estas situaciones, los afectados pueden acudir primero a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de lograr, de ser admitida su alegación, un acuerdo con el Estado implicado,⁴ y de lo contrario, iniciar un juicio ante la Corte Interamericana. Este último organismo puede, en virtud de sus facultades, condenar al Estado acusado y su fallo debe ser acatado por él, también de acuerdo a la normativa internacional vigente para estos efectos.⁵

La idea de tener una instancia internacional más allá de los propios países, con la misión de velar por el respeto de los derechos humanos es, en principio, excelente. Ello, porque la historia es generosa en muestras, a veces dramáticas, de los abusos que puede llegar a cometer el Estado por medio de sus agentes, al estar en una clara posición de ventaja respecto de los ciudadanos. Y si bien desde hace más de dos siglos la lucha por la división y control del poder estatal ha dado frutos innegables, un nuevo mecanismo de protección, de carácter internacional, se

⁴ obre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede consultarse GONZÁLEZ Morales, Felipe, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, cit., 2009, pp. 35-57.

⁵ Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, en *Ius et Praxis*, Año 9 (1), 2013: pp. 205-221; CABALLERO Juárez, José Antonio, “La recepción de jurisprudencia internacional y la ejecución de fallos en tribunales nacionales. Apuntes para su estudio”, en GARCÍA Ramírez, Sergio; CASTAÑEDA Hernández, Mireya (coords.), “Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana”, cit., 2009: pp. 191-209; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, cit., 2013: pp. 641-693; IVANSCHITZ Bourdeguer, Bárbara, “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11, N°1, 2013: pp. 275-332; GARCÍA Sayán, Diego, “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., 2009: pp. 91-119; GARCÍA Ramírez, Sergio, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., 2009: pp. 17-35; Para el caso mexicano: CASTILLA Juárez, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, (2), 2011: pp. 123-164.

presenta muy ventajoso, al advertirle a cada Estado que no es la única instancia que puede tomar cartas en este asunto.⁶

Todo lo anterior indica que es de vital importancia que no existan dudas sobre cuál es la normativa internacional a la cual los Estados deben sujetarse, y por lo mismo, respecto de las facultades que tendrán los órganos supranacionales, llegado el momento de su actuación. Es decir, la existencia de reglas claras resulta fundamental para evitar no sólo malentendidos (por ejemplo, no saber los Estados a qué deben atenerse en un momento o en otro), sino incluso abusos por parte de quien está llamado a administrar justicia. Lo anterior, máxime si se considera que nos encontramos en una etapa bastante nueva en la vida del Derecho, algo así como un cambio de era –al implicar el paso desde la preeminencia de los diferentes órdenes jurídicos nacionales hacia una especie de orden común internacional–, todo lo cual hace absolutamente imperioso actuar con la mayor prudencia, para que esta nueva situación de instancias supranacionales realmente vinculantes no se desprestiege antes de haberse consolidado.

Sin embargo y por desgracia, ciertos rumbos que ha ido tomando esta nueva forma de protección de los derechos humanos en nuestro continente, sobre todo de la mano de la actuación de la Corte Interamericana, están creando diversas dificultades que, de no corregirse, podrían terminar generando problemas incluso más graves de los que pretende solucionar.

Si bien se trata de un fenómeno tremendamente complejo, se harán algunas reflexiones a su respecto a propósito del *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*, de 2012 pues, como se ha dicho, se trata de un fenómeno nuevo y en rápido desarrollo. Además, y pese a la creciente importancia que está adquiriendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este fenómeno está pasando de manera más o menos inadvertida en no pocos ambientes de los distintos países afectados por él, razón por la cual, este trabajo pretende dar algo de luz a este respecto.

En consecuencia, primero se analizarán algunos aspectos generales del actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interamericano; luego, se harán comentarios breves al caso aludido; finalmente, y teniendo en cuenta todo lo anterior, se mencionarán di-

⁶ Aborda las ventajas de tener una protección que vaya más allá de los propios Estados, CANÇADO Trindade, Antonio, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, cit., 2006: pp. 322-337 y 531-534.

versas consecuencias derivadas de este importante fallo, para terminar con algunas conclusiones.

2. ALGUNOS PARÁMETROS ACTUALES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

2.1 Planteamiento

Según se ha dicho, un aspecto que parece esencial para que esta nueva tutela internacional funcione adecuadamente, es que la normativa, o si se prefiere, el conjunto de “reglas del juego” que sus partes se han comprometido a respetar, sean claras desde un principio y permanezcan así, por razones mínimas de certeza jurídica. Es por eso que resulta de la mayor importancia que no surjan dudas sobre cuáles son o qué significan estas normas a las que los Estados han decidido sujetarse, tanto desde el punto de vista sustantivo (los derechos protegidos) como adjetivo (el procedimiento jurídico tendiente a su tutela).

Según se sabe, el principal instrumento rector para estos efectos es la Convención Americana de Derechos Humanos (también llamado Pacto de San José de Costa Rica), de 1969. Como tratado internacional multilateral, establece un conjunto de derechos y garantías que cualquier país que lo acate debe respetar, comprometiéndose así no sólo a acatarlo (art. 1), sino también a armonizar su propia normativa interna al mismo (art. 2). Además, en caso que surja un conflicto respecto de su aplicación en las situaciones mencionadas en el epígrafe anterior, y previo agotamiento de los mecanismos internos, algunos de estos Estados suscriptores han aceptado, además, la competencia de la Corte (arts. 52 a 73), obligándose así al acatamiento de sus sentencias.

Hasta aquí, todo parece marchar sobre ruedas: existe un tratado internacional suscrito por los Estados Parte, que saben, de buena fe, a lo que se están comprometiendo (e incluso pretenden imitar los cánones de este tratado en su normativa interna), en virtud del principio *pacta sunt servanda*, que obliga a cumplir los pactos libremente aceptados, siendo por ello la piedra angular del Derecho Internacional. De ahí que lo esencial, a nuestro entender, sea que las partes tengan claras las “reglas del juego” desde un principio, máxime en el presente caso, en que esta normativa internacional tendrá repercusiones continentales. O lo

que es igual, que se sepa a ciencia cierta cuándo un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional.⁷

Sin embargo, y tal como se ha adelantado, algunos derroteros que ha seguido la Corte han hecho cambiar esta situación primigenia, y no poco, desfigurando notablemente las reglas del juego que se habían entendido en un principio, según se verá. Lo anterior está modificando profundamente la normativa internacional involucrada (el punto de vista sustantivo), e incluso las facultades atribuidas inicialmente a la misma Corte (el punto de vista adjetivo), y por lo que puede apreciarse, no se ven señales que indiquen que este proceso no continuará en el futuro,⁸ sino todo lo contrario, seguirán aumentando su intensidad.

Varios son los factores que están incidiendo en este notable cambio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro del sistema interamericano, respecto de lo que se estimó al momento de darle vida en nuestro continente hace más de cuarenta años. Sin embargo, por razones de espacio, comentaremos brevemente solo tres de ellos: *a*) las reglas de interpretación que ha ido elaborando la Corte; *b*) los textos internacionales en los que inspira sus sentencias; y *c*) el llamado Control de Convencionalidad.

2.2 Reglas de interpretación que la Corte Interamericana ha ido dándose a sí misma

Según se verá, este primer aspecto resulta fundamental para entender prácticamente todos los demás elementos de la evolución que ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra región, al ser, por decirlo de algún modo, su llave maestra.

⁷ Una panorámica general además de sus orígenes y evolución puede verse en CRAWFORD James, “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado”, *Dykinson*, Madrid, 2004. Sobre esto volveremos brevemente más adelante.

⁸ Dentro de las pocas críticas que hemos podido encontrar a la actual situación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos destacan las de PAÚL DÍAZ, Álvaro, “La Corte Interamericana *in vitro*: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano, Universidad del Desarrollo*, Año 1 (2), 2013: pp. 303-304, 330-331 y 339-340 y SANTIAGO, Alfonso, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”, en *Persona y Derecho*, vol. 60, 2009: pp. 121-127.

La Convención Americana de Derechos Humanos señala que la Corte es su *intérprete última y legítima*,⁹ siendo además, una instancia *definitiva e inapelable*¹⁰ (art. 67). Estas facultades han hecho que la Corte, inspirándose sobre todo en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, haya ido elaborando un conjunto de reglas cuya aplicación hace que a la postre, el sentido y alcance que ella acaba atribuyendo a los tratados invocados, sea a veces muy diferente del que tienen a primera vista. Por razones de espacio, se mencionaran solo los aspectos más relevantes de esta delicada cuestión.¹¹

Debe advertirse que estas reglas de interpretación han sido elaboradas tanto por vía jurisprudencial, como a través de varias opiniones con-

⁹ Comentan este carácter, establecido por la Corte en varios fallos, entre muchos otros, NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10 N°2, 2012: pp. 58-59, 62-63 y 90-98; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.), “*Derechos humanos; un nuevo modelo constitucional*”, UNAM México, 2011: pp. 424 y 427; AGUILAR Cavallo, Gonzalo, “«Afinando las cuerdas» de la especial articulación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 1, 2013: pp. 642-643; AGUILAR Cavallo, Gonzalo, “El Control de Convencionalidad de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de 24.5.12”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10 N°2, 2012: pp. 727-728 y 740-742; HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios Constitucionales*, Año 7 (2), 2009: pp. 115-122.

¹⁰ Cfr. FIX Zamudio, Héctor, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA. VV, *Protección internacional de los derechos humanos*, disponible en http://app.vlex.com/#vid/452375/graphical_version [fecha de consulta: 02 de abril de 2014], 2007: pp. 69 y 76; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: pp. 368 y 400-401; MEIER García, Eduardo, “Nacionalismo constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9 (2), 2011: p. 333; RODRÍGUEZ Huerta, Gabriela, “Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos”, en GARCÍA Ramírez, Sergio; CASTAÑEDA Hernández, Mireya (coords.), “Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana”, cit., 2009: p. 218.

¹¹ Una excelente panorámica general de la interpretación de los tratados de derechos humanos puede verse en CANÇADO Trindade, Antonio, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, cit., 2006: pp. 19-60.

sultivas, documentos en los que la Corte aclara lo que a su juicio debe entenderse respecto de uno o más derechos humanos, aquellos sobre cuyo pronunciamiento ha sido requerida, ya sea por el Estado solicitante o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Ante todo, para la Corte los tratados deben interpretarse no tanto según su tenor literal, ni atendiendo a las circunstancias históricas de su surgimiento, ni tampoco a las intenciones de sus redactores, sino desde una perspectiva *evolutiva, dinámica y progresista*, esto es, de acuerdo a lo que este tribunal entiende que son las circunstancias actuales de nuestras sociedades.¹²

Además, los derechos humanos así comprendidos no son autónomos, sino *interdependientes*, razón por la cual deben interpretarse unos a la luz y en coordinación con los restantes, de una forma *sistemática*, a fin de lograr un reforzamiento mutuo.¹³ Por eso, desde otra perspecti-

¹² Cfr. GALDÁMEZ Zelada, Liliana, “Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 (3), 2007: pp. 442-486; VÁZQUEZ, Luis Daniel; SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en CARBONELL, Miguel, SALAZAR, Pedro (coords.), “La reforma constitucional en derechos humanos: un nuevo paradigma”, cit., 2011: pp. 159-164; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, PELAYO Möller, Carlos María, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, cit., 2012: pp. 149-150; PEREYRA Zabala, Gastón, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Revista de Derecho*, Montevideo, N° 6, 2011: p. 174; AGUILAR Cavallo, Gonzalo, “La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: un proceso esperanzador”, en *Estudios Constitucionales*, Año 7 (1), 2009: pp. 92-93.

¹³ Cfr. VÁZQUEZ, Luis Daniel; SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, cit., 2011: pp. 151-155; CASTILLA Juárez, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, cit., 2011: pp. 154-157; OROZCO Henríquez, José de Jesús, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1° constitucional”, en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, N° 28, 2011: pp. 85-98 p. 93; FRÍES Monleón, Lorena, “El Instituto Nacional de Derechos Humanos en Chile y sus desafíos para avanzar hacia una visión integral en el discurso y práctica de los derechos humanos en Chile”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, 2012: pp. 169-171; ALBANESE, Susana, “La fórmula de la cuarta instancia”, en *Lexis Nexis*, N° 0003/001051 [Fecha de consulta: 23 de junio de 2014], p. 7.

va complementaria, son *indivisibles*, en un sentido similar al anterior.¹⁴ Todo ello hace que exista una visión de tipo *holística* a su respecto.¹⁵

Por otro lado, y en virtud del llamado principio *pro homine* o *pro persona*,¹⁶ según el cual se buscará la interpretación más favorable a las

¹⁴ Cfr. CANÇADO Trindade, Antonio, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, cit., 2006: pp. 65-72 y 93-144; VÁZQUEZ, Luis Daniel; SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, cit., 2011: pp. 148-159; AMAYA Villarreal, Álvaro Francisco, “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, en *International Law*. Revista colombiana de Derecho Internacional, Pontificia Universidad Javeriana, N° 5, 2005: p. 345; OROZCO Henríquez, José de Jesús, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1° constitucional”, cit., 2011: pp. 93-94; ALBANESE, Susana, “La fórmula de la cuarta instancia”, cit., p. 7; FRÍES Monleón, Lorena, “El Instituto Nacional de Derechos Humanos en Chile y sus desafíos para avanzar hacia una visión integral en el discurso y práctica de los derechos humanos en Chile”, cit., 2012: pp. 169-171.

¹⁵ Cfr. CANÇADO Trindade, Antonio, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, cit., 2006: pp. 64 y 166-167; VÁZQUEZ, Luis Daniel; Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, cit., 2011: p. 155.

¹⁶ Cfr. AMAYA Villarreal, Álvaro Francisco, “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, cit., 2005: pp. 337-380; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 79-91 y 97-103; NOGUEIRA Alcalá, Humberto (2012): “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N°1, pp. 153-154 y 158-161; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, cit., 2012: pp. 1168-1170, 1176-1178 y 1187-1189; GÓMEZ Robledo, Juan Manuel, “La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente”, en García Ramírez, Sergio; CASTAÑEDA Hernández, Mireya (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, cit., 2009: pp. 141-142; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: pp. 340-358, 361-366 y 387-390; DÍAZ Tolosa, Regina Ingrid, “Aplicación judicial en Chile del *ius cogens* como manifestación de la internacionalización del derecho interno en materia de protección de la dignidad humana”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10 N° 2, 2012: pp. 334-335; CABALLERO Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (art. 1° segundo párrafo de la Constitución)”, en CARBONELL Sánchez, Miguel; SALAZAR Ugarte, Pedro (Coords.), “La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma”, cit., 2011: pp. 132-133; CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf> [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2014], pp. 84-87.

víctimas, la Corte estima que dicha interpretación debe no sólo ir evolucionando, sino que a fin de proteger de manera más eficaz un derecho determinado –o aminorar en lo posible sus restricciones–,¹⁷ ella puede fundar sus veredictos en otras normas, sean nacionales o internacionales, si es que ellas, de acuerdo a su criterio, protegen mejor el derecho en cuestión. Esto se vincula con el segundo problema mencionado (los textos internacionales en que inspira sus sentencias) y que será tratado en el epígrafe siguiente.¹⁸

Por lo mismo –y muy vinculado a la perspectiva *evolutiva, dinámica y progresista* recién mencionada–, se ha establecido el *principio de progresividad o de no retroceso*, entendiendo por tal, la prohibición de involucionar en la protección de los derechos humanos respecto de anteriores interpretaciones hechas por la Corte.¹⁹

¹⁷ Cfr. NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011”, cit., 2013: pp. 161 y 183; AMAYA Villarreal, Álvaro Francisco, “El principio pro *homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, cit., 2005: pp. 346-374; CASTILLA Juárez, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, cit., 2011: pp. 152-153; OROZCO Henríquez, José de Jesús, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1º constitucional”, cit., 2011: pp. 91-93; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 88-90; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: pp. 363-366.

¹⁸ Cfr. HITTERS, Juan Carlos, “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10 (2), 2012: pp. 542-543; FERRER Mac-Gregor, Eduardo PELAYO Möller, Carlos María, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, cit., 2012: pp. 164-165; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, cit., 2013: p. 673; PAÚL Díaz, Álvaro, “La Corte Interamericana in vitro: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, cit., 2013: pp. 310-314.

¹⁹ Cfr. CASTILLA Juárez, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, cit., 2011: p. 157; AGUILAR Cavallo, Gonzalo, “El Control de Convencionalidad de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de 24.5.12”, cit., 2012: p. 729.

Todo esto hace que los derechos humanos tengan un *sentido autónomo*,²⁰ lo que quiere decir que la forma de comprenderlos y de aplicarlos depende en definitiva, únicamente de las instancias internacionales –ya que por muchas interpretaciones internas que haya a su respecto, la Corte tiene siempre la palabra final–,²¹ debiendo los Estados aceptar dicha interpretación como *auténtica*,²² al ser, según se ha dicho, la Corte la intérprete última, legítima e inapelable de la Convención Americana de Derechos Humanos. Lo anterior hace que para ella este tratado tenga un sentido universal, común para todos los Estados, de manera independiente a sus circunstancias particulares, razón por la cual queda poco espacio para que el Estado afectado pueda alegar razones internas para morigerar su aplicación –el llamado “margen de apreciación”–.²³

²⁰ Cfr. NÚÑEZ Poblete, Manuel, “Principios metodológicos para la evaluación de los acuerdos aprobatorios de los tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes de ejecución de obligaciones internacionales en la misma materia”, en *Hemiciclo, Revista de Estudios Parlamentarios*, Año 2 N° 4, 2011: p. 53; MEIER García, Eduardo, “Nacionalismo constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, cit., 2011: p. 334; CANÇADO Trindade, Antonio, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, cit., 2006: pp. 26-30 y 52.

²¹ Cfr. NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 87-97.

²² Cfr. AMAYA Villarreal, Álvaro Francisco, “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, cit., 2005: pp. 344-345; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 65,70, 72, 82 y 96; Id., “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, cit., 2012: pp. 1178-1179 y 1219.

²³ Cfr. NÚÑEZ Poblete, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en ACOSTA Alvarado, Paola Andrea; NÚÑEZ Poblete, Manuel (Coords.), “El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales”, UNAM, México, 2012: pp. 3-49; BARBOSA Delgado, Francisco R., “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática”, en ACOSTA Alvarado, Paola Andrea; Núñez Poblete, Manuel (Coords.), “El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales”, cit., 2012: pp. 51-82; BENAVIDES Casals, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, en *Ius et Praxis*, Año 15 (1), 2009: pp. 295-310; BERNALES Rojas, Gerardo: “La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos”, en *Ius et Praxis*, Año 13 (1), 2007: pp. 245-265. Una actitud completamente diferente respecto del margen de

Finalmente, todo lo dicho hace que cada vez se vean con más recelo las *reservas* que los Estados puedan formular a los tratados al momento de suscribirlos, pues al excluirse mediante ellas algunos elementos de dicho tratado para ese Estado, se atentaría contra la universalidad, la interdependencia y el sentido autónomo de los derechos interpretados por la propia Corte.²⁴

Como puede verse luego de esta somera revista a los cánones de interpretación que la Corte ha ido dándose a sí misma, sus posibilidades reales de no acatar lo que verdaderamente dicen los tratados, de modificarlos e incluso cambiarlos radicalmente, parecen evidentes. De esta forma, la interpretación de la Corte se coloca al mismo nivel que (o incluso sobre) el texto al que en teoría sirve y del cual depende, no siendo exagerado sostener que con este proceder, se está cambiando su normativa, tanto desde el punto de vista sustantivo como adjetivo. En parte se ha llamado a lo anterior *interpretación mutativa por adición*.²⁵

Es por eso que se señalaba que esta es la puerta de entrada para las demás modificaciones que hoy está sufriendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra región, todo lo cual hace que las

apreciación, si bien referida al caso europeo (en este caso, relacionado al aborto), puede consultarse sobre este tema: MENA Parras, Francisco Javier, "La sentencia A, B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto: ¿Un «punto de inflexión» en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?", en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, 2012: pp. 115-124 y REY Martínez, Fernando, "¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia 'A, B y C vs. Irlanda', del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 2011: pp. 743-752.

²⁴ Cfr. CANÇADO Trindade, Antonio, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI", cit., 2006: pp. 28-29, 38-39, 179-180, 281-282 y 288-301; MÉNDEZ-Silva, Ricardo "Judicialización y atavismos", en GARCÍA Ramírez, Sergio; CASTAÑEDA Hernández, Mireya (coords.), "Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana", cit., 2009: p. 178; HITTERS, Juan Carlos, "El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana", cit., 2012: p. 542.

²⁵ Cfr. SAGÜÉS, Néstor, "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", en *Estudios Constitucionales*, año 8 (1), 2010: p. 125; SAGÜÉS, Néstor, "El «Control de convencionalidad» como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf> [fecha de consulta: 26 de mayo de 2014] p. 468; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales", cit., 2012: p. 1179.

reglas del juego iniciales, a las que los Estados se comprometieron, hayan cambiado notable y aceleradamente en los últimos años.

Finalmente, de manera particular, son dichas reglas las que explican la polémica interpretación que la Corte realizó en el *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*, en 2012, como entre otros documentos, deja de manifiesto la *Declaración de Guanajuato*, de 2013,²⁶ según se verá más adelante.

2.3 Documentos internacionales que pueden ser invocados

Se supone que un tribunal internacional debe atenerse al o a los tratados que le han dado competencia para conocer, juzgar y hacer cumplir lo juzgado respecto de las materias que esté llamado a dirimir. Esto es esencial, ya que los Estados se están comprometiendo ante la comunidad internacional y como se ha dicho, las reglas del juego deben estar meridianamente claras en atención a los efectos continentales que tendrá la labor de esta instancia supranacional.

Sin embargo, no ha resultado infrecuente que para fundamentar sus fallos, la Corte invoque no solo a otros tratados, ya sean universales o regionales ajenos al sistema interamericano,²⁷ sino también a documentos no vinculantes²⁸ –el llamado *soft law* internacional–²⁹ e incluso jurisprudencia, ya sea de otros tribunales internacionales³⁰ (sobre todo

²⁶ Declaración de Guanajuato disponible en <http://www.declaraciondeguanajuato.org/> [fecha de consulta: 20 de junio de 2014].

²⁷ Como ocurre por ejemplo en el *Caso Artavia Murillo y otros ("Fertilización in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 224-243 y 247-253.

²⁸ Precisamente refiriéndose a este fallo, cfr. PAÚL Díaz, Álvaro, "La Corte Interamericana in vitro: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia", cit., 2012: pp. 317-320.

²⁹ Cfr. GARCÍA Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad" en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, Año V, N° 28, 2011: p. 135; NÚÑEZ Poblete, Manuel, "Principios metodológicos para la evaluación de los acuerdos aprobatorios de los tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes de ejecución de obligaciones internacionales en la misma materia", cit., 2011: p. 81; RODRÍGUEZ Huerta, Gabriela, "Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos", cit., 2009: p. 219; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, "El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010", cit., 2012: pp. 156-157.

³⁰ Como en el *Caso Artavia Murillo*, cit., párr. 145, 170, 235, 237-242, 245, 247-252, 275 y 186.

la Corte Europea de Derechos Humanos), así como de tribunales constitucionales y cortes supremas de diversos países, sobre todo de nuestra región.³¹ Y no, como pudiera pensarse, simplemente para dar apoyo o reforzar argumentos tomados de la Convención Americana y otros tratados vinculantes, sino también para ir modificando su sentido, de acuerdo a las reglas de interpretación comentadas en el epígrafe anterior –y donde el principio *pro homine* tiene una importancia fundamental–, como ocurre en el *Caso Artavia*, según se verá.

Una conducta semejante posee varios reparos. Sólo por mencionar algunos (que no pueden ser desarrollados aquí), se enumeran los siguientes: *a*) que la Corte acude a tratados de diferente ámbito (regionales y universales); *b*) a tratados que los Estados que están bajo su tutela no han suscrito; *c*) a documentos internacionales no vinculantes, que pasan a tener fuerza normativa a través de sus sentencias; *d*) pese a lo iluminador que puede resultar un “diálogo interjurisdiccional”,³² se acude a jurisprudencia internacional de tribunales ajenos a nuestro sistema y a los cuales los países no han dado competencia; y *e*) finalmente, también se invoca jurisprudencia de tribunales nacionales extraños para los Estados involucrados, que por razones obvias, tampoco debieran afectar a otros países.

Todo lo anterior, sin perjuicio de la posible descontextualización de los instrumentos utilizados, así como su aplicación a situaciones diferentes a las contempladas por ellos, o que no toman en cuenta diversas circunstancias locales de los países involucrados, (el ya mencionado margen de apreciación de los Estados).

Por otra parte, este inquietante fenómeno de selección normativa, tanto nacional como internacional, tampoco posee reglas claras de funcionamiento ni justificación (como se ha dicho, uno de los argumentos más frecuentes la invocación del principio *pro homine*), quedando así al arbitrio de la misma Corte cuándo y cuáles aspectos específicos son escogidos de esta verdadera maraña de normas,³³ que además resultan

³¹ Cfr. *Ibid.*, párr. 254-256 y 260-262, entre otros lugares.

³² Cfr. NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 57-140.

³³ Refiriéndose al *Caso Artavia Murillo*, cfr. PAÚL Díaz, Álvaro, “La Corte Interamericana in vitro: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, cit., 2013: pp. 319-320.

excesivamente dúctiles de acuerdo a los criterios de interpretación antes esbozados.

Como puede fácilmente comprenderse, semejante actitud hace completamente imposible saber a cuáles normas acudirá la Corte para fundamentar sus sentencias, ni cómo las interpretará, afectando así gravemente la certeza jurídica. A nuestro juicio, este es un aspecto esencial, porque hace que las reglas del juego que han sido la base para la aceptación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte de los Estados y por tanto de su legitimidad, sean puestas seriamente en duda. A fin de cuentas, es como si un juez nacional no sólo dejara de estar sujeto a las normas que le han dado competencia, sino que además, pudiera escoger libre e incluso arbitrariamente las disposiciones a las que echará mano en sus sentencias –incluso de otros países–, sin perjuicio de poder interpretarlas como estime conveniente según lo antes señalado sobre este otro delicado tema. Por tanto, aquí no es el juez el que sirve y protege al Pacto de San José, como está estipulado, y en parte se ve limitado por una normativa previa, sino todo lo contrario: el juzgador es quien, de manera soberana (y nadie sabe con qué autorización) escoge y moldea la normativa según su criterio. En vez de ser el juez quien debe adaptarse a la normativa que lo legitima, la elige y manipula a voluntad.

Más aún: a nuestro juicio, ni siquiera el principio *pro homine* otorga legitimidad para acudir a instrumentos que no han sido ratificados por el Estado sometido a un tribunal internacional, por razones mínimas de seriedad y utilidad de los pactos. En efecto, en caso contrario, bastaría suscribir un solo tratado de derechos humanos para quedar, de acuerdo a este criterio, sujeto a toda la normativa sobre esta materia –al ser estos derechos humanos indivisibles y sistemáticos–, sea dicha normativa nacional o internacional, según se mencionó más arriba.

Nos parece que pocas cosas pueden hacerle tanto daño al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ello, porque a fin de cuentas, los Estados no saben a qué atenerse, puesto que las reglas del juego están cambiando constantemente, con lo cual cualquier Estado parte podría ser condenado casi por lo que sea en un momento dado.

2.4 El control de convencionalidad

De manera muy simple, el control de convencionalidad apunta no solo a que la Corte puede desconocer una norma del orden interno de un Estado por ser contraria a lo dispuesto por la Convención Americana-

na (o más precisamente, a la *interpretación* que de la misma haga la Corte, sin perjuicio de acudir en esta labor a otros documentos internacionales, con todos los inconvenientes señalados en el epígrafe anterior), sino además, a que también los jueces nacionales puedan dejar de aplicar una norma interna por el mismo motivo,³⁴ incluso *de oficio*.³⁵

³⁴ Dentro de las muchísimas obras que se han escrito sobre este tema, pueden verse: SAGÜÉS, Néstor P. “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf> [fecha de consulta: 27 de noviembre de 2013], pp. 381-417; Id., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, cit., 2010, pp.117-136; IBÁÑEZ Rivas, Juana María, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, 2012: pp. 103-113; BAZÁN, Víctor, “En torno al control de las inconstitucionalidades e inconventionalidades omisivas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVI, Montevideo, 2010: pp. 151-177; CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, cit., pp. 67-95; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: pp. 339-429; GARCÍA Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, cit., 2011: pp. 123-159; HITTERS, Juan Carlos, “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”, cit., 2012: pp. 535-574; Id. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, cit., 2009: pp. 109-128; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, cit., 2012: pp. 1167-1220; PEREYRA Zabala, Gastón, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos”, cit., 2011: pp. 155-176; AGUILAR Cavallo, Gonzalo, “El Control de Convencionalidad de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de 24.5.12”, cit., 2012: pp. 717-750; PACHECO Pulido, Guillermo, “Control de convencionalidad. Tratados internacionales de los derechos humanos”, México, Porrúa, 2012: pp. 1-131.

³⁵ Cfr. BAZÁN, Víctor, “En torno al control de las inconstitucionalidades e inconventionalidades omisivas”, cit., 2010: p. 176; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: pp. 343-344 y 390-391; Id. “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, cit., 2013: pp. 685-686; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 127-128; Id. “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, cit., 2012: pp. 1175-1176; CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, cit., pp. 71-74; SAGÜÉS, Néstor P. “El «Control de convencionalidad» como

De alguna manera –y nuevamente por vía jurisprudencial–,³⁶ la Corte ha estimado que estos jueces locales vendrían a ser algo así como sus delegados –se los considera incluso como *jueces interamericanos*–,³⁷ razón por la cual estarían llamados a aplicar directamente la normativa internacional ya interpretada por la Corte en sus fallos, así como según ciertos autores, también de acuerdo a la interpretación contenida en sus opiniones consultivas.³⁸

Para la Corte, la normativa internacional, al ser superior a la de los propios Estados, tendría preminencia incluso sobre las mismas constituciones nacionales, razón por la cual el control de convencionalidad,

instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, cit., pp. 451 y 455; GARCÍA Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad” cit., 2011: pp. 141-142; IBÁÑEZ Rivas, Juana María, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., 2012: pp. 105-106; HITTERS, Juan Carlos, “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”, cit., 2012: pp. 121-125.

³⁶ Entre los muchos casos que en los últimos años han aludido al control de convencionalidad –y cada vez con mayor fuerza– destacan a nuestro juicio, sobre todo los siguientes: *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, párr. 128; *Caso La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párr. 173 y *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párr. 193 y 239.

³⁷ Cfr. FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: p. 396; CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, cit., p. 80; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 60-87.

³⁸ Cfr. HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, cit., 2009: pp. 122-123; VÁZQUEZ, Luis Daniel; SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, cit., 2011: p. 136; GARCÍA Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, cit., 2011: pp. 131-139; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, cit., 2012: p. 1219; CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, cit., p. 83; SAGÜÉS, Néstor P.: “El «Control de convencionalidad» como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, cit., pp. 458-461.

sea el aplicado por ella misma, sea el ejercido por los jueces locales, podría muy bien desconocerlas. La única excepción admitida para que prime la normativa interna es que ella sea más favorable a los afectados, en virtud del principio *pro homine*.³⁹ Con todo, como los requirentes tienen la posibilidad de acudir a la Corte en caso de estimar no satisfechas sus pretensiones luego de haber agotado las instancias locales, en último término, siempre será la Corte la que decidirá si prima o no esa normativa nacional. Es por eso que el principio *pro homine* viene a ser algo así como una válvula de escape, que permite alterar profundamente la relación entre las fuentes jurídicas, primando para algunos incluso sobre la jerarquía que exista entre ellas.⁴⁰

No contenta con lo anterior, la Corte ha señalado que puesto que la Convención Americana tiene vigencia continental, los argumentos esgrimidos por ella en una sentencia para un caso determinado (la llamada “*res interpretata*” o también “*ratio decidendi*”), no solo afectarían a las partes del mismo, sino que debieran tener efectos *erga omnes* dentro del sistema interamericano.⁴¹ Lo anterior se aplica, según se ha dicho, a

³⁹ Cfr. HITTERS, Juan Carlos, “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto «*erga omnes*» de las sentencias de la Corte Interamericana)”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, 2013: pp. 708-709; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, cit., 2013: p. 676; GARCÍA Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, cit., 2011: pp. 133-139; CANÇADO Trindade, Antonio, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, cit., 2006: pp. 310-314.

⁴⁰ Cfr. CASTILLA Juárez, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, cit., 2011: pp. 149-153; CABALLERO Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1° segundo párrafo de la Constitución)”, cit., 2011: pp. 109-112 y 128; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”, cit., 2012: pp. 160-161 y 185; Id., “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, cit., 2012: pp. 1202-1203 y 1218.

⁴¹ Cfr. HITTERS, Juan Carlos, “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto «*erga omnes*» de las sentencias de la Corte Interamericana)”, cit., 2013: pp. 695-710; Id., “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”, cit., 2012: pp. 543-544; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”,

lo que podríamos llamar la “parte considerativa” de sus fallos, no a sus condenas (las “*res iudicata*”), que solo tienen aplicación para el Estado involucrado.⁴²

Con todo, debe recordarse que lo que prima aquí no es tanto la Convención Americana, sino la *interpretación* que de ella hace la Corte en diferentes fallos e incluso para algunos, según se ha dicho, en sus opiniones consultivas. La interpretación que haga de la Convención Americana, vendría a incorporarse automáticamente a este documento, fundiéndose con él y por tanto, alterándolo en definitiva.⁴³ Por eso, la Corte estima que los Estados que han acatado el tratado, ello incluye sus modificaciones por vía jurisprudencial o incluso a través de las opiniones consultivas.

cit., 2013: pp. 652-688; SAGÜÉS, Néstor P.: “El «Control de convencionalidad» como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, cit., pp. 462 y 468; BECERRA Ramírez, Manuel, “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”, en GARCÍA Ramírez, Manuel; CASTAÑEDA Hernández, Mireya, “Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana”, cit., 2009: p. 303; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 65 y 83-84. Desde un ángulo complementario, si bien referido al Derecho Internacional Humanitario, DÍAZ Tolosa, Regina Ingrid, “Aplicabilidad en el ámbito interno y en tiempos de paz de las normas de *ius cogens* del Derecho Internacional Humanitario”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10 (2), 2012: pp. 281-322.

⁴² El efecto relativo de las sentencias, entendiendo por tal que ella sólo tiene incidencia respecto de las partes involucradas, resulta evidente. Lo resalta, precisamente en relación al efecto *erga omnes* que pretende atribuirse de los razonamientos y las interpretaciones de la Corte, FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res iudicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, cit., 2013: pp. 688-693.

⁴³ Cfr. SAGÜÉS, Néstor, P. “El «Control de convencionalidad» como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, cit., pp. 458-461; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res iudicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, cit., 2013: pp. 671-672; FERRER Mac-Gregor, Eduardo-PELAYO Möller, Carlos María, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, cit., 2012: pp. 147-149.

De tal forma, puede verse muy a las claras que con este mecanismo la Corte pretende instaurar no solo lo que podríamos llamar un “efecto expansivo” –cuando no explosivo– de su jurisprudencia, sino algo así como un sistema de precedentes a nivel continental.⁴⁴ Pero además, esta imposición no sólo pretende hacerla la Corte “desde arriba”, mediante sus sentencias, sino que también “desde abajo”, es decir, a través de la actividad de las autoridades locales, con un claro efecto multiplicador. Ello, puesto que como se ha dicho, ella estima que los jueces internos serían algo así como sus delegados. Por eso considera que deben aplicar la “*res interpretata*” de cualquier fallo de la Corte incluso de oficio, con preminencia de su propio ordenamiento jurídico.

Por eso, algunos autores han declarado que se pretende llegar a un “orden público” común interamericano.⁴⁵

Ahora bien, se supone —también de acuerdo a la Corte— que el esfuerzo del juez nacional debiera tender primero a armonizar la normativa interna con la “*res iudicata*” –lo que ha sido llamado *interpretación conforme*–,⁴⁶ y que sólo en caso de no ser posible una conciliación, le se-

⁴⁴ Sin decirlo expresamente, cfr. NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: p. 73; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, cit., 2013: pp. 670-671; HITTERS, Juan Carlos, “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto «erga omnes» de las sentencias de la Corte Interamericana)”, cit., 2013: pp. 705-708; PEREYRA Zabala, Gastón, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos”, cit., 2011: pp. 169-173; RODRÍGUEZ Morelión, María Engracia del Carmen, “La recepción de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos”, en GARCÍA Ramírez, Manuel; CASTAÑEDA Hernández, Mireya, “Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana”, cit., 2009: p. 360.

⁴⁵ Cfr. MOURE, Ana María, “El Defensor Interamericano y la defensa de los derechos del niño. Caso Furlán”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 3, 2013: p. 991; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, cit., 2013: p. 656; BECERRA Ramírez, Manuel, “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”, cit., 2009: pp. 301-304.

⁴⁶ Cfr. CABALLERO Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1° segundo párrafo de la Constitución)”, cit., 2011: pp.

ría permitido apartarse de su normativa local. Mas resulta evidente que el sentido y alcance de dicha normativa local podría verse notablemente deformado fruto de este trabajo de “armonización”. O sea, el derecho interno sólo sería legítimo a la luz del internacional, y en realidad, de lo que la Corte considere que éste señala.

Lo importante es darse cuenta que gracias al control de convencionalidad, desarrollado por vía jurisprudencial, según se ha dicho, un juez nacional podría aplicar la “*res interpretata*” de cualquier fallo de la Corte para dejar sin efecto, cualquier norma interna, si de acuerdo a su criterio, es incompatible con dicha “*res interpretata*”, incluso como se ha dicho (siempre según el criterio de la misma Corte), si se trata de normas de rango constitucional.

Incluso se estima que una actitud contraria de los jueces locales equivaldría a una desobediencia del Estado hacia la Convención Americana –lo que se ha llamado *inconventionalidad*–,⁴⁷ generando por ello, responsabilidad internacional para él.⁴⁸

103-133; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: pp. 339-429.

⁴⁷ Cfr. BAZÁN, Víctor, “En torno al control de las inconstitucionalidades e inconventionalidades omisivas”, cit., 2010: pp. 151-177; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: pp. 386-390; SAGÜÉS, Néstor P., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, cit., 2010: pp. 127-128 y 130.

⁴⁸ Entre muchos otros, cfr. NÚÑEZ Poblete, Manuel, “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad”, en *Estudios Constitucionales*, Año 8 (2), 2010: pp. 452-457 y 461-464; HENRÍQUEZ Viñas, Miriam Lorena, “Las fuentes formales del Derecho”, Santiago, Legal Publishing, 2009: pp. 52-55; Id., “La oportunidad del control de constitucionalidad de los tratados: improcedencia del control represivo”, en *Microjuris. com* MJCHMDJ193 Versión PDF [fecha de consulta: 17 de octubre de 2012], pp. 1-10; GARCÍA Sayán, Diego, “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., 2009: pp. 100-101; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, cit., 2012: pp. 1168-1171 y 1185-1194; BERNALES Rojas, Gerardo, “La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos”, cit., 2007: pp. 256-257; TAPIA Valdés, Jorge, “Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario”, en *Estudios Constitucionales*, año 6 (2), 2008: pp. 133-134; BAZÁN, Víctor, “En torno al control de las inconstitucionalidades e inconventionalidades omisivas”, cit., 2010: pp. 170-173; HITTERS, Juan Carlos, “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”, cit., 2012: pp. 543-544; DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid,

Se comprende fácilmente que lo anterior viene a ser un auténtico cataclismo para el ordenamiento jurídico interno de los países pertenecientes al sistema interamericano. No sólo –y desde un punto de vista externo– porque el Estado en cuestión se ve afectado por los argumentos esgrimidos por la Corte en un caso del que no ha sido parte y por lo mismo, no ha podido defenderse,⁴⁹ sino además –y desde una perspectiva interna, que de lejos es lo más grave– porque lo anterior equivale literalmente, a *la anulación de su normativa doméstica y a sus posibilidades de autodeterminación*. La única actitud que le resultaría lícita, así las cosas, sería desarrollar y profundizar obedientemente las directrices dadas por la Corte, o también mejorarlas, siguiendo el principio *pro homine*,⁵⁰ para no caer en responsabilidad internacional.

Lo anterior, sin perjuicio que los jueces podrían libremente elegir la normativa que consideren adecuada,⁵¹ desconociendo así sus propias fuentes nacionales, todo lo cual atenta, como es obvio, contra la más elemental certeza jurídica.

Es por ello que puede adelantarse que la gran pregunta que surge, después de este rápido vistazo a nuestra actual situación, es si fue a esto a lo que se obligaron los Estados al firmar la Convención Americana. Sobre ello se volverá en las conclusiones de este trabajo.

3. LA POLÉMICA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE EN EL CASO ARTAVIA MURILLO

3.1 Planteamiento

El objetivo de este apartado es analizar, aunque sea muy someramente, la situación planteada en el *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*, apli-

“Aplicabilidad en el ámbito interno y en tiempos de paz de las normas de *ius cogens* del Derecho Internacional Humanitario”, cit., 2012: pp. 295-297.

⁴⁹ Como acertadamente apunta SAGÜÉS, Néstor P., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, cit., 2012: pp. 125-126.

⁵⁰ Cfr. NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 79-91 y 100-103.

⁵¹ Cfr. FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: pp. 377-386.

cando dos de los parámetros del actual funcionamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de nuestra región vistos hasta aquí: las reglas de interpretación y los documentos internacionales invocados por la Corte. Para ello, primero se hará un ensayo personal de interpretación de la Convención Americana desde una perspectiva hermenéutica más “clásica” y por ello, apegada lo más posible al texto de este tratado⁵² –y que fue a lo que realmente se comprometieron los países suscriptores–, para posteriormente señalar, sin profundizar en los mismos, los principales puntos del fallo de la Corte. El propósito del anterior ejercicio es mostrar los efectos que pueden tener en la interpretación de la Convención los parámetros antes mencionados. Quedará para parte del punto 4 analizar las posibles consecuencias de este fallo, incluso a nivel continental, en virtud del control de convencionalidad.

3.2 Nuestra propuesta de interpretación

Como se sabe, este caso surgió con motivo de la prohibición vigente en Costa Rica de realizar fecundaciones *in vitro*, en atención a que como su orden interno protege la vida desde la concepción, se estimó, aplicando precisamente el principio *pro homine* y basándose además en la propia Convención Americana (en particular su art. 4.1), que la masiva muerte de los así llamados “embriones sobrantes” fruto de esta práctica, atenta contra su derecho a la vida. El fallo de la Corte desechó este criterio, según se verá.

A nuestro juicio, el *quid* del problema de los derechos involucrados en este asunto, y que se vinculan, ni más ni menos que al estatuto jurídico del no nacido (sea cigoto, embrión o feto, da igual), radica no tanto en el art. 4.1 de la Convención, permanentemente invocado, pese a su importancia fundamental, sino en el art. 1.2 “*Para efectos de esta convención, persona es todo ser humano*”, el cual debiera relacionarse, en este orden, con el art. 3 (“*Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*”). Sólo luego de estos artículos, que por su posición inicial guardan un papel orientador para las demás disposiciones de este tratado, y a fin de evitar malos entendidos o incluso tergiversaciones, debiera acudir al art. 4.1 “*Toda persona tiene derecho a que*

⁵² En el fondo, pretendemos aplicar el art. Art. 31.1 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: Los tratados internacionales deben 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 su objeto y fin*”.

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 su vida arbitrariamente". Finalmente, este periplo concluiría, a modo de ratificación obvia de todo lo dicho, con el art. 4.5 "No se impondrá la pena de muerte [...] a las mujeres en estado de gravidez".

De esta manera, nos parece que ya que "persona es todo ser humano" (art. 1.2), no debiera admitirse ninguna exclusión a este respecto, ni siquiera para el no nacido, pues no cabe duda alguna, entre otras cosas, en atención a su información genética, epigenética y biológica, que se trata de un miembro de la especie humana. De hecho, los padres no están preocupados que su hijo en gestación pueda pertenecer a otra especie, sino que llegue a buen término. Por tanto, puesto que es un ser humano, se trata también de una persona.

Como persona que es y no puede dejar de ser, tiene "derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica" (art. 3), esto es, posee un conjunto de derechos humanos (no así todavía deberes, por razones obvias de su desarrollo) que deben ser respetados por todos, aunque esto ocasione eventualmente molestias o inconvenientes a terceros. Sólo así podemos hablar realmente de "derechos", que como resulta evidente, no pueden ser desconocidos por meros intereses o incluso fastidio de quienes están obligados a respetarlos.⁵³ Sólo podrían cuestionarse si se esgrimen otros derechos tanto o más importantes, debiendo intentarse primero llegar a una conciliación entre todos en vez de eliminar al o a los menos importantes. Mas parece difícil que cualquier otro derecho pueda ser superior a la vida de un ser inocente, como en este caso,⁵⁴ ya que para poder ejercerlos primero se requiere estar vivo.

Explicitando más lo antes ordenado por la Convención, y puesto que estamos ante una persona, ella insiste: "Toda persona tiene derecho a que se respete su derecho a la vida" (art. 4.1, primera frase), aspecto fundamental para poder ejercer los restantes derechos, según se ha di-

⁵³ Cfr. MASSINI, Carlos, "El derecho natural y sus dimensiones actuales". Buenos Aires. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.. 1999: pp. 40-43.

⁵⁴ Cfr. MASSINI, Carlos, "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos"; en MASSINI, Carlos; SERNA, Pedro (Eds.), "El derecho a la vida". Pamplona, Eunsa, 1998: pp. 179-222; ANDORNO, Roberto, "Bioética y dignidad de la persona", Madrid, Tecnos, 1998: pp. 53-55; GEORGE ROBERT P., "La ética del embrión", en *Moral Pública. Debates actuales*, Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, traducción de Miriam Rabinovich, 2009: pp. 39-64.

cho. Esta es, pues, la situación general: que a todos los seres humanos (y por tanto, personas) se les debe respetar su derecho a la vida.

Luego, para que no quede ninguna duda, inmediatamente, en el mismo artículo, a continuación de un punto seguido (lo que muestra que va en el mismo orden de ideas), lo anterior vuelve a ser ratificado, pero de forma especial: “*Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*”. Esto significa que el tratado expresamente hace alusión al no nacido, en atención a su calidad de persona, señalando directamente al momento de la concepción –y no desde otro instante posterior–⁵⁵ como el comienzo de la protección de su derecho a la vida, lo que debiera ser la situación “general”.⁵⁶ Además, en virtud del “efecto útil” de las disposiciones de un tratado, parece absurdo que no exista un evidente propósito de dejar las cosas claras en este aspecto.⁵⁷

De hecho, a nuestro juicio, lo anterior podría no haberse explicitado, pues en estricto rigor, basta con el art. 1.2 “*persona es todo ser humano*”, reforzado con el art. 3 “*Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*” y, finalmente, la primera frase del art. 4.1 “*Toda persona tiene derecho a que se respete su derecho a la vida*”. Pero si el tratado se tomó la molestia de invocar al no nacido, ello muestra muy a las claras el espíritu de la época e incluso el actual, ya que la mayoría de las legislaciones de nuestro continente protegen la vida desde la concepción o permiten el aborto como una situación excepcional. Las únicas situaciones atípicas son las de Estados Unidos, Canadá, Guyana y Cuba.⁵⁸

Finalmente, y como si fuera poco, la última frase del art. 4.1 refuerza la misma idea, de modo general: “*Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente*”. Y una clara muestra de arbitrariedad es cegar la vida de alguien por la condición que ostente (ya que basta con pertenecer a la especie humana), en este caso, su condición de no nacido (lo que a su vez se vincula con el art. 1.1: “*Los Estados Parte 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*

⁵⁵ Cfr. PAÚL Díaz, Álvaro, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, en *Ius et Praxis*, Año 18 (1), 2012: p. 68.

⁵⁶ Cfr. *ibid*, pp. 93-103.

⁵⁷ Cfr. *ibid*, p. 97.

⁵⁸ Cfr. *ibid*, pp. 72-75.

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”).

Por último, como término de este periplo, se prohíbe la pena de muerte para la mujer embarazada (art. 4.5), obviamente porque ello acarrearía también la muerte del no nacido, lo que violaría su derecho a la vida. Este artículo es más importante de lo que se cree, pues indica sin lugar a dudas que el derecho a la vida del no nacido es autónomo e independiente respecto al derecho a la vida de la madre. En suma, que se trata de *otro sujeto de derechos*, cuya personalidad jurídica debe ser reconocida (art. 3). Al tratarse así de *otra persona*, no tiene por qué sufrir, si bien de forma indirecta, los efectos de una acción contra un tercero, aunque sea su propia madre, no sólo por ello, sino además, por ser inocente.

De manera más indirecta, también pueden invocarse dentro de la Convención Americana, por ejemplo, para condenar la tentativa de aborto o un aborto frustrado, los arts. 5.1 “*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*”, y 5.2 “*Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*”.

Se ha realizado este sencillo ejercicio de interpretación, reiterativo y hasta redundante, a propósito, con el objeto de mostrar lo que consideramos evidente: que la Convención Americana de Derechos Humanos protege la vida del no nacido al considerarlo una persona desde la concepción, en virtud de reconocerlo como un miembro de la especie humana (que por lo demás, es el único requisito que exige para ser considerado persona). De esta manera, puede apreciarse lo incorrecta de la interpretación realizada por la Corte Interamericana, que más que interpretar, a nuestro juicio está *modificando* el tratado al que en teoría sirve (lo que antes llamábamos “interpretación mutativa por adición”).

Lo anterior, además, se ve ratificado si se aplica el principio *pro homine* o *pro persona*.⁵⁹ En efecto, puesto que el no nacido es una persona,

⁵⁹ La sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica de 2000 buscaba proteger a los recién concebidos por considerarlos los individuos más indefensos de la especie humana. En atención a su inherente dignidad, se estimó que su derecho a la vida era vulnerado por las técnicas de fecundación in vitro, puesto que ella genera un riesgo desproporcionado de muerte, mediante el desecho de los llamados “embriones sobrantes”. La sentencia se basó en el Art. 4 de la Convención Americana, precisamen-

su máxima protección debe ser un *letit motiv* esencial en la interpretación de los derechos que lo afectan, expandiéndolos en lo que haga falta (con lo que se los puede hacer primar sobre otros derechos de terceros) y al contrario, limitando lo más posible sus restricciones.

De hecho, a nuestro juicio, esta auténtica válvula interpretativa, podría incluso fundamentar la prohibición de cualquier tipo de aborto directo, en atención a implicar la condena a muerte de una persona inocente, lo que se torna más urgente aún, aunque sea de Perogrullo, al ser sus efectos irremediables. Si de verdad somos todos persona y por tanto, esencialmente iguales,⁶⁰ el principio *pro homine* debiera llevar a esta conclusión, puesto que “*Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente*” (Art. 4.1 frase final). Y no parece haber situación más arbitraria que privar a alguien de su vida por hechos de los cuales no es responsable (en el fondo, por su condición de no nacido), o si se prefiere, matar a una persona que es completamente inocente, ya que no puede ser considerada culpable de nada.

3.3 Lo que la Corte ha dicho a la luz de los parámetros señalados

Un primer aspecto que debe advertirse respecto de esta sentencia, es que si bien el problema originalmente planteado se refería a la fecundación *in vitro*, el fallo terminó yendo bastante más allá de este asunto, al establecer diversos criterios respecto del estatuto jurídico del embrión,⁶¹ todo lo cual tendrá notables repercusiones en el futuro.

te para darle cumplimiento a la normativa internacional. Debe tenerse en cuenta, además, que el Presidente de la Corte Suprema de ese entonces el juez Rodolfo Piza Escalante, ex presidente de la Corte Interamericana (cfr. PAÚL DÍAZ, Álvaro, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, cit., 2012: p. 91). Como puede apreciarse, parece difícil argumentar un desconocimiento por parte de los juzgadores de Costa Rica de lo establecido por la Convención Americana, sin perjuicio de estar aquí ante una clara aplicación del principio *pro homine*.

⁶⁰ Lo ha afirmado reiteradamente, SPAEMANN. Robert, “¿Es todo ser humano una persona?”, en *Persona y Derecho*, vol. 37, traducción de Ezequiel Coquet, 1997, p. 14; Id., “La naturaleza como instancia de apelación moral”, en AA. VV., “El iusnaturalismo actual”, compilado por Carlos I. Massini-Correas, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 362-363; Id., “Sobre el concepto de dignidad humana”, en MASSINI, Carlos; SERNA, Pedro (Eds.), “El derecho a la vida”, cit., p. 98.

⁶¹ Cfr. PAÚL DÍAZ, Álvaro, “La Corte Interamericana *in vitro*: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, cit., 2013: pp. 303-304.

Usando los criterios interpretativos señalados más arriba, y pese a la meridiana claridad de la Convención Americana, la Corte estimó que el no nacido no es acreedor de una protección similar a la de los ya nacidos, en el fondo, por no considerarlo una persona.

Para ello, primeramente, y pese a señalar que hasta el momento no estaría claro cuándo comienza la vida (párr. 185), y que no pretende optar por alguna de las corrientes en disputa a este respecto (párr. 185), considera que cuando la Convención alude a “concepción”, se está refiriendo, en virtud de una interpretación evolutiva (cfr. párr. 245-256), histórica (párr. 193-221) y sistemática (párr. 191-192. 222-223 y 244), y de acuerdo al principio de la interpretación más favorable al objeto y fin del tratado (cfr. párr. 257-263) no a fertilización o fecundación, sino a “implantación” (párr. 264, si bien ya lo venía advirtiendo, entre otros, en los párr. 180, 186-187 y 189), lo que como se sabe, ocurre varios días luego de lo que suele generalmente entenderse por “concepción”. Con lo cual, además de forzar los términos (sin perjuicio, que parece difícil que los estados firmantes estuvieran pensando en la “implantación” o “anidación” cuando hablaban de “concepción” en 1969),⁶² en el fondo, está optando, contrariamente a lo que dice (párr. 185), por una de las visiones a este respecto. Con todo, es importante destacar que la Corte señala expresamente estar “optando” por alguna de las posturas en pugna, no que su criterio se base en una convicción indubitable suya a este respecto.

En parte, la Corte justifica su argumento señalando que la concepción sólo podría comprobarse gracias a la anidación (párr. 187). Con todo, el argumento parece insostenible, toda vez que en una fecundación *in vitro* se producen precisamente, embriones concebidos pero no anidados; y es completamente obvio que debe tenerse total certeza sobre cuándo se ha producido la concepción –contrariamente a lo esgrimido por la Corte–, ya que en caso opuesto, no podría realizarse el diagnóstico preimplantatorio e introducirse los embriones seleccionados en el cuerpo de la madre gestacional. De ser cierto lo señalado por este tribunal, incluso podrían transferirse al cuerpo de la mujer ovocitos sin fecundar, porque en el fondo, los médicos estarían actuando a ciegas.

Lo anterior no solo significa que existiría una completa indefensión del ser humano desde el momento de la unión de los gametos hasta su

⁶² Como lo señala acertadamente la *Declaración de Guanajuato*, cit., punto III.

efectiva anidación o implantación en las paredes del útero, sino que además –siguiendo con esta interpretación “evolutiva”–, la Corte estima que la protección del no nacido es gradual o incremental (párr. 256, 264 y 315), esto es, que se va fortaleciendo a medida que crece, conclusión que apoya curiosamente en el mismo art. 4.1, cuando señala que el respeto del derecho a la vida del no nacido se debe proteger “en general” (párr. 256 y 264).⁶³

Es en virtud de todo lo dicho que la Corte Interamericana concluye que el derecho a la vida del no nacido no sería absoluto (párr. 258-259), e incluso llega a considerar que su protección se basaría fundamentalmente en un mero interés subjetivo (párr. 260) y por tanto –podemos agregar–, no oponible a otros que piensen distinto.⁶⁴

Es decir, la Corte ha dejado al no nacido en una situación de extrema vulnerabilidad, al otorgarle en el fondo, un *pseudoderecho a la vida*. Es por eso que este *pseudoderecho* a la vida del no nacido debe ceder ante otras situaciones que afectan a los ya nacidos (párr. 259), eventos a los que sí considera auténticos derechos. De ahí que la protección al no nacido debiera ser excepcional: al ser su “derecho” a la vida no absoluto, no podría limitar otros “verdaderos” derechos (párr. 259, lo que desarrolla, entre otras partes, en los párr. 280-282, 288 y 293).

Además, estima que la verdadera protección al no nacido va de la mano y es una consecuencia de la protección de la mujer embarazada (párr. 222). Es decir, la escasa tutela que posee el primero depende de la protección que se otorgue a la segunda, por lo que no sólo se trata de una pseudoprotección, sino además, indirecta, todo lo cual no hace sino reforzar la consideración del no nacido como no-persona por parte de la Corte.

Es por eso que se señalaba que para ella, el no nacido ha dejado de ser una persona y que con su veredicto, se ha establecido, contra la letra expresa de la Convención Americana, un nuevo estatuto para estos seres humanos,⁶⁵

Ante esta vulnerable situación, no es de extrañar que la existencia del *nasciturus* ceda ante otras situaciones estimadas más relevantes por

⁶³ Si bien no referido a este fallo, cfr. PAÚL Díaz, Álvaro, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, cit., 2012: pp. 77-82; sobre la expresión “en general”, *ibid*, pp. 93-103.

⁶⁴ Una crítica similar, si bien no referida al presente caso en *ibid*, p. 70.

⁶⁵ Alude a esto, entre otras cosas, el Voto Disidente del juez Eduardo Vio Grossi, que consta en la parte final del fallo.

este tribunal. Ello, porque parece absurdo que valgan más que el derecho a la vida de una auténtica persona, y además, inocente, pese a la atención que merecen, las situaciones alegadas por los recurrentes: la limitante física de la infertilidad (entendida como parte de la integridad personal), la autonomía reproductiva, la vida privada y la maternidad (como parte del libre desarrollo de la personalidad) y el derecho a fundar una familia y a procrear (todo esto en las largas consideraciones de los párr. 265-317).⁶⁶

Finalmente, hay que señalar que además de los criterios interpretativos utilizados para llegar a estas conclusiones, la Corte alude a otros tratados para fundamentarlas (son muchas, por ejemplo, párr. 224-243 y 253) e incluso al Derecho comparado (por ejemplo, en los párr. 254-256 y 260-262). De esta manera, se añade, además de no atender a si poseen un carácter vinculante, ni a su jerarquía, el problema de una posible descontextualización de los mismos. Todo esto sin perjuicio de no quedar claro el criterio de su selección, salvo la búsqueda de argumentos para su veredicto, en virtud del principio *pro homine* (obviamente, no aplicado al *nasciturus*), con todos los problemas que lo anterior trae consigo.

De esta forma, la Corte alude a la Declaración Universal de Derechos Humanos (párr. 224), al sistema europeo de Derechos Humanos (párr. 234-242), al Sistema Africano (párr. 243), a otros documentos internacionales (párr. 247-253), al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (párr. 225-226, pese a que curiosamente, también prohíbe la pena de muerte para las embarazadas en su art. 6.5), a la Convención Contra la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (párr. 227-228) y la Convención de los Derechos del Niño, específicamente a sus arts. 1 y 6.1 (párr. 229-233), olvidando, sorprendentemente, que este último instrumento señala en el párrafo 9 de su Preámbulo 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*”. Ello, sin perjuicio de hacer caso omiso al principio del *interés superior del niño* –y parece difícil que

⁶⁶ Cfr. GALDÁMEZ Zelada, Liliana, “Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones”, cit., 2007: pp. 446-448 y 453-454; GÓMEZ Robledo, Juan Manuel, “La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente”, cit., 2009: p. 144, nota 29.

exista un interés superior a su derecho a la vida—, sin lugar a dudas, la viga maestra de este tan importante documento internacional.

4. ALGUNAS CONSECUENCIAS DEL FALLO A LA LUZ DE LOS PARADIGMAS ANTERIORES

Dadas las actuales características del Derecho Internacional de los Derechos Humanos mencionadas en el punto 2 de este trabajo, las consecuencias de lo fallado en el *Caso Artavia Murillo* van mucho más allá de lo que a primera vista pudiera pensarse. Por razones de espacio, se comentarán solo tres. Desde luego, con todo lo dicho hasta aquí, el lector podrá fácilmente arribar a varias más.

Un primer aspecto que debe mencionarse, es que fruto de las peculiares reglas de interpretación utilizadas por la Corte, de hecho, ella ha modificado profundamente e incluso contrariado el sentido original de la Convención Americana. Tal vez uno de los elementos más graves de este asunto en particular es la meridiana claridad de los textos del tratado a favor del *nasciturus*, como ha intentado mostrarse, lo que no ha impedido llegar al resultado ya comentado.

Lo anterior hace vaticinar profundas modificaciones al espíritu de la Convención Americana (tanto desde una perspectiva sustantiva como adjetiva), lo que implica un completo cambio de las reglas del juego iniciales a las que se comprometieron los Estados, según se comentaba más arriba.

Un segundo aspecto es que con el nuevo escenario que la Corte ha creado mediante este fallo (que establece lo que a su juicio es el estatuto jurídico del no nacido), se abre un peligroso frente para él. Ello, porque si: *a*) se desconoce su calidad de persona (pese a ser un miembro de la especie humana); *b*) se señala que su pseudoprotección no puede oponerse a otros derechos considerados más fuertes; y *c*) que su eventual tutela se hace a través de los derechos de la madre, parece claro, pese a las meridianas intenciones en sentido contrario de la primigenia Convención, que se han echado las bases no solo para permitir el aborto en ciertos casos, sino para convertirlo en un derecho incluso absoluto de la madre.

Un tercer aspecto de suma importancia que vale la pena mencionar, es que en virtud del control de convencionalidad, la “*res interpretata*” de esta sentencia tendría efectos *erga omnes* dentro del sistema

interamericano, razón por la cual, si llegamos a las últimas consecuencias, cualquier normativa interna en sentido contrario, incluso de rango constitucional, podría ser dejada sin efecto por los jueces locales, hasta de oficio. Por tanto, de llegar a los extremos de esta doctrina, de nada valdrían las normativas domésticas que protegen al *nasciturus*, haciéndose así tabla rasa con ellas. Incluso podría fundamentarse esto acudiendo irónicamente al principio *pro homine* (invocándolo, evidentemente solo para la madre), a fin de dar una mejor protección a los ya nacidos, los únicos realmente considerados personas por este fallo, so pena de responsabilidad internacional del Estado.

Ahora bien, pese a ser una interesante herramienta, estimamos que el principio *pro homine* debe ser empleado con mucha prudencia. Es por eso que no nos parece razonable que este principio se use en el fondo, para excluir a ciertos miembros de la especie humana de su calidad de "homine", en este caso, al quitarle al no nacido su calidad de persona. Esta es una situación vedada al intérprete y que podría traer varias y graves consecuencias en el futuro.

Es por eso que se ha mencionado más de una vez en el presente trabajo, si ha sido a esto a lo que realmente se obligaron los Estados al suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

Las conclusiones de todo lo señalado hasta aquí son muchas y graves, pero por razones de espacio, sólo se dejará breve constancia de algunas de ellas.

La primera, es que pese a lo necesario que en principio resulta una tutela internacional de los derechos fundamentales, actualmente estamos asistiendo a un escenario con unas reglas del juego completamente distintas a las establecidas en los orígenes de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por eso, si bien resulta evidente que las realidades jurídicas no pueden permanecer estáticas, los cambios a los que se ha hecho referencia, y cuya puerta de entrada han sido las reglas de interpretación que la Corte se ha dado a sí misma, están alterando profundamente la propia Convención, incluso yendo contra su texto expreso, tanto desde una perspectiva sustantiva como adjetiva, de manera rápida, constante y hasta imprevisible.

Ahora bien ¿puede una interpretación evolutiva contrariar el texto del cual depende? De ser así, como de hecho está ocurriendo, dicho tratado se convertiría en un documento sujeto a permanentes y en parte imprevisibles modificaciones por voluntad de la Corte. Esto, sin perjuicio de la utilización de otros instrumentos jurídicos para fundamentar sus fallos, con todos los inconvenientes que trae este modo de proceder.

Lo anterior quiere decir, en segundo lugar, que más allá de ciertas interpretaciones extensivas que pudiera hacer (lo que no parece que ocurra en el presente caso), la Corte Interamericana está en el fondo, *creando y destruyendo derechos*. La pregunta obvia es si tiene la facultad de hacerlo, sin perjuicio del problema de la real conveniencia de este modo de proceder.

Insistimos en que lo antes dicho no significa que los Estados deban quedarse anclados en una normativa que muy bien puede volverse añeja con el correr de las décadas. Mas si se quieren modificar, en lo que corresponda, las reglas del juego (y no parece que quitarle la calidad de persona a un miembro de la especie humana sea legítimo), lo lógico sería cambiar el contenido de los tratados existentes o crear otros nuevos y contar así con la real aceptación de los Estados de esta nueva situación. Lo que no parece lógico es que estén al mismo nivel, e incluso se confundan, el texto normativo y la interpretación del mismo, porque a la postre, hace que termine primando esta última y el texto en cuestión termine siendo casi irrelevante.

Mención aparte merece, en tercer lugar, el polémico tema del control de convencionalidad. No solo porque distorsiona completamente el espíritu inicial de la Convención Americana, sino también porque como se ha dicho, viene a ser un auténtico cataclismo para los ordenamientos jurídicos locales, creando así una grave falta de certeza.

Lo anterior no solo indicaría que para la Corte los ordenamientos locales no tendrían ninguna importancia –se ha hablado a este respecto del “principio de irrelevancia del derecho interno”–,⁶⁷ sino además, que se pretendería instaurar un *monismo jurídico total*, en que los derechos locales vendrían a ser simplemente, aplicadores de las directivas internacionales.

Es por eso que a nuestro juicio, uno de los aspectos fundamentales es si la Corte Interamericana tiene legitimidad para auto atribuirse todas

⁶⁷ Si bien desde una postura crítica a este principio, NÚÑEZ Poblete, Manuel Antonio, “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad”, cit., p. 456.

estas potestades, tanto sustantivas como adjetivas, porque parece evidente que no fueron estas las reglas del juego ni las condiciones a las que se obligaron realmente los Estados al suscribir la Convención Americana, ni tampoco al aceptar la competencia de la Corte.

Esta situación no hace sino generar una peligrosa desconfianza en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo que de no enmendarse, podría llevar a su fracaso. De ahí que este importante asunto requiera de un muy amplio debate (que además, vaya mucho más allá del ámbito académico), como corresponde a sociedades verdaderamente democráticas.

CAPÍTULO III

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.1: REVISIÓN Y ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA ULTERIOR DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

ARACELY ORNELAS DUARTE

1. INTRODUCCIÓN	117
1.1 Interpretación del artículo 4.1	117
1.2 Consideraciones de la Corte	119
1.3 Temática a desarrollar	122
2. REPERCUSIÓN EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL DE LOS PAÍSES MIEMBRO DE LA CONVENCION	123
2.1 Algunas resoluciones judiciales ilustrativas de la interpretación del artículo 4.1	128
3. RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL NIÑO POR NACER EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO DE LOS ESTADOS SIGNATARIOS	132
4. DECLARACIONES OFICIALES QUE ATRIBUYEN PERSONALIDAD JURÍDICA AL NASCITURUS INVOCANDO EL PACTO DE SAN JOSÉ	137
4.1 Día oficial del Niño por Nacer	137
4.2 Declaraciones oficiales en foros internacionales	140
5. CONCLUSIÓN	143

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia dictada el 28 de noviembre de 2012 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte), sobre el caso *Artavia-Murillo* (“Fertilización *in vitro*”) vs. *Costa Rica* (2012) (en adelante *Caso Artavia*) ha dejado perplejo a más de uno, y ha levantado serias dudas sobre el proceso de toma de decisiones involucrado en esta sentencia.¹ El desconcierto ocasionado por la resolución aún permanece vigente, así como también las serias preocupaciones sobre el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.²

1.1 Interpretación del artículo 4.1

La Corte, en su calidad de último intérprete de la CADH,³ y a fin de zanjar la controversia decidió precisar, entre otras cuestiones, los alcances del numeral primero del artículo cuarto,⁴ el cual “es frecuentemente

¹ Cfr. DIAZ, Álvaro P., “La Corte Interamericana In Vitro: Notas sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia,” en *Revista de Derecho Público Iberoamericano* (UDD), Vol. 2, 2013: pp. 1-31.

² Véase: DIAZ, Álvaro P., “La Corte Interamericana In Vitro: Notas sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia,” en *Revista de Derecho Público Iberoamericano* (UDD), Vol.2, 2013: pp. 1-31; CARRANZA Latrubense, G., “Las perplejidades de los Derechos Humanos (A Propósito del Fallo de la Corte IDH en el Caso ‘Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica’) ”, [en línea]. Disponible en: <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/las-perplejidades-de-los-derechos-humanos-a-proposito-del-fallo-de-la-corte-idh-en-el-caso-artavia-murillo-y-otros-vs.-costa-rica> [Fecha de consulta: 3 de octubre del 2016]; CASINI M., CASINI C., SANTAMARIA R., et al., “La Procreación Artificial en la Atención de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, en *Medicina y Ética*, vol. 24, No. 2, 2013: pp. 199-239; HENRIQUEZ I., “Comentarios al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros,” en *Revista Internacional de Derechos Humanos* vol.3, No. 3: pp.55-77; DE JESÚS L., ÁLVAREZ O., TOZZI P., “El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (“Fecundación in Vitro”): La redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana”, *Prudentia Iuris* [en línea] 75, 2013. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/caso-artavia-murillo-costa-rica.pdf> [Fecha de consulta: 4 de octubre del 2016]; DE JESÚS Ligia, “The InterAmerican Court on Human Rights’ Judgment in Artavia Murillo v. Costa Rica and Its Implications for the Creation of Abortion Rights in the Inter-American System of Human Rights”, en *Oregon Review of International Law*, vol. 16, 2014: p. 225, pp. 225-248, entre otros.

³ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 63.

⁴ CORTE IDH, Caso Artavia y otros, “fecundación in vitro” vs. Costa Rica 2012, párr. 173.

citado por cortes y juristas internacionales como el más explícito reconocimiento del derecho a la vida del no nacido existente en un tratado internacional”, (De Jesús 2011).⁵ Dicha fracción del artículo, a la letra, establece:

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 (Convención Americana sobre Derechos Humanos).⁶

Después de la aplicación de varios métodos interpretativos⁷ en torno a la fracción ya mencionada, la Corte llegó a cuatro conclusiones: En primer lugar afirma “que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana.”⁸ En segundo lugar distingue los conceptos de “concepción” y de “fertilización”, afirmando que “la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero,⁹ por lo tanto, lo estipulado por la Convención no es aplicable antes de este evento.” En tercer lugar afirma que, de acuerdo a la expresión “en

⁵ DE JESÚS, Ligia M., “La CADH: piedra angular del derecho a la vida del no nacido en Latinoamérica y el Caribe”, en *Revista Internacional de Derechos Humanos* (año1 no.1) 2011a: pp.111, disponible en: <http://www.cladh.org/wp-content/uploads/2012/01/RDH-a1-n1-2011.pdf> “Ello sin perjuicio de que otros tratados y declaraciones internacionales también protegen la vida y la salud del no nacido. Por ejemplo, el artículo 24.2 d) de la CDN y el principio 4 de la Declaración sobre los Derechos del Niño contemplan la atención pre-natal como parte del derecho del niño a la salud y al desarrollo. Este derecho se encuentra también reconocido en el artículo 7 de la Declaración Americana. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) prohíbe la imposición de la pena de muerte en mujeres embarazadas en su artículo 6.5, otorgando así protección a la vida del no nacido. Similar prohibición contra la ejecución de mujeres embarazadas pueden encontrarse en el artículo 4.5 de la CADH. Asimismo, los preámbulos de la Convención y Declaración sobre los Derechos del Niño, elementos esenciales de interpretación de los tratados mismos, de acuerdo al artículo 31.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados afirman el deber de protección legal de los Estados respecto al niño no nacido, que por su vulnerabilidad “necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4.

⁷ CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit*: párr.174-264.

⁸ *Ibid* párr. 264.

⁹ *Idem*.

general”, la protección del derecho a la vida no puede ser absoluta, “sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional”.¹⁰ Finalmente, concluye que “el objeto directo de protección (del artículo 4.1) es fundamentalmente la mujer embarazada”.¹¹

1.2 Consideraciones de la Corte

Es la primera vez desde la firma de la Convención que la Corte ejerce su labor interpretativa ante este artículo. El proceso de su labor interpretativa consistió en realizar una serie de consideraciones, buscando la integración de diversos métodos interpretativos,¹² en primer lugar atendiendo al sentido corriente de los términos, luego haciendo una consideración sistemática e histórica, en tercer lugar una interpretación evolutiva y por último tomando en cuenta el objeto y fin del tratado.

Realizar un análisis pormenorizado de las consideraciones de la Corte en la interpretación del artículo en cuestión excede las pretensiones del presente trabajo. Por ahora, solo nos interesa detenernos en las consideraciones que se llevaron al respecto de la interpretación evolutiva,¹³ conocida como “práctica ulterior de los Estados”¹⁴ en los términos de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados (en adelante Convención de Viena).

Históricamente, el método de interpretación evolutiva ha sido de especial relevancia para la Corte en la resolución de controversias específicas.¹⁵ Éste, sin embargo, no ha sido un criterio de interpretación

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Ibid.*, párr. 222.

¹² *Ibid.*, párr. 173.

¹³ *Ibid.*, párr. 245-256.

¹⁴ Véase: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) , art. 31.3 b) juntamente 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”.

¹⁵ Por ejemplo en el caso “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 Indí-

aislado, sino que, en conjunto con los demás criterios establecidos en la Convención de Viena, ha contribuido a desentrañar cuál fue la voluntad de los Estados firmantes de la Convención. El principio de este modo de interpretación establece que la práctica de las partes en la aplicación de un tratado constituye la evidencia sobre cómo los Estados interpretaron o han reinterpretado ese tratado (Arato, 2010).¹⁶ El derecho comparado es uno de los mecanismos para identificar la práctica posterior, pero como veremos más adelante no solamente se reduce a eso.

Las consideraciones de la Corte tomaron en cuenta tanto el derecho comparado como varias decisiones judiciales, buscando deducir, a partir de este marco, la interpretación dada al artículo 4.1. En lo que respecta a las decisiones judiciales se eligieron cuatro sentencias de tribunales de países europeos,¹⁷ concluyendo a partir de esas sentencias que no había en ellas indicio de protección de la vida embrionaria. Cabe hacer notar que tales sentencias, al provenir de un sistema distinto al Interamericano, no tenían relación con la práctica que se realiza en los Estados pertenecientes al sistema.

En lo que respecta al derecho comparado, esta cuestión se aborda únicamente indagando sobre la existencia de la práctica de reproducción asistida y la regulación que al respecto se ha llevado a cabo en los países miembro del CADH. Por lo que a partir de un informe,¹⁸ solamente se demostró la práctica de reproducción asistida en 11 de los 24 países miembros; y en siete de ellos, la existencia de regulación, de carácter más bien prohibitivo, de ciertos aspectos relacionados con la práctica de una de las técnicas de reproducción humana.

Fue así entonces que, partiendo de la observación de la existencia de 135 centros de FIV en 11 países, y de la constatación de normas que regulan alguna práctica en materia de reproducción humana en Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, México, Perú y Uruguay, la Corte llegó a la siguiente conclusión en lo que se refiere a la interpretación evolutiva:

gena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “Artavia y otros, (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, nota al pie 286.

¹⁶ Cfr. ARATO, Julian, “Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences”, en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9, 2010: pp.442-494.

¹⁷ CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. *Op cit.*: párr. 247-252.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 255.

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 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.”¹⁹

Como señala el juez Grossi,²⁰ esta conclusión resulta inconsistente, ya que simplemente en términos numéricos esta práctica no representa “la mayoría de los Estados Parte en la Convención” y además, no “consta en autos antecedente alguno que demuestre que los 11 Estados Parte de la Convención que permiten la reproducción asistida, lo han hecho en aplicación o consideración de lo previsto en el artículo 4.1 de la Convención.”²¹

La interpretación del artículo 4.1, como se mostrará más adelante, no solamente tiene que ver con la regulación de FIV, por lo tanto, se considera que el utilizar parámetros de derecho comparado fue en este caso “insuficiente”.²² Observar la práctica ulterior implica observar atentamente y en la realidad la realización o ejercicio de la interpretación que de forma continuada han dado los países miembros. Dicho ejercicio de la interpretación tiene que ver con los ámbitos de actuación de un Estado, lo cual implica no sólo decisiones legislativas o judiciales.²³

¹⁹ CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit*: párr. 256.

²⁰ *Ibid.*, GROSSI Eduardo, *voto disidente* p. 19.

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

²³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, “Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries”, en *Year Book of the International Law Commission*, Vol. II, 1966: pp. 221-222.

1.3 Temática a desarrollar

El presente trabajo pretende explorar y mostrar la riqueza de la práctica ulterior de los Estados a partir de su adopción de la Convención. No pretende ser una revisión exhaustiva, sino que se intenta mostrar con fines ilustrativos, algunos aspectos relevantes de la legislación y las declaraciones oficiales de los Estados miembros, que ponen de manifiesto el sentido en que han venido interpretando la Convención desde su firma y ratificación.

En la primera sección abordaremos la repercusión de la adhesión a la CADH en lo referente a ordenamientos constitucionales de los Estados miembros de la Convención; posteriormente se darán algunos ejemplos ilustrativos de decisiones de tribunales constitucionales de dichos países que han reconocido el carácter personal del embrión humano invocando como fundamento específicamente el artículo 4.1 del Pacto de San José.

En la segunda sección se dará un panorama general de la legislación nacional de los países que han ratificado la CADH como un elemento ilustrativo de la interpretación del estatuto jurídico del no nacido. Todo lo anterior, utilizando como marco de referencia la legislación penal y en materia civil, así como otros ordenamientos, y poniendo especial énfasis en la tipificación penal del aborto, y la evolución en torno a este aspecto después de la firma del Pacto de San José. Para finalmente concluir esta sección con una breve revisión de la legislación en materia de manipulación de embriones humanos.

Dado que el término “práctica” es amplio y abarca aspectos más allá de la codificación en el derecho positivo, considero importante mostrar su aplicación posterior en varios países, por lo que para ejemplificar, en la última sección mostraré algunas declaraciones oficiales de carácter político de los firmantes de la Convención que han instituido un tipo de celebración nacional denominada “Día del Niño por Nacer”; para posteriormente mencionar las declaraciones en foros internacionales, de los países de América Latina y el Caribe, en las que han fundamentado su defensa del carácter personal de la vida prenatal en el Pacto de San José.

Para concluir el texto, presentaré algunas reflexiones sobre lo considerado por la Corte en torno a la interpretación evolutiva, reflexiones que surgen después de haber revisado y analizado la práctica ulterior de los Estados miembros de la Convención, así como el panorama general

de la situación normativa de la región del sistema interamericano y su interpretación del artículo 4.1.

2. REPERCUSIÓN EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL DE LOS PAÍSES MIEMBRO DE LA CONVENCIÓN

Un número importante de modificaciones constitucionales han invocado el artículo 4.1 del Pacto de San José al otorgar reconocimiento explícito de la protección jurídica al *nasciturus*, lo anterior constituye una muestra de la interpretación que los Estados han dado a sus obligaciones internacionales derivadas de la firma de dicha Convención. Cabe señalar que otras constituciones nacionales y estatales protegen implícitamente la vida por nacer, al reconocer el derecho fundamental a la vida sin excepciones. Para fines de este trabajo se hará un recorrido histórico de la repercusión de la Convención en el orden constitucional de los países miembros.

Antes de la firma de la Convención, solamente Ecuador y Paraguay, dos de los países que eventualmente formaron parte de la CADH,²⁴ habían hecho, en sus ordenamientos constitucionales, un reconocimiento explícito de la protección de la vida desde la concepción. Ya Paraguay contemplaba en su Constitución de 1967 la protección integral del niño “desde su concepción”;²⁵ con un lenguaje muy similar, la Constitución de Ecuador de aquella época establece la “protección del hijo desde su concepción.”²⁶

Posterior a la firma del Pacto de San José, países como El Salvador, Guatemala, Perú, Honduras, Chile y República Dominicana han ido incorporado en sus constituciones el reconocimiento explícito del estatuto jurídico del *nasciturus*, tomando el lenguaje de la Convención.²⁷ Ecuador y Paraguay en sus constituciones posteriores a la firma

²⁴ Constitución Ecuador (1967); Constitución Paraguay (1967).

²⁵ Constitución Paraguay, 1967, Art. 85.- La maternidad será amparada por la ley. Se dictarán las medidas necesarias para asegurar a todo niño, sin discriminación alguna, protección integral desde su concepción.

²⁶ Constitución Ecuador, 1967, Art. 30.- Protección de la generación. El Estado protegerá al hijo desde su concepción, y protegerá también, a la madre sin considerar antecedentes; amparará al menor que se hallare en condiciones desventajosas, a fin de que pueda desarrollarse normalmente y con seguridades para su integridad moral.

²⁷ Constitución El Salvador (1983); Constitución Guatemala (1985); Constitución Perú (1993); Constitución Honduras (1982); Constitución Chile (1980); Constitución República Dominicana (2002).

de la Convención adoptaron el mismo lenguaje.²⁸ Esto dio como resultado que la tercera parte de los Estados miembros²⁹ consideren en su orden constitucional la protección explícita del *nasciturus*, y que varios de ellos incluyan la obligación del Estado de su protección y el cuidado,³⁰ como en el caso de Ecuador³¹ y El Salvador. Un caso que ejemplifica de manera particular la interpretación de la CADH es la promulgación, en junio de 1992, de la Constitución de Paraguay; tres años después, dicho país posterior a la ratificación de la Convención,³² incluyó de forma originaria, a través del Poder Constituyente, el derecho a la vida con una redacción idéntica al artículo 4.1 del Pacto de San José.

Art. 4.- El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos (Constitución Paraguay 1992).³³

²⁸ Constitución Ecuador 2008, Art. 45.- “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluyendo el cuidado y protección desde la concepción”.

²⁹ Las disposiciones constitucionales que reconocen el derecho a la vida desde la concepción se adoptaron en 1980 en Chile (que firmó la CADH en 1969 y ratificó en 1990); en 1982 en Honduras (firmó en 1969 y ratificó en 1977); en 1983 en El Salvador (firmó en 1969 y ratificó en 1978); en 1985 en Guatemala (firmó en 1969 y ratificó en 1977); en 1992 en Paraguay (firmó en 1969, ratificó en 1989); en 1993 en Perú (firmó en 1977, ratificó en 1978); en 2008 en Ecuador (firmó en 1969 y ratificó en 1977) y en 2010 en República Dominicana (firmó en 1977 y ratificó en 1978). ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Signatarios y ratificaciones, disponible en: http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm

³⁰ Constitución de la República del Salvador, 2014, Art.1.- (...) reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. (Asamblea Legislativa de El Salvador, 2014).

³¹ Constitución Ecuador (2008) art. 45. *Vid. Supra*, nota al pie 28.

³² Véase: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

³³ Constitución Paraguay, 1992.

El diario de los debates del Poder Constituyente da cuenta que existieron nueve propuestas de redacción³⁴ en torno al derecho a la vida. Luego de largas discusiones se decidió adoptar textualmente la redacción de la CADH, y al reconocer explícitamente el estatuto jurídico de la persona desde su concepción, se establecía, con clara conciencia, que se estaba cumpliendo con los compromisos internacionales. La declaración de uno de los miembros de la Comisión Redactora puede resultar ilustrativa de la motivación del Poder Constituyente de aquella época:

“apuesto a la vida, apuesto a la integridad de la persona humana desde su concepción porque lo único que concibe el ser humano es otro ser humano. Evidentemente no se puede concebir ni en el laboratorio una hibridación, por lo menos hasta este momento la mezcla no sé si va a dar resultado en el futuro, (...) todos los demás artículos que se incorporan en el Proyecto Constitucional apuntan en ese sentido con estas especificaciones relacionadas a los acuerdos internacionales (...) que evidentemente tienen vigencia (...) en ningún caso, abiertamente, se puede decir que esto autoriza a provocar el aborto, por ejemplo.” (Paraguay, Comisión Redactora Nacional, 1992, pp. 68).³⁵

Sumado a los países previamente mencionados, está el caso de Argentina, país que 10 años después de la ratificación de la CADH,³⁶ estableció de forma originaria en su Constitución nacional otro tipo de reconocimiento de la vida prenatal, al otorgar al Congreso la facultad de “aprobar un sistema social especial e integral que protege a los niños necesitados desde la gestación”.³⁷

En lo que se refiere a las constituciones de carácter local, las repúblicas federales de México y Argentina muestran de manera particular

³⁴ Cfr. Comisión Redactora de la Constitución Nacional de Paraguay, “Diario de Sesiones No. 7, 9 de marzo de 1992”; “Diario de Sesiones No. 10, 23 de abril de 1992”.

³⁵ *Ibid.*, “Diario de Sesiones. No. 10, 23 de abril de 1992, p. 68”.

³⁶ CIDH, Estado de firmas y ratificaciones de la Convención Americana. Disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm> [Fecha de consulta: octubre 17, 2016]

³⁷ Constitución Política de la República de Argentina de 1994. Art. 75 (23): aprobar un sistema de seguridad social especial e integral que protege a los niños necesitados, desde la gestación a través de al final de la escolaridad primaria, y que protege a la madre durante el embarazo y la lactancia.

el impacto de la CADH en los regímenes constitucionales de sus entidades federativas.

Comencemos con la República Argentina, país en donde casi la mitad de sus provincias, 11 de 23, reconocen expresamente en sus constituciones locales el inicio de la vida humana desde el momento de la concepción.³⁸ Todas ellas lo establecen de forma originaria, es decir, que dicho reconocimiento se incluyó desde que se promulga la constitución.

Antes de la firma del Pacto de San José, solamente tres de ellas establecían tal reconocimiento, posteriormente, después de la ratificación de la Convención, nueve provincias lo han establecido en sus constituciones; en algunas de ellas se estipula como una obligación de carácter positivo por parte del Estado hacia la protección de la vida desde la concepción, (Constitución de la Provincia de Salta, 1998);³⁹ en otras se estipula como el carácter de reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción. (Constitución de la provincia Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 1991).⁴⁰

El caso de los Estados Unidos Mexicanos es particularmente ilustrativo para el análisis que nos ocupa; este país se compone de 31 entidades federativas y un distrito federal y al igual que la república de Argentina, cada una cuenta con una constitución de carácter local.

En abril del 2007 , en el Distrito Federal, (Código Penal para el Distrito Federal, 2002)⁴¹ se despenalizó el aborto durante las 12 pri-

³⁸ Artículo 4 de la Constitución de la Provincia de Córdoba (1987); Artículo 10 de la Constitución de la Provincia de Salta (1998); artículo 40 de la Constitución de la Provincia de Tucumán (2006); artículo 5 de la Constitución de la Provincia de Formosa (2003); artículo 14 inc.1 de la Constitución de la Provincia de Tierra de Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (1991); artículo 18 inc. 1 de la Constitución de la Provincia de Chubut (1994); artículo 65, III, 1 de la Constitución de la Provincia de Catamarca (1966); artículo 15,1 de la Constitución de la Provincia de Chaco (1957); artículo 13 de la Constitución de la Provincia de San Luis (1962); artículo 16,1 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero (2005); artículo 16 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos (2008).

³⁹ Constitución de la Provincia de Salta (1998), art 10: La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos.

⁴⁰ I.e. Constitución de la provincia Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur de 1991, art. 14: Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1 - A la vida desde la concepción.

⁴¹ Cfr. Código Penal para el Distrito Federal (2002) art. 144-147.

meras semanas de gestación, lo que ocasionó que casi dos tercios de las entidades federativas modificaran sus constituciones locales en el período del 2008 al 2011,⁴² presentando modificaciones encaminadas a impedir la posible despenalización del aborto en sus respectivos códigos penales.⁴³

Las reformas constitucionales buscaron reconocer explícitamente el estatuto jurídico del *nasciturus*, incluso en algunas de las 19 constituciones se sustituyó la palabra “concepción” por la de “fertilización”.⁴⁴ En algunos textos constitucionales se habla de reconocer, proteger y garantizar “el derecho a la vida de todo ser humano, al sustentar expresamente que desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural, salvo las excepciones que establece la ley” (Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Durango).⁴⁵

En septiembre de 2011, la Suprema Corte de Justicia de México resolvió dos acciones de inconstitucionalidad entabladas contra las reformas constitucionales de las entidades federativas. Se resolvió que las reformas eran acordes a las obligaciones internacionales que había contraído México, y que por lo tanto eran válidas.⁴⁶

⁴² Previo a la despenalización del aborto en el DF, solamente la Constitución de Chihuahua contaba con dicho reconocimiento por su reforma constitucional de 1995. Los estados que realizaron modificaciones son: Coahuila de Zaragoza en 1989 (ver art. 173), Chihuahua (ver art. 5) y Jalisco (ver art. 4) en 1994; Yucatán (ver art. 1) en 2007; Baja California (art. 7) y Morelos (ver art. 2) en 2008; Campeche (ver art. 6), Colima (ver art. 1), Durango (ver art. 1), Guanajuato (art. 1), Oaxaca (art. 12), Puebla (art. 26), Querétaro (ver art. 2) y San Luis Potosí (art. 16) y Quintana Roo (art. 13) en 2009; Nayarit (ver art. 7), Sonora (art. 1) y Tamaulipas (ver art. 16) en 2010 y Chiapas (ver art. 14) en 2011. México ratificó la CADH en 1981.

⁴³ El aborto es un delito legislado a nivel local.

⁴⁴ Cabe resaltar cómo, debido al desarrollo de la embriología, las nuevas legislaciones con la misma intención legislativa de proteger al *nasciturus* desde lo que la ciencia entiende su primer momento de vida, fertilización / concepción, por una necesidad de explicitar contenidos.

⁴⁵ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Durango, art. 1.

⁴⁶ Véase: SUPREMA CORTE JUSTICIA DE LA NACIÓN MEXICANA, Acción de inconstitucionalidad 11/2009 disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=105534> [Fecha de consulta: octubre 15 de 2016] y la Acción de inconstitucionalidad 62/2009, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/Consulta-Tematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=112579>.

El aspecto a resaltar para efectos del argumento que nos ocupa es que, en todas las exposiciones de motivos de estas reformas y proyectos de reforma constitucionales de las entidades federativas de México, se ha invocado el artículo 4.1 del Pacto de San José, como uno de los fundamentos de derecho internacional de pretensión de reforma. A manera de ejemplo citaremos una de ellas:

“En lo que respecta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, (...) en su Artículo 4° establece: (...) Esta precisión tiene la virtud de despejar la duda respecto del instante, a partir del cual se debe proteger el derecho a la vida de las personas físicas, según el derecho internacional vigente. La ciencia moderna, según consta en algunos de los tratados médicos más respetados, ha definido que el comienzo del embarazo se da con la concepción, entendiendo esta última como la fertilización del óvulo por el espermatozoide. Se estima conducente elevar a rango constitucional el derecho a la vida de las personas físicas, para que sea protegida desde del momento de su concepción, en atención a su notoria vulnerabilidad, y a la pertenencia del no nacido a la especie humana” (H. Congreso del Estado de Michoacán de Ocampo, 2013).⁴⁷

El panorama constitucional de la mayoría de los países de América Latina puede considerarse un indicativo claro de la interpretación que han dado los Estados a las obligaciones internacionales derivadas de la ratificación de la Convención, al plasmar en forma textual el reconocimiento de la vida prenatal.

2.1 Algunas resoluciones judiciales ilustrativas de la interpretación del artículo 4.1

Otro elemento fundamental a considerar en la apreciación de la práctica de los Estados, luego de su adhesión al ya mencionado tratado internacional, es la interpretación plasmada en las decisiones judiciales, ya que es precisamente el juez, quien en caso de conflicto, realiza la labor interpretativa de la disposición normativa. Es por ello que, además de

⁴⁷ CONGRESO DEL ESTADO DE MICHOACÁN DE OCAMPO, *Gaceta Parlamentaria*, LXXII, H. 2da. Época, Tomo II, 058 C, 18 junio de 2013: p. 2.

lo realizado en el orden constitucional, sería importante conocer, de manera ilustrativa, algunas decisiones de tribunales del más alto nivel, encargados de interpretar el orden constitucional en sus respectivos países, y que han invocado el artículo 4.1 como fundamento para interpretar en el sentido más amplio la protección de su orden constitucional, afirmando que este artículo incluye a las personas en estado embrionario, interpretación que se hizo evidente ante la pregunta de permitir o no la anticoncepción de emergencia.

Para tal caso, considero en primer lugar la sentencia sobre “la píldora del día después” dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina. La cuestión debatida era si el fármaco “anticoncepción de emergencia”, poseía efectos abortivos al impedir el anidamiento del embrión en el endometrio, para ello era necesario precisar si la concepción se producía con la fecundación o con la implantación (Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina).⁴⁸

La Corte resolvió atendiendo a la opinión científica más “plausible” según la cual la vida humana comienza con la fecundación, por lo que el efecto anti-implantatario de dicho fármaco constituía una amenaza “efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior (Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina).”⁴⁹

Esta misma corte afirmó que el derecho a la vida es preexistente a toda legislación positiva, (Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina)⁵⁰ con fundamento en los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional y a los que Argentina se ha obligado soberanamente a cumplir, entre ellos cita expresamente:

“Que los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción. En efecto el art. 4.1 del Pacto de San José (...) Además todo ser humano a partir de la concepción es considerado

⁴⁸ Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Sentencia “Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo” (2002) 302:1284, Considerando 3.

⁴⁹ *Ibid.*, Considerando 10.

⁵⁰ *Ibid.*, Considerando 12.

niño y tiene el derecho intrínseco a la vida” (Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina).⁵¹

En una sentencia del 5 de marzo de 2002, la Suprema Corte de Justicia Argentina, tomando su decisión con base en el principio *pro homine*, (Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina),⁵² prohibió la fabricación, distribución y comercialización del fármaco “Imediat” (Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina).⁵³ Cabe destacar que en este caso, el órgano jurisdiccional manifestó una interpretación, aunque en la Constitución local, el reconocimiento del carácter personal del embrión humano no esté plasmado explícitamente.

Otra decisión ilustrativa que expresa su interpretación de la CADH en materia del derecho a la vida es la dictada en 2008, por el Tribunal Constitucional Chileno, que también prohibió la anticoncepción de emergencia, con base en el principio “pro homine”, que invoca entre otros tratados internacionales, el Pacto de San José:

“La Convención Americana de Derechos Humanos –tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente, señala, en su artículo 4.1, que: ... De esta manera, este tratado internacional – que forma parte del ordenamiento jurídico chileno– resalta que todo ser humano tiene derecho a la vida sin que nadie pueda privarlo arbitrariamente...” (Tribunal Constitucional de Chile, 2008).⁵⁴

De manera similar, el Tribunal Constitucional de Perú prohibió la distribución gratuita del mecanismo de anticoncepción de emergencia, basándose en el principio precautorio, e invocó los artículos 4.1, 5.1 y 11.1 del Pacto de San José (Sentencia del Tribunal Constitucional Perú, 2009)⁵⁵ y sus obligaciones adquiridas en tratados internacionales en

⁵¹ *Ibid.*, Considerando 14.

⁵² *Ibid.*, Considerando 11.

⁵³ *Ibid.*, Considerando 15.

⁵⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Fallo del 18 de abril de 2008, Considerando 53.

⁵⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, Sentencia del 16 de octubre de 2009, Exp. No. 02005-2009-PA/TC, considerando 12: “la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica- dispone en su artículo 4º, inciso 1), que “ 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

materia de derechos humanos (Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, 2009).⁵⁶

En el mismo sentido de protección irrestricta al embrión humano antes de su implantación se han pronunciado la Corte Constitucional de Ecuador⁵⁷, y en 2011 la Sala Constitucional de la Corte Suprema en Honduras.⁵⁸

Resulta interesante resaltar el hecho de que las decisiones judiciales anteriores, han versado sobre la misma *litis* y los tribunales de países distintos han resuelto en el mismo sentido, reconociendo el carácter de persona al embrión humano aún no implantado y han invocado dentro de sus fundamentos, además de su orden jurídico nacional, el numeral primero del artículo 4º de la Convención.

puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Este mismo documento, en su artículo 5º, inciso 1), agrega: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”; y, en el artículo 11º, inciso 1), establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su hora y al reconocimiento de su dignidad”. Asimismo, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (párrafo 3 del Preámbulo) “Considerando 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”.

⁵⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, Sentencia del 16 de octubre de 2009, Exp. No. 02005-2009-PA/TC, considerando 11: “El derecho a la vida, inherente a toda persona humana, ha sido consagrado también por documentos internacionales relacionados con los derechos humanos, de los que el Perú forma parte y que los vinculan especialmente en virtud de lo dispuesto por la Disposición Final Cuarta de la Constitución, en los siguientes términos: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”(sic).

⁵⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Acción de Amparo Constitucional caso N°0014-2005- RA). “José Roser Rohde contra Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical”.

⁵⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Estado de firmas y ratificaciones de la Convención Americana. Disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm> [Fecha de consulta: octubre 17, 2016]

3. RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL NIÑO POR NACER EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO DE LOS ESTADOS SIGNATARIOS⁵⁹

El orden jurídico de un país se establece en consonancia con su constitución política y las obligaciones internacionales soberanamente asumidas. Es por ello que resulta importante, como un elemento más de la apreciación de la práctica de un país, observar la repercusión que tuvo en su legislación la adopción de la CADH, en lo que respecta al estatuto jurídico del *nasciturus*, ya que legislaciones internas de los Estados seguidas a la firma de un tratado constituyen una fuente primaria sobre la interpretación que dichos países han dado a las obligaciones internacionales soberanamente asumidas.

Un análisis de la legislación civil en América Latina⁶⁰ nos muestra que la ley protege la vida del que está por nacer, y ya que ningún código civil hace referencia alguna al tiempo de gestación, se puede incluir también a la vida embrionaria. Casi la totalidad de los ordenamientos civiles latinoamericanos reconoce derechos a la persona por nacer, que se cristalizan y consolidan definitivamente si ésta nace con vida. En general, en los países latinoamericanos el *nasciturus* tiene capacidad jurídica para heredar, recibir donaciones, tener un patrimonio con todas sus consecuencias, además de que sus padres o tutores pueden contraer obligaciones jurídicas en su nombre, etc.⁶¹

Haciendo un recorrido por los códigos de la niñez, códigos de familia, códigos de salud, es posible constatar que en la mayoría de los países miembros de la CADH se han reconocido derechos sociales y económicos al niño por nacer (De Jesús, 2014).⁶² A manera de ejemplo: algunos códigos de familia establecen obligaciones de manutención

⁵⁹ Para esta sección se han tomado en cuenta la legislación interna de los 25 países que ratificaron la CADH.

⁶⁰ Cfr. CARRANZA Gustavo, "Las perplejidades de los Derechos Humanos (A Propósito del Fallo de la Corte IDH en el Caso 'Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica) Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. [en línea].). Disponible en: <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/las-perplejidades-de-los-derechos-humanos-a-proposito-del-fallo-de-la-corte-idh-en-el-caso-artavia-murillo-y-otros-vs.-costa-rica> [Fecha de consulta: 3 de octubre del 2016].

⁶¹ Véase: DE JESÚS L., FRANCK M., "Aborto y Derechos Prenatales en América Latina y el Caribe", en *Ars Boni et Aequi*, Año 10 N°1, 2014: pp. 11-100.

⁶² *Idem*.

aplicables desde la concepción (Código de la Familia: Ley No. 3, 1994)⁶³ y en algunos países como Panamá se establece el derecho a una pensión prenatal. (Código de Familia, Panamá, 1994).⁶⁴

La penalización del aborto es la consecuencia lógica del reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción. En casi todo el continente americano se ha mantenido penalizado el aborto voluntario,⁶⁵

⁶³ Código de la Familia Panamá: Ley No. 3 de 17 de mayo de 1994, establece obligaciones de manutención aplicables desde la concepción.

⁶⁴ *Ibid.* en su artículo 28 establece el derecho a la pensión prenatal.

⁶⁵ Cfr. Código Penal de la Nación Argentina, 2003; *Medical Termination of Pregnancy Act*, Ley n° 4, *Official Gazette, Supplement*, 17 febrero 1983 (Barbados); Código Penal, 23 de agosto de 1972, actualizado al 2010 (Bolivia); Código Penal, 7 diciembre de 1940, actualizado al 8 febrero 1991 (Brasil); Código Penal, 12 de noviembre de 1974, actualizado al 13 de agosto de 2011 (Chile); Código Penal, Ley n° 599 de 2000, 24 de julio de 2000 (Colombia); Código Penal, actualizado a mayo 2002 (Costa Rica) *Offences against the Person Act, sine data* (Dominica); Código Penal, 22 de enero de 1971 (Ecuador); Código Penal, 30 de abril de 1997, actualizado al 2008 (El Salvador); Código Penal, 27 de julio de 1973 (Guatemala); *Criminal Code, sine data* (Granada); Code Pénal (Haití), 23 de septiembre de 1985 (Haití); Código Penal de Honduras, Decreto n° 144-83, 26 de septiembre de 1983 (Honduras); *The Offences Against the Person Act.*, s.d. (Jamaica); Código Penal del Estado de Aguas Calientes, 20 de mayo de 2013 (México); Código Penal del Estado de Baja California, 20 de agosto de 1989, última modificación 19 de julio de 2013 (México); Código Penal del Estado de Campeche, 3 de julio de 2002 (México); Código Penal del Estado de Chiapas, 14 de marzo de 2007 (México); Código Penal del Estado de Chihuahua, 27 de diciembre de 2006 (México); Código Penal del Estado de Coahuila, 28 de mayo de 1999 (México); Código Penal del Estado de Colima, 27 de julio de 1985 (México); Código Penal del Estado de Guanajuato, 2 de noviembre de 2001 (México); Código Penal del Estado de Guerrero (México); Código Penal del Estado de Hidalgo (México); Código Penal del Estado de México, 20 de marzo de 2000 (México); Código Penal del Estado de Michoacán, 7 de julio de 1980 actualizado al 21 de enero de 2014 (México); Código Penal del Estado Libre y Soberano de Puebla, 23 de diciembre de 1986 actualizado al 31 de diciembre de 2012 (México); Código Penal para el Estado de Morelos, 9 de octubre de 1996 (México); Código Penal para el Estado de Nayarit, 29 de noviembre de 1986 actualizado al 4 de octubre de 2013 (México); Código Penal para el Estado de Nuevo León, 26 de marzo de 1990 actualizado al 6 de enero de 2014 (México); Código Penal para el Estado de Querétaro, 23 de julio de 1987 actualizado al 12 junio 2013 (México); Código Penal para el Estado de San Luis Potosí, 30 de septiembre de 2000 actualizado al 7 de diciembre de 2013 (México); Código Penal para el Estado de Sinaloa, 29 de octubre de 1992 actualizado al 9 de agosto de 2013 (México); Código Penal para el Estado de Sonora, 24 de marzo de 1994 (México); Código Penal para el Estado de Tabasco, 5 de febrero de 1997 (México); Código Penal para el Estado de Tamaulipas, 20 de diciembre de 1986 actualizado al 15 de abril de 2014 (México); Código Penal para el Estado de Yucatán, 30 de marzo de 2000 (México); Código Penal para el Estado de Zacatecas, 11 de enero de 2014 (México); Código Penal para el

con algunas excepciones, prácticamente ningún país lo ha legalizado en cualquier circunstancia; en casi dos terceras partes de los países firmantes de la Convención se prohíbe casi completamente y ningún Estado lo contempla como derecho humano, hasta ahora, excepto Colombia. (Sentencia Sala Octava de la Corte Constitucional, 2010).⁶⁶

A partir de la observación de la legislación penal vigente, podemos afirmar que luego de la firma de la Convención, 17 de los 25 países firmantes han conservado su legislación penal (De Jesús, 2011a)⁶⁷ en términos restrictivos; cuatro países han modificado su legislación prohibiendo todo tipo de aborto, y los cuatro países restantes la han liberalizado en algún grado. Uno de ellos ha sido Uruguay, que ha liberalizado en mayor grado su legislación penal en materia de aborto. Aunque resulta significativo mencionar al respecto, el discurso dado a la Asamblea General en aquel país en diciembre de 2002, por el entonces presidente, Tabaré Vázquez cuando vetó la ley que autorizaba el aborto a petición de la mujer durante las primeras doce semanas de gestación; en él afirmó que, dada la condición de persona otorgada por la Convención al no nacido, antes de aprobar una ley de ese tipo, Uruguay tendría que separarse previamente de esta Convención:

Estado Libre y Soberano de Baja California Sur, 20 de marzo de 2005 (México); Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango, 14 de julio de 2009 actualizado al 30 de mayo de 2013 (México); Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, 9 agosto de 1980 actualizado al 15 de febrero de 2013 (México); Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, 29 de marzo de 1991 actualizado al 16 de diciembre de 2013 (México); Código Penal Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto de 1931, actualizado al 26 de junio de 2008 (México); Código Penal, 13 de noviembre de 2007 (Nicaragua); Código Penal de 2007 actualizado al 26 de abril de 2010 (Panamá); Ley n° 3440 que modifica varias disposiciones de la Ley n° 1.160/97, Código Penal, 16 julio 2008 (Paraguay); Código Penal, 8 de abril de 1991, actualizado al 2011 (Perú); Código Penal, agosto 2007 (Rep. Dominicana); *Penal Code*, 14 de octubre de 1910, actualizado al 2005 (Surinam); *Offences against the Person Act*, de 1925, actualizado al 2005 (Trinidad y Tobago); Código Penal, abril de 1998 (Uruguay); Ley n° 18.987, interrupción voluntaria del embarazo, *Diario Oficial* n° 28.585, 30 de octubre de 2012 (Uruguay) y Código Penal. *Gaceta Oficial no 5.494 (extraordinaria)*, 20 de octubre de 2000 (Venezuela).

⁶⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia Sala Octava de la, T-585, 2010.

⁶⁷ A pesar de las múltiples presiones de ciertos organismos internacionales, véase: DE JESÚS, Ligia M., (2011a): "La CADH: piedra angular del derecho a la vida del no nacido en Latinoamérica y el Caribe", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año1 No.1 2011: pp.109-138.

“El Pacto de San José de Costa Rica (...) contiene disposiciones expresas, como su artículo 2º y su artículo 4º, que obligan a nuestro país a proteger la vida del ser humano desde su concepción. Además, le otorgan el estatus de persona (...) Si Uruguay quiere seguir una línea jurídico-política diferente a la que establece la Convención Americana de Derechos Humanos, debería denunciar la mencionada Convención. (Presidencia de la República Oriental del Uruguay, 2008).⁶⁸

La región del Caribe merece una mención aparte, al ser su origen histórica y culturalmente diverso al de América Latina, se considera una región bastante compleja y de difícil relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Fraser, 2005),⁶⁹ pero a pesar de su bajo nivel de ratificación de instrumentos de derechos humanos del sistema interamericano⁷⁰ la Convención se ha hecho presente dentro de los dos instrumentos que la mayoría de los países caribeños ha ratificado (Fraser, 2005).⁷¹ Es interesante el hecho de que ninguna de las islas caribeñas, exceptuando Barbados, ha liberalizado el aborto en forma alguna desde la firma del Pacto de San José.⁷²

Las legislaciones penales de los Estados son clara evidencia de cómo los países han interpretado su obligación internacional de protección de la vida del *nasciturus*, como suscriptores de la Convención, la cual se ha entendido como incompatible con la legalización del aborto,⁷³ aspectos que se han podido apreciar en el breve recuento que he-

⁶⁸ PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, Comunicación Dirigida al Señor Presidente de la Asamblea General, 14 de noviembre de 2008. Disponible en: http://www.presidencia.gub.uy/Web/proyectos/2008/11/s511_00001.PDF

⁶⁹ Cfr. FRASER, Auro, “From the Forgotten Throguh Friction to the Future: The Evolving Relationship of the Anglophone Caribbean and the Inter-American System of Human Right” en *Caribbean Law of Review*, Vol 15, 2005: pp. 101-128.

⁷⁰ *Ibid.*, Vol. 15: sección de anexos.

⁷¹ Trinidad y Tobago denunció la Convención en 1998.

⁷² Véase nota 65.

⁷³ Cabe resaltar que la mayoría de los Estados americanos con leyes liberales en materia de aborto (Estados Unidos, Canadá, Guyana, Cuba) no son Estados Parte de la Convención. Por ejemplo, en Canadá el Standing Senate Committee on Human Rights manifestó su preocupación por las implicaciones que el artículo 4.1 de la Convención representaba para la legislación canadiense en materia de aborto. Véase: THE SENATE, STANDING SENATE COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS, “Enhancing Canada’s role in the OAS: Canadian Adherence to the American Conven-

mos hecho por las legislaciones penales de los Estados miembros de la Convención.

El tema de la legislación doméstica en torno al fenómeno de las llamadas “técnicas de reproducción asistida”, continúa generando gran inquietud a nivel internacional.⁷⁴

Respecto a la práctica de los Estados firmantes de la CADH en el tema de la legislación del manejo de embriones humanos, en las consideraciones de la Corte sobre derecho comparado⁷⁵ se menciona a siete países (Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, México, Perú y Uruguay), de los 25 firmantes de la Convención, en los que se cuenta con regulación de algún aspecto en la práctica relacionada con la FIV, a partir de la cual se desprende que en el derecho comparado no se encontró el caso de país que contara con un cuerpo normativo en fertilización asistida, fuera de ciertos aspectos parciales. Los ejemplos mencionados son en su mayoría de carácter prohibitivo (prohibición de la clonación humana, del uso de las técnicas de reproducción asistida con fines diferentes a la procreación humana, del uso de procedimientos que apuntan a la reducción embrionaria, de congelación de embriones para su transferencia diferida).

Esta evidente dificultad de legislar en torno a las técnicas de reproducción asistida por parte de los Estados signatarios de la Convención es en parte reflejo de la contradicción con su orden jurídico, que en la mayoría de ellos reconoce el carácter personal de la vida embrionaria. A la fecha solamente dos países, Argentina (Ley de Acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, 2013)⁷⁶ y Uruguay (Ley 19.167

tion on Human Rights”. S.D., 2003, p.61 Disponible en: <http://www.parl.gc.ca/37/2/parlbus/commbus/senate/com-e/huma-e/huma-e/rep-e/rep04may03-e.pdf>

⁷⁴ Una muestra de ello es la Declaración sobre Clonación Humana, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, adoptada el 8 de marzo del 2005, en la que la comunidad internacional se comprometió a: “adoptar todas las medidas necesarias para proteger adecuadamente la vida humana en la aplicación de las ciencias biológicas, prohibir toda forma de clonación humana, aplicación de técnicas de ingeniería genética que puedan ser contrarias a la dignidad humana.” Esta declaración fue suscrita por la gran mayoría de los países suscriptores del Pacto de San José. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/493/09/PDF/N0449309.pdf?OpenElement>

⁷⁵ CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*, párr. 255

⁷⁶ Argentina, Ley de Acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Ley 26.862 publicada 26 de junio de 2013.

Reproducción Humana Asistida),⁷⁷ cuentan con un cuerpo normativo en fertilización asistida⁷⁸.

4. DECLARACIONES OFICIALES QUE ATRIBUYEN PERSONALIDAD JURÍDICA AL NASCITURUS INVOCANDO EL PACTO DE SAN JOSÉ

Como se mencionó en la introducción, al observar la práctica de un país con el fin de entender la interpretación que ha dado a sus obligaciones, podemos establecer que la práctica posterior, la que se lleva a cabo en la realidad, es mucho mayor que su impacto inicial en el orden jurídico, la “práctica de un Estado es un término más amplio y que abarca más que solamente los aspectos jurídicos”;⁷⁹ para abonar a lo anteriormente expuesto se ha destinado esta última sección para presentar algunas declaraciones oficiales que muestran la interpretación del artículo 4.1 expresada por sus representantes.

4.1 Día oficial del Niño por Nacer

En el ámbito de las declaraciones oficiales internacionales se observa que casi la mitad de los países latinoamericanos han hecho referencia explícita a las obligaciones internacionales asumidas en el Pacto de San José, en su artículo 4.1, como uno de los fundamentos del reconocimiento de la personalidad jurídica del *nasciturus*, y de esta forma se ha rechazado la inclusión del aborto o la interrupción del embarazo en documentos de consenso internacional.

Siguiendo en el ámbito internacional, encontramos que posterior a la ratificación del Pacto de San José, la mayoría de los Estados de

⁷⁷ Uruguay, Ley Reproducción Humana Asistida, Ley No. 19.167 publicada en el Diario Oficial el 29 de noviembre del 2013.

⁷⁸ También llamada Reproducción humana asistida.

⁷⁹ “In sum the evidentiary standards are thus far unclear, but as of now for a party’s conduct to qualify as subsequent practice it must at least be describable as consisting of non-isolated actions, committed consistently in the application of the treaty, reflecting a position on interpretation, and engaged in or legitimately acquiesced in by all of the parties” en: ARATO, Julian, “Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences”, en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol.9, 2010: p. 461.

América Latina y el Caribe han ratificado además la Convención de los Derechos del Niño, que en su proemio define al niño como: “todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años de edad”, es decir, que se incluye el período prenatal; esta definición legal se ha incorporado a nivel nacional, como indican los informes al Comité de seguimiento de la Convención de los Derechos del Niño.

Con posterioridad a la firma del Pacto de San José, diversos países latinoamericanos han establecido declaraciones oficiales, de carácter simbólico, ya sea por parte de la presidencia o del poder legislativo, instituyendo el Día Oficial del Niño por Nacer⁸⁰ como “expresión de respeto que se debe a la vida humana desde la concepción”.⁸¹

El primer país en instituir una declaración de este tipo fue la República de El Salvador en 1993, que ante la preocupación del aumento en la práctica del aborto provocado⁸² declaró el 28 de diciembre como fecha para la celebración anual del “Día del Derecho a Nacer”, e invocó en los considerandos de su decreto, el artículo 4.1 del Pacto de San José (Asamblea Legislativa de El Salvador, decreto oficial No. 738) (Cámara de Senadores, 2013)⁸³

⁸⁰ El Salvador fue el primer país en declararlo por parte de la Asamblea Legislativa en (1993), Argentina (1998), Chile (1999), Guatemala (1999), Costa Rica (1999), Nicaragua (2000), República Dominicana (2001), Perú (2002), Paraguay (2003).

⁸¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ Dictamen Recaído en el Proyecto de Ley N° 122/2001-Cr, Mediante el cual se propone declarar el día 25 de marzo de cada año como “día del niño por nacer” “ Párr. 15. (...)Además del reconocimiento de los derechos humanos de los niños concebidos y todavía no nacidos como expresión de respeto que se debe a la vida humana desde su concepción.” Publicado el 12 de diciembre de 2001. Disponible en: <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/ ApoyComisiones/dictamenes0106.nsf/dictamenes/C75571EC32CEDA980525700D005691CF>

⁸² ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL SALVADOR. “Que en los últimos años la práctica del aborto se ha generalizado por algunos miembros de la sociedad, carentes de ética profesional y falta de responsabilidad y sin ningún respeto a la protección de la vida humana, que a través de esos actos ilícitos quitándole la vida a un ser humano, a tal extremo que existen clínicas dedicadas a esa función específica, no obstante encontrándose esa figura como delito; que tal situación va en contra del principio más sagrado de todo ser humano como es la vida, por lo que es procedente decretar el día del derecho del que está por nacer;” véase Asamblea Legislativa de El Salvador, decreto oficial No. 738. Disponible en: http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/ indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/declarase-dia-del-derecho-de-nacer/archivo_documento_legislativo [Fecha de consulta: octubre 12, 2016]

⁸³ ASAMBLEA LEGISLATIVA DE EL SALVADOR, decreto oficial No. 738. *Op. cit.*

En el año de 1999, el presidente de Argentina en turno, en su discurso oficial de proclamación del “Día del Niño por Nacer” manifestó expresamente que dicha institución era derivada de la obligación internacional asumida en el Pacto de San José.⁸⁴

El 24 de marzo de 1999 el Congreso de Guatemala acordó en decreto oficial la institución, el 25 de marzo de cada año, el día del “Niño no Nacido”, manifestando lo siguiente:

“Que el Estado garantiza la vida humana desde su concepción, en congruencia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual la República de Guatemala es signataria, que establece en el Artículo 4.1 (...)” (Congreso de la República de Guatemala, 1999).⁸⁵

El mismo año Costa Rica instituyó por decreto “El Día Nacional de la Vida antes de Nacer”. Posteriormente, en enero del 2000 Nicaragua declaró el “Día del Niño por Nacer” por decreto presidencial,⁸⁶ seguido del decreto del “Día del Niño por Nacer” de la República Dominicana en 2001.

En 2001, el Congreso de Perú declara el 25 de marzo como el día del “Niño por nacer”. En la fundamentación de dicho acto legislativo se invocan⁸⁷ los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención para luego señalar lo siguiente:

⁸⁴ Otro tratado internacional, con jerarquía constitucional, relacionado con el presente proyecto, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (el subrayado es nuestro). Esta, en su artículo 4, inciso 1 establece (...) De la transcripción del presente inciso surge que el Niño por Nacer tiene derecho a que se le respete su vida y que no puede ser privado de la misma arbitrariamente. Éste es un motivo más que nos impulsa a la sanción del presente” Véase: CÁMARA DE SENADORES DE ARGENTINA, sesiones ordinarias del 2013, orden del día No.266, Dirección General de publicaciones, p. 5.

⁸⁵ DIARIO DE CENTRO AMÉRICA. Órgano Oficial de la República de Guatemala, Acuerdo No. 21, tomo CCLXI .abril de 1999, tomo CCLXI . Disponible en: <http://old.congreso.gob.gt/archivos/acuerdos/1999/gtalx0211999.pdf>

⁸⁶ Nicaragua, Decreto No. 10-2000, Gaceta Diario Oficial 321, 31 de enero de 2000.

⁸⁷ Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 122/2001-cr, mediante el cual se propone declarar el día 25 de marzo de cada año como “Día del Niño por Nacer”: “14. La CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS “PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA” en su artículo 1º, inciso 2), establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Asimismo, el artículo 4º, inciso 1), establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Agrega además que este

“Estos instrumentos jurídicos internacionales refuerzan el objetivo de la presente propuesta legislativa, que consiste en sensibilizar a las personas respecto al derecho a la vida del niño y de esta manera luchar contra las causas que originan el aborto (pobreza, miedo, prejuicios, educación sexual y reproductiva, etc.)” (sic) (Congreso de la República de Perú, 2001).⁸⁸

El Poder Legislativo de Honduras en 2005 declaró el 25 de marzo como “Día del Niño no Nacido”,⁸⁹ festividad celebrada todos los años en el Congreso Nacional. El último país en instituir una celebración de este tipo fue Chile, que el 14 de mayo del 2013, mediante un acto legislativo declaró el “Día del Niño que está por Nacer y la Adopción” (Senado de Chile, 2010).⁹⁰

Además del reconocimiento y protección de los infantes en el orden jurídico, el establecimiento de este tipo de celebraciones tiene un alto valor en la tarea interpretativa el estatuto jurídico del niño por nacer en los países miembros de la Convención. Es significativo que la mitad de los países latinoamericanos de los firmantes del Pacto de San José hayan establecido celebraciones de carácter oficial de este tipo, manifestando expresamente que éstas son acordes a lo establecido por el Pacto de San José.

4.2 Declaraciones oficiales en foros internacionales

Otro ámbito donde se ha vertido explícitamente la interpretación de varios Estados miembros han sido los foros y conferencias internacionales. Para ejemplificar, a continuación se mencionan algunas de las reservas y/o declaraciones oficiales más significativas en apego a su marco jurídico. En particular, en dos conferencias internacionales se

derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción, de lo que se infiere que la vida empieza desde la concepción.” Disponible en: <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/ApoyComisiones/dictamenes0106.nsf/dictamenes/C75571EC32CEDA-980525700D005691CF>

⁸⁸ *Ibid.* Artículo 15.

⁸⁹ Honduras, Decreto Legislativo No. 267-2005.

⁹⁰ CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, Ley No. 20.699, “Día de la adopción y del que está por nacer (25 de marzo).” publicada en noviembre de 2013, Véase: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7653&prmBL=7254-07

puso en juego a los países que presentaron cuestiones polémicas, en estos foros se sacó a relucir la postura de estos países.

Durante la Reunión de Población del Cairo en 1994, un número importante de países latinoamericanos introdujo una serie de reservas en donde aceptaban los términos “salud reproductiva”, “salud sexual”, “maternidad sin riesgo”, “derechos reproductivos”, “derechos sexuales” y “regulación de la fertilidad”, siempre y cuando estas cuestiones no implicaran en su contenido el aborto o la interrupción del embarazo, ya que iban en contra de sus legislaciones internas y de sus obligaciones internacionales como las adquiridas en el Pacto de San José. A manera de ejemplo mencionaremos algunas de ellas:

Guatemala rechazó la interpretación del aborto como un derecho reproductivo o sexual, o como servicio de salud reproductiva, en virtud de la incompatibilidad con la Declaración Americana y la Convención Americana,⁹¹ en el mismo tenor se opusieron El Salvador y República Dominicana.⁹² Ambos países adujeron su calidad de signatarios de la CADH,⁹³ De la misma forma, la delegación hondureña hizo una reserva manifestando que el aborto no se podía considerar como un método de planificación familiar:

“En su calidad de signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reafirma que toda persona tiene derecho a la vida y que este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción sobre la base de los principios morales, éticos, religiosos y culturales que deben regir a la colectividad humana, y de conformidad con los derechos humanos reconocidos internacionalmente” (Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995 (en adelante Informe de Beijing, párr. 10)).⁹⁴

⁹¹ CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA POBLACIÓN Y EL DESARROLLO, Informe de 1994, cap. V, párr. 26.

⁹² *Ibid.*, párr. 23, (...) como signataria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, [República Dominicana] confirma plenamente su convicción de que todo el mundo tiene un derecho fundamental e inalienable a la vida y que este derecho a la vida comienza en el momento de la concepción”.

⁹³ *Ibid.*, párr. 9, “(...) somos países latinoamericanos signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el artículo 4 de la Convención se señala claramente que la vida debe protegerse desde el momento de la concepción”.

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 10 (c).

Ecuador se sumó a la postura anterior, manifestando su rechazo al aborto en virtud de las obligaciones derivadas de sus compromisos internacionales:

“La delegación del Ecuador, (...) en cumplimiento de lo dispuesto en su Constitución, leyes y las normas del derecho internacional, reafirma entre otros los siguientes principios consagrados en su Constitución: la inviolabilidad de la vida, la protección del hijo desde el momento de su concepción (...) (Ídem, párr. 24).⁹⁵

El representante del Paraguay expresó su reserva citando el artículo 4º de la Constitución Nacional, de este país, que fue tomado a su vez del Pacto de San José,⁹⁶ Argentina se manifestó en el mismo sentido.⁹⁷

Durante la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, la mayoría de los países latinoamericanos manifestaron expresamente su rechazo a la inclusión del aborto como un derecho reproductivo, y algunos de ellos lo hicieron en virtud de su calidad de signatarios del Pacto de San José.⁹⁸

⁹⁵ *Ibid.*, párr. 24.

⁹⁶ *Ibid.*, párr.15.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 21 “(...)la vida existe desde el momento de la concepción y desde ese momento la persona, en su dimensión única e irrepetible, goza del derecho a la vida (...)” Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994 [en adelante CIPD], cap. V párr. 21.

⁹⁸ Algunos ejemplos de las reservas: Honduras planteó su rechazo al aborto como derecho reproductivo, en los siguientes términos: “la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reafirma que toda persona tiene derecho a la vida y que este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción sobre la base de los principios morales, éticos, religiosos y culturales que deben regir a la colectividad humana, y de conformidad con los derechos humanos reconocidos internacionalmente”. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995 (párr. 10). A su vez Nicaragua manifestó su rechazo en el mismo sentido: “como signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, confirma que toda persona tiene derecho a la vida, siendo este derecho fundamental e inalienable y que este derecho comienza desde el momento de la concepción.” (Informe de Beijing, p. 168). República Dominicana se opuso a la interpretación del término derechos reproductivos y de términos relacionados como inclusivos de un derecho al aborto o la interrupción voluntaria del embarazo, afirmando lo siguiente: “República Dominicana signataria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de acuerdo con la constitución y las leyes de la República, confirmó que toda persona tiene derecho a la vida y que ésta comienza desde el momento de la concepción”. (Informe de Beijing, p. 157).

Cabe resaltar el hecho de que las reservas frente a este tema de un gran número de países miembros de la Convención fueron muy similares en ambos foros y permiten ilustrar claramente lo que éstos establecieron como su marco jurídico de referencia para la aceptación de los términos de un documento de consenso internacional.

5. CONCLUSIÓN

A partir de los datos presentados anteriormente, se observa dentro del sistema interamericano la riqueza de un espectro de normas jurídicas, resoluciones jurisdiccionales y declaraciones oficiales de diversa índole que han asumido la posición de la CADH frente a la personalidad jurídica del niño por nacer. Lo anterior contribuye a desentrañar cuál fue la voluntad de los Estados al momento de ratificar la Convención, y cuál es la interpretación vigente sobre la que han fundado un número importante de normas de sus órdenes jurídicos internos.

La interpretación protectora de la vida prenatal sigue siendo vigente en el derecho interno de los países que ratificaron el Pacto de San José, ya que gran parte de sus ordenamientos se encuentran sustentados sobre el reconocimiento de la vida prenatal a través de leyes y políticas públicas.

El desarrollo legislativo muestra que los países acordaron una interpretación no restrictiva del artículo 4.1, ya que buscaron incluir a todos los seres humanos independientemente de su estadio de desarrollo, bajo la protección de dicho Pacto; pero, además del rubro de esta protección la mayoría de los países incluyeron como obligaciones positivas del Estado el garantizar los derechos prenatales a la vida, la salud, la integridad personal y el desarrollo de todos los niños por nacer.

Aspectos que podrían constituir una evidente dificultad de la mayoría de los países para legislar, de manera sistemática, en torno a las técnicas de reproducción humana. Sin embargo, desde el punto de vista de desarrollo jurisdiccional, la invocación del Pacto de San José, en la protección de la vida embrionaria, por parte de tribunales intérpretes de cada constitución, ha resultado paradigmático, ya que dicha labor interpretativa ha hecho explícito el reconocimiento del carácter personal de la vida embrionaria con fundamento en lo establecido por la CADH.

Los países de América Latina y el Caribe han manifestado expresamente en foros internacionales su interpretación del artículo 4.1 del

Pacto de San José, y al referirse a dicho artículo han manifestado su rechazo al aborto y cualquier otra práctica que conlleve la destrucción de la vida en el vientre materno.

La práctica posterior tiene en sí un alto valor interpretativo, ya que no se puede considerar solamente como un conjunto de acciones aisladas de ciertos países, sino que, como se ha podido observar, ha sido traducida en general a acciones sólidas, comprometidas con una visión interpretativa que conlleva una práctica clara y consistente, como lo hemos visto en las páginas anteriores; y, que como también se ha podido apreciar, ha sido trasladada a los tres poderes del Estado, ejecutivo, legislativo y judicial. Podríamos entonces afirmar que, a partir de lo anterior, la interpretación sobre el derecho a la vida está vigente en la mayoría de los países del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Además de estos aspectos, consideremos que el valor interpretativo de la práctica ulterior va más allá del hecho de ciertas acciones y su codificación en el derecho positivo, de su verificación o no, de lo que éste apunta más allá de sí mismo hacia la comprensión de las premisas sobre las que se ha fundado un sistema jurídico. Se debe pasar del hecho observable al fundamento del mismo. Así, podemos afirmar que las medidas o las obligaciones que han asumido la mayoría de los Estados son proteccionista, esto es, la concepción jurídica sobre la cual se han fundado los órdenes jurídicos de los países miembros de la Convención apunta a una intención de protección del ser humano en el sentido más amplio, para velar integralmente por todos sus miembros, especialmente los más vulnerables.

Al inicio de este trabajo, se mencionaron las limitaciones a las que se enfrentó, no se pretendió hacer un análisis exhaustivo de la sentencia, ni de la interpretación que hizo la Corte del artículo 4º del Pacto de San José, ya que esto implicaría presentar una visión integradora de los métodos interpretativos, que rebasa los alcances del texto, por lo que se ha buscado simplemente mostrar algunos aportes en el apartado de la consideración de la interpretación evolutiva, explorando desde una mirada de conjunto el impacto de la adopción de la Convención en lo referente a la vida prenatal.

Se reconoce la complejidad que implica la labor jurisdiccional. Este trabajo se suma a muchas otras reflexiones académicas que se han hecho en torno a la decisión del *caso Artavia*, con el fin como ya se dijo, de aportar una visión personal a las consideraciones realizadas por la Corte en materia de la interpretación que ha fijado los alcances del ar-

título que establece la protección para los que se han adherido al Pacto de San José.

La reflexión jurídica debe continuar, la preocupación sigue vigente, ya que lo que está en juego no es la prohibición o no de una técnica de reproducción asistida. Debemos ir más allá de la interpretación de un artículo, porque se apunta a la concepción de persona y sus consecuencias en el orden jurídico. El inicio de la personalidad jurídica no es un elemento accesorio, es una premisa básica del orden legislativo de un país y de los derechos humanos.

ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA

SECCIÓN II
ANÁLISIS FILOSÓFICO

CAPÍTULO IV

SENTENCIA ARTAVIA MURILLO VS COSTA RICA Y LOS PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD Y PRECAUCIÓN

HUGO SAÚL RAMÍREZ GARCÍA

1. INTRODUCCIÓN	151
2. ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN <i>IN VITRO</i> ”) VS. COSTA RICA	151
3. LA CORTE IDH ANTE EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL	153
4. TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA Y PRINCIPIO PRECAUTORIO	156
5. CONCLUSIONES	158

1. INTRODUCCIÓN

Comencemos nuestras reflexiones a partir de la siguiente pregunta: ¿por qué son relevantes las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTE IDH)? Desde un punto de vista normativo, tales sentencias actualizan las facultades de un órgano jurisdiccional cuya existencia cobra sentido en la medida en que pueda colaborar en la defensa, protección y respeto de los derechos humanos, en el marco del continente americano, ni más ni menos. En razón de tal importancia se justifica un estudio, análisis y crítica, de y hacia, los argumentos con los que se motiva cada resolución.

En esta oportunidad llevaré a cabo un análisis conciso y crítico sobre algunos aspectos contenidos en la sentencia con los que la CORTE IDH resolvió el caso *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica.

2. ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN *IN VITRO*”) VS. COSTA RICA

Desde el año 2000, a raíz de una sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la fecundación *in vitro* estaba prohibida en este país, ya que tal sentencia declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, el cual originalmente autorizaba su práctica.

Entre los argumentos señalados por la autoridad costarricense para declarar inconstitucional la norma que autorizaba la fecundación *in vitro* se destacó el hecho, suficientemente acreditado en su oportunidad, de la pérdida de embriones que supone llevarla a cabo. Más aun, parte del fundamento jurídico de la referida sentencia de la Sala Constitucional costarricense está vinculado al texto de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH), en particular a su artículo 4.1 donde es reconocida la titularidad más amplia posible para el derecho a la vida. Sobre tal cuestión, según consta en el párrafo 73 de la sentencia en comento, la autoridad en Costa Rica sostuvo una interpretación acerca de la concepción, como inicio de la protección del derecho a la vida, señalando que todo ser humano tiene un comienzo único, de tal manera que un embrión es la forma más joven de un ser humano; asumiendo lo anterior como cierto, se concluye que la técnica de fecundación *in*

vitro y transferencia embrionaria propician una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana, en un porcentaje considerable de casos, no tiene posibilidad de continuar.

En 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sometió a la jurisdicción de la CORTE IDH el caso, alegando que la prohibición absoluta para practicar la fecundación *in vitro* constituía una injerencia arbitraria sobre los derechos que giran en torno al bien de la vida privada.

La sentencia formulada al expediente del caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica contiene, entre otros, los siguientes puntos resolutivos: (a) La imputación de responsabilidad internacional a Costa Rica por la vulneración a diversos artículos de la CADH; (b) El deber de revertir la prohibición jurídica de practicar la fecundación *in vitro* dentro del territorio de Costa Rica, e incluirla en los programas y tratamientos de infertilidad de carácter público.

Entre las piezas que configuran el argumento de justificación de los elementos resolutivos reseñados, una de las más importantes radica en la interpretación que la CORTE IDH realiza al artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Tal interpretación era necesaria, ya que la autoridad responsable, como vimos previamente, fundamentaba su propia resolución en el cabal cumplimiento del mismo artículo.

Según la CORTE IDH, el propósito general de la interpretación del artículo 4.1 CADH se dirige a aclarar dos cuestiones: En primer lugar, el alcance del derecho a la vida; y en segundo término, aunque no menos importante, la titularidad del derecho a la vida. A fin de dilucidar lo segundo, según la propia CORTE IDH resulta necesario realizar una interpretación integral o conjunta, a partir de los artículos 1.2 y 4.1 de la CADH.

Textualmente, los referidos artículos establecen:

- 1.2 *Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.*
- 4.1 *Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*

Un posible ejercicio hermenéutico sobre ambos artículos daría como resultado la siguiente conclusión: la titularidad del derecho a la vida es una convicción jurídica a la que se llega cuando es satisfecha una condición: la existencia de un individuo de la especie humana; he-

cho que, se entiende, acontece a partir de la concepción, esto es, desde que ocurre la integración de una nueva secuencia de genoma humano, como resultado de la fusión de los pronúcleos de dos células sexuales.

La CORTE IDH llega a una conclusión diferente porque sitúa el contenido semántico de la noción “concepción” no en la existencia de un ser vivo de la especie *homo sapiens*, sino en el hecho del embarazo.

A continuación me ocuparé de algunos puntos concretos asociados a la conclusión antes descrita. En concreto, realizaré una aproximación crítica al itinerario argumentativo con base en el cual la CORTE IDH llega a tal convicción. Por otro, me referiré al grado de congruencia que este tribunal manifiesta respecto del significado práctico que los Estados Parte en la CADH asumieron en relación al hecho de la concepción como momento a partir del cual se reconoce la protección del derecho a la vida.

3. LA CORTE IDH ANTE EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL

Permítaseme dar inicio al presente acápite citando los *Principios de Bangalore sobre la conducta judicial* (PB), del año 2002, con relación a la relevancia de la labor de los jueces en el ámbito de los derechos humanos, y a la imparcialidad judicial.

En el Preámbulo de los PB se considera:

“(...) que la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce como fundamental el principio de que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (...). Que la aplicación de todos los demás derechos depende en último término de la correcta administración de la justicia”.

Por su parte, se reconoce que la imparcialidad es un valor incuestionable que debe actualizarse en la función judicial, tanto durante el desahogo del proceso como en la sentencia con la cual se le pone fin; para lo cual “*un juez deberá desempeñar sus tareas judiciales sin favoritismo, predisposición o prejuicio*”.

En síntesis, la imparcialidad representa la condición que legitima una decisión jurisdiccional en la medida en que permite al juez la recepción objetiva de los insumos probatorios y argumentativos de las partes a fin de comprender, de la mejor manera posible, el problema que se le plantea, y a proveer una resolución desprovista de prejuicios, con la que se actualice una situación de justicia. No en vano, autores como Luigi Ferrajoli describen a la jurisdicción como aquella función pública en la que se experimenta, con mayor gravedad, la garantía de la imparcial verificación de lo verdadero.¹

Ahora bien, retomando el análisis del caso, comencemos indicando que la CORTE IDH admite la falta de unanimidad respecto a la semántica del concepto “concepción”, y postula un interrogante: ¿qué fenómeno es descrito mediante el concepto “concepción”, empleado en el art. 4.1?

Esta cuestión debe aclararse, según el tribunal, con apoyo en las conclusiones a las que se llega a través de la metodología científica. De esta forma, en la sentencia son identificadas dos posturas divergentes, aunque ambas científicamente configuradas, respecto a la semántica del concepto “concepción”. Una señala que “concepción” describe el momento en que “las membranas de las células del espermatozoide y del óvulo se fusionan”. Otra establece que el mismo concepto describe el momento en que el cigoto se anida en el útero de la mujer.

¿De qué manera resuelve la CORTE IDH el problema relativo al significado científico del término “concepción”, para proponer una interpretación en torno a la titularidad del derecho a la vida, según el art. 4.1 de la CADH?

En primer lugar, sostiene que la primera opción semántica implica admitir que los óvulos fecundados han de ser considerados como una vida humana plena, y por tanto desestima la prueba científica que considera al cigoto como un organismo humano, en la medida en que atribuye caracteres metafísicos. Textualmente así se expresó la CORTE IDH:

“185. (...) 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

¹ Cfr. FERRAJOLI, L., “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción,” en *Revista Mexicana de Justicia*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, enero-diciembre Núm. 15-16, 2010: pp. 3-19.

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”.

Asentada la razón por la cual la primera opción semántica no consideró idónea para identificar el significado del término “concepción”, la CORTE IDH aprovecha la segunda opción semántica para los mismos efectos. En este sentido, estableció:

“186. (...) 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 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”.

“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”.

Asentado todo lo anterior, a mi juicio la interpretación que la CORTE IDH realiza a los artículos 1.2 y 4.1 de la CADH sobre la titularidad del derecho a la vida es parcial, lo cual vicia y deslegitima los resolutivos de la sentencia en la que se llevó a cabo.

La CORTE IDH genera una *dispositio* esto es, organiza y arregla las piezas probatorias mediante las cuales se pretende dilucidar el significado práctico del término concepción, con propósitos ajenos al cumplimiento de sus funciones contenciosas; dicho con otros términos, aparenta tener en cuenta todas las opciones que aporta la metodología médico-científica para tal efecto; no obstante desestima una de las alternativas a través de un arbitrio no razonado. En efecto, estamos en presencia de un arbitrio no razonado porque la CORTE IDH no acredita errores en el procedimiento epistemológico que vicien la objetividad de los conocimientos que una de las partes aporta para identificar el fenómeno biológico referido a través del término “concepción”.²

² Más aún, en la propia sentencia se observa cómo en la ponderación de los peritajes hay trato desigual: los argumentos del Dr. Monroy Cabra y la Dra. Condit que defendieron la concepción desde la fecundación no se mencionaron a fondo, ni son

La CORTE IDH tampoco aporta razonamiento alguno que demuestre que la posición científica que identifica concepción con fecundación (y por tanto con el inicio de la existencia de un ente biológicamente identificable como humano), en sí misma contenga una conclusión metafísica. Tendría igualmente carácter metafísico afirmar que la personación del embrión comienza a partir del fenómeno del embarazo; es decir, de su anidación en útero.

En definitiva, la CORTE IDH desestima las pruebas científicas que acreditan que la vida de un ente biológicamente identificable como humano comienza en la singamia, desarrollándose como un proceso continuo; con ello se ve en la necesidad de negar, con una notoria falta de motivación, el carácter continuo de la existencia biológicamente autónoma del ser humano desde la singamia.

4. TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA Y PRINCIPIO PRECAUTORIO

Tal y como se sostuvo previamente, de la imparcialidad del tribunal depende la legitimidad de la sentencia que pronuncia; en buena medida tal imparcialidad posibilita una interpretación objetiva de las normas que configuran la competencia material del órgano jurisdiccional del que se trate. En el caso que estamos analizando, la CADH es pieza clave en la labor de la CORTE IDH: la facultad contenciosa que se le ha encomendado, depende de la acertada interpretación que lleve a cabo. Dentro del litigio que estamos comentando, ¿qué grado de acierto logra la CORTE IDH al interpretar la CADH? La cuestión no encuentra una respuesta sencilla, porque resulta indispensable contar con un parámetro que nos ayude a calificar la fidelidad del tribunal con el objeto de su interpretación. Contando con estas dificultades, no obstante la cuestión debe ser atendida, sobre todo cuando la pieza normativa que se interpreta, a saber, el artículo 4.1 de la CADH define las condiciones del reconocimiento de la titularidad del derecho humano a la vida y en tal sentido, el inicio de su protección.

rebatidos propiamente, es más, ni siquiera mencionan el nombre completo de estos peritos. En cambio, la opinión del perito Dr. Fernando Zegers, fue prácticamente asumida como incontrovertible, y en esta medida, fue adoptada por la CORTE IDH de manera acrítica.

Sostengo que en el caso *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, la CORTE IDH no realiza una interpretación acorde al objeto que justifica su competencia, es decir, los derechos humanos. La razón con la que sostengo esta tesis se apoya en el carácter no restrictivo que debe imperar en la interpretación de las normas que recogen las exigencias de los derechos humanos, tal y como es exigido por el principio *pro personae*, tratado con mayor detalle en otros capítulos del presente libro.

En efecto, cuando los Estados Parte, adoptan en el artículo 4.1 de la CADH, a la concepción como el momento a partir del cual reconocen el inicio de la protección del derecho a la vida, manifiestan la clara intención de proteger este bien desde la etapa embrionaria más temprana. Es claro que el propósito de los redactores de la CADH no es descriptivo, sino prescriptivo: no pretenden una representación lingüística de un fenómeno biológico, sino la identificación de las condiciones que propician la mayor protección posible a un derecho humano. Cuando la CORTE IDH distingue entre fecundación y concepción, con los efectos prácticos que desencadena, se aparta rotundamente de la finalidad de una norma en materia de derechos humanos. En este sentido, llama poderosamente la atención el hecho de que la CORTE IDH no acompañó su análisis del caso con métodos como la interpretación histórica, o el análisis de la mentalidad de los redactores y signantes del instrumento internacional que se está aplicando. Así, no puede pasar desapercibido el silencio en torno al análisis de la aplicación previa del Artículo 4.1 del Pacto de San José en América Latina, donde históricamente se ha utilizado de manera casi unánime a favor del embrión desde la fecundación, tema por cierto desarrollado con mayor profusión en otro capítulo de la presente obra.

Incluso los jueces que integraron la CORTE IDH al momento del fallo en comento, contaban con mejores herramientas de corte hermenéutico que los redactores de la CADH, ya que se han desarrollado importantes teorías que avalan la aplicación del principio precautorio en situaciones como las que integraron el expediente del caso *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica. Recordemos que en 2005, la UNESCO propuso una definición operativa que puede servir de base a la reflexión sobre el principio de precaución; ahí se señaló que en circunstancias en que la acción humana puede causar un daño éticamente inaceptable, es decir: serio, grave o irreversible, a la vida humana o a la salud, a las generaciones actuales o futuras, a otros seres

vivos o al medio ambiente y siendo ese daño científicamente posible o razonable aunque incierto, es un deber tomar las acciones necesarias para evitarlo o para disminuirlo.

Para el caso que nos ocupa, la incertidumbre científica es aceptada por la propia corte en cuanto a la semántica de la noción “concepción”. De esta forma, cobra fuerza lo sostenido por la profesora Pamela Chávez Aguilar: “La cuestión del embrión y los deberes hacia él puede ser pensada desde la perspectiva de la ética de la responsabilidad y del principio de precaución. Ello exige ampliar la consideración de este principio y situarlo no en el de una ética en que priman únicamente las decisiones racionales del tipo cálculo costo-beneficio o el cálculo de consecuencias; la reflexión ha de situarse en la perspectiva (...) que considera las consecuencias posibles en situación de incertidumbre dados unos principios u obligaciones éticas incondicionadas”.³

5. CONCLUSIONES

Atendiendo a principios deontológicos sobre conducta judicial, la imparcialidad se refiere a la calidad que debe manifestar la decisión judicial en sí misma, y el proceso mediante el cual se toma esa decisión; implica el deber del juez de desempeñar sus tareas sin favoritismo, predisposición o prejuicio.

Lo propio y congruente con la imparcialidad es que el juzgador valore, sin prejuicios, la pertinencia y oportunidad de los datos que aporta la comunidad científica experta en el análisis de la realidad que resulta un hecho importante para la interpretación y aplicación de una norma jurídica.

Los errores cometidos en el uso de datos científicos en torno al desarrollo embrionario, así como el sesgo prejuicioso con el que la CORTE IDH desacredita afirmaciones y datos científicos en torno al fenómeno de la concepción, en el marco de su resolución al caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, suponen un atentado contra su propia imparcialidad y, en consecuencia, contra su autoridad como intérprete del contenido y alcance de los derechos humanos.

³ CHÁVEZ, P., “Lecturas del principio de precaución en el debate actual sobre el estatus ético del embrión humano”, en *Dilemata*, Núm. 11, 2013: pp. 113-125

CAPÍTULO V

EL VALOR DE LA VIDA HUMANA INCIPIENTE DESDE UNA PERSPECTIVA ÉTICA Y BIOÉTICA

AGUSTÍN ANTONIO HERRERA FRAGOSO

1. INTRODUCCIÓN	161
2. CIENCIAS EMBRIOLÓGICAS Y SER HUMANO	162
3. SELECCIÓN DE INDIVIDUOS Y EUGENESIA	165
4. INDIVIDUO HUMANO TEMPRANO EN LA FIV	168
5. LA ÉTICA: FUNDAMENTO DE LA BIOÉTICA Y DEL DERECHO	170
6. LA SINDÉRESIS COMO BASE DE LA ÉTICA	171
7. DE LA BIOÉTICA DE PRINCIPIOS A LA PROTECCIÓN DEL MÁS DÉBIL	173
8. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO COMO PROTECCIÓN DE LOS MÁS DÉBILES	174
9. CONCLUSIONES	175

Nada pasa sin dejar una huella tras nosotros
 y cada acto, incluso el más insignificante,
 ejerce influencia en nuestra vida presente y futura.
 Antón Chejov

1. INTRODUCCIÓN

El 16 de enero de 2007 culminó en Convington (Louisiana) un viaje extraordinario. Dieciséis meses antes, la vida de Noé Benton Markham había sido amenazada por los vientos y la lluvia del huracán Katrina. Atrapado en un hospital inundado de Nueva Orleans, Noé dependía del trabajo contra-reloj de siete agentes de la policía de conservación de Illinois y de tres agentes de la policía del Estado de Louisiana, que utilizaron barcas para rescatarlo y dejarlo fuera de peligro.¹

Aunque muchos habitantes de Nueva Orleans perdieron trágicamente la vida durante el huracán Katrina y los días posteriores, el relato del rescate de Noé es una de las muchas historias de heroísmo en medio de ese desastre nacional. Noé tiene el honor de ser uno de los habitantes *más jóvenes* de Nueva Orleans que fueron rescatados del Katrina: cuando los agentes de policía entraron en el hospital donde estaba atrapado, Noé era un embrión, un ser humano en los estadios iniciales del desarrollo, congelado en recipientes de nitrógeno líquido junto con otros cuatro mil embriones. Noé fue implantado en el útero de su madre; nació a la sociedad el 16 de enero de 2007 (George 2012, p.15 y ss.).

El caso es especialmente importante de analizar para la presente decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), pues a pesar de estar en congelación en tanques de nitrógeno, Noé era ya un miembro vivo de la especie *Homo sapiens sapiens*, en los momentos iniciales de su desarrollo natural y más específicamente en estadio preimplantatorio. A no ser que sufra daños serios, o se vea privado de un ambiente adecuado, un ser humano en la fase embrionaria temprana es capaz de dirigir su propio funcionamiento como un organismo integral, desarrollarse y madurar hasta alcanzar la siguiente fase de desarrollo, es decir, la fase fetal. Las fases del desarrollo humano: embrionaria, fetal, infantil y adolescente son etapas en el desarrollo de un individuo concreto y perdurable, un ser humano, que comienza su

¹ Cfr. GEORGE, Robert P., y TOLLESEN, Christopher, “Embrión. Una defensa por la vida humana”. Madrid, España RIALP S.A., 2012: p. 15.

existencia y corporeidad como un organismo de una sola célula (unicelular) llamado cigoto y que, si todo va bien, llega a nacer en pocos meses y a edad adulta algunos años después.

Hecho, que en el supuesto que se ampara dentro de la actual jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la resolución del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, Noé no tendría ningún valor y por consecuencia protección jurídica, craso error que se basa sobre otros soportes jurídicos que se encuentran desfasados de la ciencia actual, así como en peritajes de carácter subjetivo, negando la ontología de un ser de la especie humana en sus inicios, cuidando el deber de protección adecuado y proporcional, desde la conformación del nuevo miembro de la especie humana durante “la singamia” (que es el momento de la unión del óvulo con el espermatozoide), formando un cigoto, donde esta nueva entidad cuenta con todo el soporte biológico y con todas las características iniciales que determinan nuestra especie humana.

2. CIENCIAS EMBRIOLÓGICAS Y SER HUMANO

Nuestras características biológicas que se pueden sustentar y evidenciar con las nuevas ciencias del desarrollo humano embrionario como son, entre otras: la proteómica, la genética del desarrollo y la biología molecular.

En particular, la “Genética del Desarrollo” nos ha enseñado que los seres vivos se desarrollan paso a paso, mediante tres fenómenos: un “crecimiento corporal”, por el aumento del número de células por mitosis; una “diferenciación de las células”, debida a la actividad de genes diferentes; y una “manifestación morfogenética” sucesivamente distinta, que se debe a la actividad programada en tiempo y lugar de genes distintos durante el desarrollo. La identidad del nuevo ser está codificada en el material genético del cigoto. Durante el desarrollo hay continuidad genética que alcanza a todas las células, y discontinuidad funcional, que afecta a los genes activos en cada célula.²

Todos los genes del nuevo individuo están presentes ya desde el cigoto, a la espera de su entrada en funcionamiento, por lo que el cigoto se reafirma como la primera realidad corpórea humana a la luz de la

² Cfr. *Ibid.*, p. 87.

“Genética del Desarrollo”. La vida en su totalidad depende de todos los genes, que de forma programada se irán expresando cuando les corresponda.

En el interior del cigoto existe un conjunto de mecanismos que regulan la mayoría de los procesos de manera tal que se mantiene una homeostasis (del griego *homos* (ὁμος), que significa “similar”, y estasis, en griego *στάσις*, “posición”, “estabilidad”), es la característica de un sistema abierto o de un sistema cerrado, especialmente en un organismo vivo, mediante la cual se regula el ambiente interno para mantener una condición estable y constante. Los múltiples ajustes dinámicos del equilibrio y los mecanismos de autorregulación hacen la homeostasis posible.³ Al darse al interior del todo y estar al servicio del todo, se da lo que se denomina auto-regulación.

La identidad genética⁴ también es fijada en el momento de la singamia, propiedad biológica de mucha importancia de cada ser humano singular, ya que de ella depende su ontogenia. El embrión de una, dos, cuatro, ocho células, la mórula y el blastocito, no son sino las manifestaciones sucesivas de las etapas por las que atraviesa el desarrollo del embrión en cumplimiento del programa genético, establecido tras la fusión de los pronúcleos masculino y femenino.

De lo anterior, se desprende un oscurecimiento de la realidad y negación de la nueva entidad humana manifiesta en la decisión de la CORTE IDH, desconociendo el carácter de uno más de nosotros en su estadio inicial de vida. Mismo que se debe reconocer en su justa dimensión y situación.

³ Homeostasis, se puede consultar en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Homeostasis>, [Fecha de consulta: 22 de octubre del 2014].

⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Declaración Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos”, adoptada el 11 de noviembre de 1997.

A. LA DIGNIDAD HUMANA Y EL GENOMA HUMANO

Artículo 1

El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.

Artículo 2

- a) Cada individuo tiene derecho al respecto de su dignidad, cualesquiera que sean sus características genéticas.
- b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único de cada uno y su diversidad. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [Fecha de consulta: 4 de octubre del 2016].

Así, debe existir una relación con el otro, misma que suscita la responsabilidad de responder y dar una respuesta al otro, así, lo que hace surgir la ética en nosotros es el otro. El otro nos obliga a una actitud o de acogida o de rechazo. Hay dentro de la ética el precepto: “ama al otro como a ti mismo”. Hay que agradecer el hecho de vivir para cuidar de los que quieren vivir, que es nuestra principal razón en la vida.

Debemos tener una razón diligente hacia el otro. Diligente viene del verbo latino “diligo”, que significa amar; la razón diligente es la de aquel que ama, se preocupa por las cosas y por eso nunca descansa, nunca se da por vencido; porque las cosas tienen que ser de otra manera, porque como seres humanos todos, y en especial lo más débiles, merecemos un trato digno.

La ciencia experimental por sí misma, no nos proporciona una guía para tomar decisiones éticas sobre el trato debido a esos embriones o a cualquier ser humano, sea cual sea la fase de desarrollo en la que se encuentre.

El modo como los datos experimentales llegan al derecho, es así: la ciencia aporta los datos y el conocimiento de los fenómenos naturales, nos brinda un sustento estructural avalado por universidades e instituciones serias en el ámbito de su competencia, la filosofía racionaliza el conocimiento y lo ha de integrar en el contexto de una antropología adecuada,⁵ la ética ha de valorar las consecuencias del uso o abuso de los hechos conocidos y finalmente el derecho ha de prevenir, proteger y garantizar a todos los individuos de la especie humana los requerimientos necesarios para tener una vida adecuada de conformidad con su dignidad inherente.

Sobre el pronunciamiento de Asilomar: “No todo lo científicamente posible es éticamente aceptable”,⁶ debemos de preguntarnos ¿Qué se hace, pues, con los embriones congelados, o qué podría hacerse en un futuro? Supuestos a considerar previo a la implantación, ya que jurídi-

⁵ Cfr. JOUVE, Nicolás, “El manantial de la Vida, Genes y bioética”, Madrid, España. *Encuentro*. 2012: p. 12.

⁶ CONFERENCIA DE ASILOMAR, En una reunión celebrada en California del 24 al 27 de febrero de 1975, un grupo internacional de científicos decidió que debería establecerse un control estricto sobre el uso de la técnica experimental que permita el trasplante de genes de un organismo a otro. Esta declaración redactada por el Comité Organizador de la conferencia es el resumen de un informe sometido a la Asamblea de las Ciencias de la Vida de la Academia Nacional de Ciencias y aprobado por su comité ejecutivo el 20 de mayo de 1975.

camente y bajo el amparo del sistema interamericano (con base en la resolución del caso Artavia Murillo) sólo tendrán una protección progresiva hasta que se encuentran implantados en el seno materno.

En esa tesitura y con la utilización sin restricción de lo que puede realizarse con la ciencia y la tecnología del siglo XXI, actualmente se pueden crear embriones (extra corpóreamente) en el laboratorio mediante fecundación *in vitro* o por clonación. Se pueden mantener embriones vivos en el laboratorio por pocos días o crio-conservarlos indefinidamente. Los investigadores pueden también manipular esos embriones cambiando su ADN o introduciendo un ADN extraño (de un animal o de humano por ejemplo) en su constitución genética.

Sobre este particular, al no tener ningún tipo de protección legal, según la CORTE IDH, se puede tener un efecto de discriminación directa: pudiendo eliminar a estos debido a determinadas características genéticas, una posible propensión a una enfermedad, sexo, etc. Finalmente, los investigadores podrían también destruir esos embriones y extraer de ellos algunas células con el fin de obtener células madre pluripotenciales.

3. SELECCIÓN DE INDIVIDUOS Y EUGENESIA

Estas técnicas tienen diversas complicaciones científicas, sociales, éticas y jurídicas; se pueden mostrar algunos ejemplos reales:

- En Inglaterra, una pareja decidió tener un hijo, preferiblemente sordo. Las dos integrantes de la pareja eran sordas, y estaban orgullosas de serlo. Al igual que otros miembros de la comunidad «Orgullo sordo», Sharon Duchesneau y Candy McCullough (pareja de lesbianas) consideraban la sordera como una identidad cultural, no como una discapacidad que debiera curarse. «Ser sorda es un estilo de vida», decía Duchesneau. «Nos sentimos completas siendo sordas y queremos compartir con nuestros hijos lo que tiene de maravilloso nuestra comunidad de sordos: el sentimiento de pertenencia y conexión. Realmente sentimos que vivimos vidas ricas como personas sordas». ⁷ Con la esperanza de concebir un hijo sor-

⁷ DRISCOLL, Margarete, "Why We Chose Deafness for Our Children". Londres. *Sunday Times*, abril 14 de 2002.

do, buscaron a un donante de esperma con cinco generaciones de sordos en su familia. Y tuvieron éxito. Su hijo Gauvin nació sordo.

- Poco antes de surgir la controversia acerca del hijo sordo, apareció un anuncio en el *Harvard Crimson* y otros periódicos estudiantiles de universidades de la «Ivy League». Una pareja infértil solicitó una donante de óvulo, pero no servía cualquier donante. Debía medir 1.77 metros de altura, ser de compleción atlética, no tener problemas médicos en la familia y haber obtenido una nota combinada de 1400 o superior en la prueba de aptitudes SAT.⁸ A cambio de un óvulo de una donante que cumpliera con estos requisitos, se ofrecía un pago de 50,000 dólares.
- En enero de 2005 nació, en Ginebra, el primer «bebé medicina» de Suiza: una niña concebida a través de fecundación artificial, fue seleccionada en un laboratorio de Bruselas para convertirse en donante compatible de médula ósea de su hermano de 6 años, enfermo.

Si bien no es prudente criticar la intención subjetiva de los padres que han sufrido y que se han alegrado con la curación de su hijo, hay que reconocer que la técnica de los “bebés medicina”, constituye una forma inquietante de eugenismo, violando el principio Kantiano que: “el hombre es un fin en sí mismo y no un medio para un fin”.

Para que naciera esta niña “bebé medicina” el laboratorio de Bruselas de la señora Hilde van de Velde produjo deliberadamente entre 20 y 30 embriones humanos con el objetivo de seleccionarlos. Uno de ellos, el compatible tuvo la suerte de sobrevivir. Pero los demás han sido eliminados y destruidos como vulgar mercancía.

Surge la duda que, en este caso, una instancia exterior, médica y técnica, decide quien merece vivir y quien merece morir. Este embrión ha merecido vivir porque es genéticamente compatible con el receptor de la médula ósea, mientras que los otros embriones, numerosos, son destruidos o crio-preservados por el único motivo de no contar con las características requeridas.

Este razonamiento parece a primera vista, de peso importante a favor de la selección embrionaria; solo que para ello también deberían

⁸ Prueba SAT: del Inglés *Scholastic Aptitude Test*, puede traducirse como prueba de aptitudes escolares, utilizada como prueba de coeficiente intelectual en muchas universidades.

ser aceptados previamente los presupuestos sobre validez ética de “derechos reproductivos”, “derecho a tener solamente a los hijos deseados”, “a que solamente los hijos planeados son amados”, “derechos de autonomía de los padres sobre los hijos no nacidos”, “la tecnología debe superar a la naturaleza” la aceptación de los métodos de inseminación artificial, reproducción asistida y otras condiciones, que tienen como base la manipulación reproductiva y la primacía del hombre sobre la naturaleza.

Hace ya varios años la UNESCO⁹ declaró la necesidad de la protección de las generaciones futuras y uno de los aspectos más importantes para el cumplimiento de este concepto de respeto, es precisamente, evitar cualquier tipo de discriminación.

Selección implica preferir algo (o a alguien) sobre otro, por tanto, se basa en diferencias de categoría, grados, características, calidad, atributos, entre lo que se elige. La selección posee jerarquías, gradualidad, y es por eso que tal postura choca directamente con el concepto de persona. Habría entonces que cerciorarse si tal decisión posee una base realista que respete el principio antropológico de la igualdad en las diferencias sexuales o se trata de una forma más de sexismo y por tanto de discriminación encubierta.

Jurgen Habermas,¹⁰ admite que en casos extremos se puede acceder a la selección de sexo negativa o terapéutica, pero se opone a que la misma se utilice ante cualquier tipo de elección, pues es muy fácil pasar de ésta a la eugenesia positiva, no solamente por el mejoramiento de los individuos, sino por su selección.

Otro problema con los “hijos de diseño” es la falta de libertad en que se quedan; incluso en la búsqueda de las mejoras genéticas (en beneficio del talento musical, por ejemplo, o de la excelencia atlética) orientarían a los hijos hacia determinadas opciones vitales, lo que su-

⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN LA CIENCIA Y LA CULTURA. UNESCO. “Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras”, adoptada el 12 de noviembre de 1997 por la Conferencia General de la UNESCO en su 29ª reunión. Disponible en: <http://www.unesco.org/cpp/sp/declaraciones/generaciones.htm>, [Fecha de consulta: 12 de noviembre 2014].

¹⁰ Cfr. HABERMAS, Jürgen, “La inclusión del otro: Estudios de teoría política”. Barcelona, España, *Paidós Ibérica*, 1999: p. 89.

pondría una limitación de su autonomía y una violación de su derecho a escoger por sí mismos su plan de vida.¹¹

La ética no puede decir lo que *es* un embrión, o cómo se encuentra constituido. Estas cuestiones se refieren a la realidad de lo que son las cosas, mientras que la ética se ocupa de lo que debemos hacer, o evitar hacer para proteger a los demás, en especial los más débiles. Pero, por la misma razón la ciencia no siempre nos puede decir qué debemos hacer, desde el punto de vista ético incluso en el propio ámbito de la ciencia.

Más aún, es claramente falso decir que si algo puede hacerse, entonces debe hacerse, o que sería bueno hacerlo.

4. INDIVIDUO HUMANO TEMPRANO EN LA FIV

La era de tecnología se inició con la fertilización asistida, que en el ámbito humano comenzó el 25 de julio de 1978 con el nacimiento de Louise Brown, la primera “bebé probeta”, tanto en Inglaterra como a nivel mundial. Pero más bien, comenzó nueve meses antes, cuando la misma Louise vino a la existencia en una caja de Petri bajo la guía de los doctores Patrick Steptoe y Robert Edwards.¹² Desde entonces, la fecundación *in vitro* (FIV) se ha convertido en un instrumento ampliamente utilizado.

Sobre este particular, ese embrión en la caja de Petri, ¿era Louise Brown? ¿O comenzó la existencia de Louise más tarde? Sobre esto es importante referir lo señalado por el mismo Robert Edwards cuando recuerda (en el nacimiento de Louise) el aprecio que le tenía cuando solo había una o dos células en la placa de Petri: “Era hermosa entonces, como lo es ahora»¹³ Edwards y Patrick Steptoe describen correctamente el embrión como un ser humano microscópico, que está en los primeros instantes de su desarrollo. Dicen que el ser humano en fase embrionaria “pasa por un periodo crítico de su vida, en el que hay mucha exploración: se organiza de manera magnífica, cambiando su propia

¹¹ SANDEL, Michael, “Contra la perfección, la ética en la era de la ingeniería genética”. Barcelona, España, *Marbot Ediciones*, 2007: p. 10.

¹² Cfr. EDWARDS, Robert P. y STEPTOE, Patrick C., “A Matter of Life”. New York. *William Morrow and Company Inc*, 1980: pp. 83, 97.

¹³ EDWARDS, Robert P. Citado por Peter Gwynn en *Babies Via Test Tube-Now What?* *Science Digest*, octubre de 1978: pp. 6-9.

bioquímica, aumentando de tamaño, preparándose rápidamente para la implantación en el útero".¹⁴

Retomando lo anterior, el embrión o el cigoto mismo es condición necesaria, o *sine qua non*, para la vida de un individuo humano de treinta años, y si se quiere ser radical, da igual ahora que sea o no persona. No hay que preocuparse ya de dirimir la muy difícil cuestión de si el cigoto, el feto o el recién nacido son personas o no lo son.

No nos ocupamos ahora más que del hecho evidente de que si se interrumpe la vida de un individuo de la especie humana en las primeras horas o días de haberse conformado, no cumplirá los treinta años.

La fuerza lógica de este segundo argumento es patente. Si dices que tu vida a los treinta años merece respeto, y niegas que yo tenga derecho a asesinarte ahora, el mismo respeto merece en los primeros momentos, aun cuando no esté implantado, en crio-conservación o en una caja de Petri o a los tres meses de la fertilización. Y si tu vida de entonces, desde el inicio, no merecía respeto, tampoco lo merece ahora. Tengo el mismo derecho a asesinarte ahora, con tus treinta años, que el que tu aceptas tenía un tercero en los primeros momentos de vida. Y dejando aparte la cuestión de si ahora eres o no persona, o lo eras o no en el seno materno.

Pongamos de relieve la incongruencia lógica de que hablamos. Imaginemos alguien que dice: *las rosas son bellas en mayo y merecen respeto*. Si le preguntamos ¿merece respeto el rosal en enero, cuando no hay rosas? Hasta el más obtuso utilitarista responderá: *sí lo merece, porque si no hay rosal en enero, tampoco habrá rosas en mayo*.

Estamos ante la conexión lógica $(-) A \rightarrow (-) B$. Si admitimos que B merece respeto, también lo merece A. Así se formaliza la frase del lenguaje de lógica *si no A, entonces tampoco B*. En el ejemplo anterior A está por el rosal y B por las rosas. El símbolo $(-)$ corresponde a la negación. Y la flecha \rightarrow está por la consecuencia lógica entre *no esto entonces no aquello*.

La ventaja de este segundo argumento es que nos dispensamos de perder el tiempo discutiendo sobre si el cigoto de tres minutos, o el feto de tres meses, es o no es persona. En cualquier momento de destrucción, manipulación u opresión de la vida de un individuo de la especie humana es un injusto que se debe evitar. La conexión lógica $(-) A \rightarrow (-) B$ no se deteriora con el paso del tiempo. Es la misma a los tres minutos que a los seis meses, o a los cinco años. Y da igual que se trate de una persona o

¹⁴ EDWARDS, Robert P. y STEPTOE, Patrick C., *op. cit.* pp. 83, 97.

no. Incluso aunque no lo fuese, la conexión lógica retendría plenamente su validez. Si se mata a un mamífero a los tres minutos de concebido, no llegará a los treinta años. Esto vale lo mismo para un ser humano que para un elefante. Si un elefante merece respeto ahora, merecía el mismo respeto cuando estaba en el laboratorio en una placa de Petri. El paso del tiempo no consigue anular la coherencia lógica. Sólo el obtuso y tan difundido voluntarismo lo consigue.

Se está olvidando que la vida humana tiene un valor fundamental, es un principio ordenador del actuar humano y una corresponsabilidad social de sostenimiento digno.

5. LA ÉTICA: FUNDAMENTO DE LA BIOÉTICA Y DEL DERECHO

Para reforzar lo anterior, es preciso señalar que la ética es el instrumento más importante en la interdisciplinariedad que actúa dentro de la bioética.

El desafío de la ética dentro de la bioética es establecer una estructura básica y fundamental para el actuar humano, atemporal y sin fundamentalismo, donde los colmillos del relativismo no distorsionen la realidad ontológica y se defienda la dentología, misma que deberá ser atemporal y funcional dentro de la praxis.

Podemos señalar que “la ética es la morada o lugar donde se habita, es el refugio de toda persona, la fortaleza inexpugnable del ser humano. Es suelo firme para caminar sobre la vida. La ética es una lámpara que ilumina al hombre en su vida”.¹⁵ Es la raíz donde se sujeta el individuo frente a los vientos de las pasiones. Se posee ética cuando se logra establecer, para uno mismo y para los que me rodean, un conjunto de virtudes que se tornan principios bajo los cuales se rige la conducta y nos protegen mutuamente.

Aristóteles establecía que “la virtud de un hombre es un bien digno de honra porque gracias a ella, viene el hombre a ser honesto o bueno”.¹⁶ No hay nada tan bello y tan legítimo como que el hombre actúe correctamente.¹⁷

¹⁵ FERREIRA, Emilio, “Ética y Valores en la nueva PDVSA”, Venezuela. 2005.

¹⁶ ARISTÓTELES. *Gran ética*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Aguilar. 1986: p. 36.

¹⁷ Cfr. COMPTE-SPONVILLE, André, “Pequeño tratado de las grandes virtudes”, Madrid, España, *Paidós*, 2005.

En la ética y el Derecho, prima la alteridad y se enfocan para los semejantes. La verdadera satisfacción, la alegría vital, tiene que ser algún tipo de relación con nuestros semejantes: una relación creativa, una relación amorosa, una relación solidaria y respetuosa. Todo eso da un sentido a la vida.

De lo establecido con antelación, es preciso delimitar los principios éticos fundamentales, mismos que establecen la base primaria del actuar humano y así de la bioética y biojurídica.

Así las cosas, hay que diferenciar entre el principio y causa: “Aunque principio y causa se empleen equivalentemente como se dice en el libro V de la metafísica (...) sin embargo, habrá que distinguir, que; lo que es primero, alcance o no el ser posteriormente, puede decirse principio, como el artesano se dice principio del cuchillo, por cuanto el ser del cuchillo procede de su operación (...) y universalmente todo aquello de donde comienza el movimiento se dice principio”.¹⁸ Por su parte, causa, se llama tan sólo a “aquello primero de lo que se sigue el ser de lo posterior: por eso se dice que causa es aquello de cuyo ser se sigue otro”.¹⁹ Por tanto, cabe precisar que, “toda causa es principio, pero no todo principio es causa”.²⁰ De tal suerte que el punto es principio de la línea pero no su causa, pues aun cuando la línea comienza y se constituye de puntos, no podríamos decir que del punto siempre se seguirá línea.

6. LA SINDÉRESIS COMO BASE DE LA ÉTICA

Sin embargo, el núcleo duro de la ética, se funda en la misma naturaleza del hombre y en sus inclinaciones primarias (ley natural). No es resultado de una creación humana o consensos, sino de una lectura de la cotidianidad, que toma del vestigio objetivo de la naturaleza, los elementos necesarios para establecer un principio. Debiendo partir primeramente del principio aristotélico de la sindéresis: “Haz el bien y evita el mal”.

No obstante, con respecto a la sindéresis, es pertinente señalar lo apuntado por Mauricio Beuchot: “Dándose cuenta de que es demasiado formal y de que hay que dotarlo con contenidos materiales, los cua-

¹⁸ AQUINO, Santo Tomás de, “De los principios de la naturaleza”. Madrid, *Editorial Sarpe*, 1983: p. 3.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ MELENDO, Tomás. “*Metafísica*”. España, Edit. EUNSA. 2001: p. 208.

les vienen dados, en gran parte, por las inclinaciones naturales del ser humano, principalmente las de la auto conservación de la especie y las del cuidado de la prole”.²¹

El hombre viene a la existencia social con el nacimiento y en sus primeros años no logra establecer clara conciencia de sí y de su entorno, de tal suerte que los ámbitos desde los cuales comprende el mundo son fundamentalmente sensibles y las primeras ponderaciones que realiza con respecto a lo que le rodea se dan desde las categorías de *dolor-placer*. Y este es, en un primer momento, el contenido objetivo de la sindéresis: procurarse el placer y evitar el dolor. Pero, pese a su simplicidad, esta inclinación primaria, también tiene una lectura filosófica, pues, alude a una inclinación del hombre en cuanto sustancia, el cual, asumido como tal, lucha por mantenerse en la existencia. En otras palabras, el hombre tiende naturalmente a la conservación de la existencia y con esta, a la preservación de la especie.

Como vemos, hemos derivado de la sindéresis, dos principios que vienen implicados en ella y que, no obstante, también tienen, por sí mismos, un carácter de principios: “Conservar la existencia” y “preservar la especie.”

Esta apertura al entorno en función de la preservación de la existencia nos lleva a un nuevo principio: “Trata a los demás como quieres que te traten”. Regla de oro que ya se hallaba atestiguada en: “Lo que no deseas para ti, no lo hagas a los demás hombres” Confucio (551-489 a.C.), también en el judaísmo: “No hagas a los otros lo que no quieras que te hagan a ti” (Rabí Hillel, 60 a.C.-10 d.C.) y finalmente también en el cristianismo: “Todo cuanto queráis que os hagan los hombres, hacedlo también vosotros” (Mt. 7,12; lc. 6,31).

En el imperativo categórico de Kant podría entenderse como una modernización, racionalización y secularización de esta regla de oro: “Actúa de tal manera que la máxima de tu voluntad pueda servir en todo momento como principio de una legislación general” o bien “Actúa de tal manera que tanto en tu persona como en la de los demás, utilices siempre a la humanidad como fin, y nunca como simple medio.”

“De todo lo anterior resulta claro que el hombre está orientado a observar el orden de la razón en todo aquello que puede ser para su utilidad.”

²¹ GARCÍA, Alonso, “Luz. Ética o filosofía moral”. México, *Trillas*. 2006: p. 110.

Y entre todos los seres útiles al hombre, los principales son los demás hombres".²²

Pero sólo cuando se ha logrado establecer una plena conciencia de identidad (es decir, conciencia del yo), los contenidos de la sindéresis pueden ser comprendidos en cuanto bien y mal. El hombre establece una conciencia de sí y de su necesidad, planteándose exigencias de razón las cuales asume como bien, en tanto le convienen a lo que ha logrado concientizar de sí. Ya no son respuestas instintivas, originadas de la estimativa, sino, más bien, se trata de exigencias racionales derivadas de la conciencia de ser (cogitativa).

7. DE LA BIOÉTICA DE PRINCIPIOS A LA PROTECCIÓN DEL MÁS DÉBIL

Ahora bien, y toda vez que no todos los principios son aplicables al caso, es importante incidir en los que por obviedad son conducentes a la continuidad establecida, en ese sentido los que actualmente dentro del mundo de la bioética son multicitados por la llamada bioética principialista, es propio referencias los siguientes:²³

No maleficencia: "*primun non nocere*" (ante todo no dañar) con carga a los profesionales de la salud. No se debe infligir daño o mal a nadie.

Beneficencia: obligación de ayudar a los otros a llevar a cabo intereses importantes y legítimos. Brindar beneficios o prevenir daños.

Justicia: Sobre este particular me gustaría utilizar la definición de Ulpiano, que es estructura de principio en el ámbito jurídico, más cuando se prescindió de la sociabilidad iusnaturalista como fundamento del derecho para adoptar una fundamentación contractua-

²² AQUINO, Santo Tomás de. "Suma contra los gentiles, Libro III, capítulo CXXVIII" [PDF]. Disponible en: http://www.traditioop.org/biblioteca/Aquino/Suma_Contra_Gentiles_Sto_Tomas_de_Aquino_OP.pdf. [Fecha de consulta: 30 de noviembre, 2015]

²³ BEAUCHAMP, Tom y CHILDRESS, James, "Principles of biomedical ethics", 4a edición, Nueva York, *Oxford University Press*, 1999: p. 68.

lista más adecuada al individualismo moderno, y donde la protección de la vida es el elemento clave (Hobbes) para crear el *pacta sunt servanda* (los pactos deben cumplirse), *Ius suum cuique tribuendi* (justicia es dar a cada uno lo que le corresponde), y que reformuló Cicerón “*dar a cada uno lo suyo de cada cual*”, que para el caso que nos ocupa es lo que hace bien a toda persona, que por naturaleza le es propio, bajo ese valor inherente llamado dignidad, que se debe de respetar en la medida de lo posible desde y en todo momento de su existencia.

Estos principios que se refuerzan más aún con los siguientes principios que acoge la biojurídica:

- *Honeste vivere* (vivir honestamente). Que la bioética puede considerar dentro del consentimiento previamente informado, autonomía y objeción de conciencia, y
- *Alterum non laedere* (no dañar a otro). Que la bioética toma como de beneficencia y no maleficencia.

8. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO COMO PROTECCIÓN DE LOS MÁS DÉBILES

Y estos principios cuentan con dos pilares indispensables:

- 1.- *Prevención*, que se debe de preservar cuando las consecuencias de la aplicación de un actuar médico o científico, trae consecuencias que se conocen y se demuestran, y
- 2.- *Precaución*, cuando las consecuencias últimas son desconocidas, pero se deben de evita o hacer “paso a paso y caso a caso”, con la debida prudencia para no traer consecuencias inevitables.

Este principio precautorio, reafirman el principio *in dubio pro vitae*, “en caso de duda se tiene que buscar lo que beneficie a la vida”, y para el caso, es la humana en su circunstancia más incipiente y vulnerable.

9. CONCLUSIONES

Por último, es propio mencionar que en el Derecho se requiere reciprocidad: yo respeto tu vida para que tú respetes la mía, y no aspira a determinar la verdad ontológica, pero sí a protegerla en la medida de los hechos que se tengan.

Así pues, para conocer con precisión el alcance de la investigación y la naturaleza de la realidad sobre la que se va a reflexionar, es ineludible contar con unos conocimientos de ciencia básica y biología, una fundamentación antropológica, una formación ética y de ahí, encausar cuales son los preceptos del ordenamiento jurídico vigente aplicables al supuesto de hecho.

En el plano jurídico, y en correlación al derecho internacional que los derechos humanos reforman el principio *pro-persona* (antes *pro-homine*), que para el caso, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca a las personas, representa una máxima protección para las personas, ya que se deberá aplicar la norma contenida en el orden jurídico nacional o en el tratado internacional que más proteja los derechos de las mismas. Con esto se refuerzan las garantías y los mecanismos de protección de los Derechos Humanos de forma congruente con lo señalado en el presente artículo. Y en ningún otro caso se aplica mejor el principio *pro-homine*, que en el caso del embrión y feto humano.

Como corolario, es propio señalar que todo operador deóntico (juristas, médico, enfermera, etc.) lo rige una *lex artis*, en donde debe de aplicar, en beneficio del ser humano “en particular” y la sociedad “*in genere*” de una manera justa, según las herramientas que le brinden en la actualidad tanto la ciencia como las normas que rigen su profesión o arte. Y para el caso, el médico se rige con diferentes normas deontológicas que van desde el juramento de Hipócrates, hasta la declaración universal sobre bioética y derechos humanos de la UNESCO.

Cabe mencionar lo que ya anunciaba Aristóteles, esto es, que: “*Todo arte y toda investigación e, igualmente, toda acción y libre elección, parecen tender a algún bien; por esto se ha manifestado con razón que el bien es aquello hacia lo que todas las cosas tienden*”,²⁴ y como se ha visto, la finalidad u orden hacia el bien, propio de los seres, es una condición de posibilidad para el juicio ético, pues, como sostiene Tomás; “*solo se*

²⁴ ARISTÓTELES, “Ética a Nicómaco”, I. 1094^a, 1-3.

encuentra defecto en aquello que se hace por un fin y no se imputa como defecto la deficiencia de alguno en aquello a lo que no está ordenado".²⁵ No obstante, hace falta una distinción fundamental, ya que no todo acto que tienda a un bien, es, sin más, principio de eticidad, concluyendo con la sabia frase de Sócrates: *Cada uno de nosotros será justo en la medida que haga lo que le corresponde.*

²⁵ AQUINO, Santo Tomás de. "Suma contra los gentiles, Libro III, capítulo CXXVIII" [PDF]. [Consultado el 30 de noviembre de 2015]: P. 240. Disponible en:http://www.traditioop.org/biblioteca/Aquino/Suma_Contra_Gentiles_Sto_Tomas_de_Aquino_OP.pdf.

CAPÍTULO VI

LA DIGNIDAD HUMANA Y DERECHOS HUMANOS

JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ BARROSO

1. INTRODUCCIÓN	179
2. UNA APROXIMACIÓN FILOSÓFICA EN CUANTO AL SER DE LA PERSONA	180
2.1 La persona es un <i>ser</i> de naturaleza racional, la razón no es su naturaleza	181
2.2. Se es persona aunque no se hayan desarrollado las potencialidades racionales o éstas se hayan interrumpido o perdido indefinidamente	185
2.3 La persona es capaz de trascender su naturaleza, se constituye en el ser que actualiza o realiza las posibilidades de la naturaleza	186
2.4 Las personas son iguales por su naturaleza común, pero a la vez cada una conserva su individualidad	188
3. DIVERSAS MANERAS DE ENTENDER Y FUNDAMENTAR LA DIGNIDAD HUMANA	191
4. USOS Y CONTENIDOS DEL CONCEPTO “DIGNIDAD HUMANA”	200
5. LA DIGNIDAD HUMANA COMO PIEDRA ANGULAR DE LOS DERECHOS HUMANOS	204
6. DIGNIDAD HUMANA, DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIÓN	208

1. INTRODUCCIÓN

En la sociedad actual llamada del conocimiento pareciera que los aprendizajes consisten básicamente en poseer un cúmulo de información sobre cierto tema, aunque no siempre se tenga la capacidad de procesarla y analizarla. Este lleno de información se relaciona con las nuevas formas de circulación a altas velocidades y con la posibilidad de obtener información mediante las redes que pareciera conectarnos en una gigantesca enciclopedia virtual. Basta ingresar la palabra “dignidad” en un buscador de internet para tener una infinidad de portales que abordan el tema, también es fácil encontrar esa palabra en los libros de ética más encumbrados, o en las Constituciones o Declaraciones Universales más refinadas. Sin embargo, las finalidades y contenidos con que se le utiliza varían mucho unas de otras ya que normalmente se le utiliza como una figura decorativa para embellecer determinados discursos políticos, sociales, académicos o religiosos.

Muy frecuentemente, como lo afirma Torralba, lo que ya damos por pensado resulta lo más difícil de pensar, de argumentar y de justificar. Damos por supuesto, también, que el ser humano es un ser dotado de una dignidad intrínseca, que es un ser auto reflexivo, racional, libre y social; pero estas ideas tan claras y meridianas sobre el ser humano son muy discutidas por algunos filósofos actuales. Difícilmente puede existir algo así como la filosofía sin esta actitud interrogativa, que pone en tela de juicio el sistema de reconcepciones y prejuicios de una determinada época. El bioeticista debe de cuestionar la antropología latente en su discurso y en el discurso ajeno y debe ser capaz de suficiente autocrítica como para poder ponderar la base racional de sus fundamentos filosóficos. La filosofía debe cuestionar los puestos básicos de la época. Pensar en hondura, crítica y cuidadosamente, lo que la mayoría de nosotros da por sentado constituyente, es la tarea principal de esta disciplina y lo que la convierte en una actividad valiosa.¹

En este sentido, el presente trabajo tiene como objeto estudiar el significado y alcances de la noción de dignidad humana, así como analizar su función axiológica y normativa en el marco jurídico de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano. Para ello, en primer lugar, se reflexionará sobre el concepto de persona tomando como mo-

¹ Cfr. TORRALBA Roselló, Francesc, “¿Qué es la dignidad humana?”, *Herder*, Barcelona, 2005: pp. 19 y 20.

delo epistemológico la filosofía aristotélica, ya que esta aporta los elementos necesarios para comprender no sólo ese concepto sino también el de dignidad humana en el escenario contemporáneo de los derechos humanos. En segundo lugar, se hará una breve exposición acerca de cómo ha sido entendida la dignidad humana en el devenir histórico de la filosofía. Esto nos permitirá contemplar aquellos principios a considerar en un ejercicio tanto de fundamentación filosófica como de aplicación jurídica de la dignidad humana. En tercer lugar, se presentarán los principales usos y contenidos que ha tenido la dignidad humana en las distintas áreas del conocimiento para fijar la atención en aquellas que consideramos relevantes en el marco bioético-jurídico. En cuarto lugar, se analiza de qué forma la dignidad se constituye como la piedra angular en la que se edifica todo el sistema ético-jurídico de los derechos humanos, evidenciando la función axiológica y normativa para la bioética y para el derecho, ambas en el marco de los derechos humanos. Por último, de manera más práctica y concreta, se estudia la forma en que conviven en el escenario constitucional los derechos humanos y cómo la dignidad se perfila como el supervalor o metanorma que en la bioética y en el derecho ha de guiar la toma de decisiones.

2. UNA APROXIMACIÓN FILOSÓFICA EN CUANTO AL SER DE LA PERSONA

Cuando se aborda el tema de la “dignidad humana” el Hombre se involucra en una reflexión de vital importancia, ya que se ve obligado a indagar sobre la esencia de su ser. Por tal motivo, la primera aproximación debe hacerse desde la filosofía. Sólo esta le permite al Hombre formular interrogantes y trazar respuestas en relación a las notas constitutivas de su ser y sobre el sentido de su existencia.

De este modo, un adecuado planteamiento filosófico de la dignidad humana implica estudiar, en primer término, lo relativo al *ser* de la persona.

Para ello, conviene iniciar nuestra labor con la definición clásica de persona dada por Boecio: “sustancia individual de naturaleza racional”, la cual podemos explicar mediante las siguientes premisas:

2.1 La persona es un *ser* de naturaleza racional, la razón no es su naturaleza

Una lectura apresurada de esta premisa puede llevar a pensar que se trata de una contradicción o de un absurdo juego de palabras; sin embargo, en ella se expresan dos ideas fundamentales para entender el concepto de persona desde la filosofía clásica: naturaleza racional y razón.

Para fijar el alcance real de la misma debemos acudir al pensamiento aristotélico.

En la *Ética Nicomáquea* Aristóteles sostiene que “el bien es aquello hacia lo que todas las cosas tienden”.² Tendencia significa aquí estar inclinado hacia, apuntar a, dirigirse a, o ir en pos de algo. De tal modo que el bien de las acciones está determinado por su finalidad, aquello por lo cual se realizan. El bien se define en función de la meta, del propósito o del fin al cual se encamina una persona o una cosa.³ Como ejemplo de esto pone a la medicina diciendo que su fin es la salud siendo esta; por tanto, también su bien.⁴

Se aprecia con claridad que de acuerdo con su pensamiento los conceptos de bien y fin son idénticos.⁵

Otra alusión en el mismo sentido, pero ahora en relación con el Hombre, es la siguiente: “parece que lo bueno y el bien está en la función, así también ocurre, sin duda, en el caso del hombre, si hay alguna función que le es propia”.⁶

Esta afirmación a su vez nos conduce plantear dos preguntas: en primer lugar, ¿cuál es la función propia del Hombre? y; en segundo lugar, ¿de la noción de función cómo deduce la de bien? A propósito de tales interrogantes, Aristóteles sostiene, por un lado, que “la función propia del hombre es una actividad del alma según la razón”⁷ por otro,

² ARISTÓTELES, “*Ética Nicomáquea*”, l. 1, 1094a 1-5, trad. Julio Pallí Bonet, *Gredos*, Madrid, 2008: p. 131.

³ Cfr. MACINTYRE, Alasdair, “Historia de la ética”, Barcelona, *Paidós, colección Surcos*, N.º. 30. 2006: p. 69.

⁴ Cfr. ARISTÓTELES, *Op. cit.*, l. 1, 1094a 1-5, pp. 131 y 141.

⁵ Cfr. PHONHEIMER, Martin, “La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica”, trad. José Carlos Mardomingo, *RIALP*, Madrid, 2000: p. 41.

⁶ ARISTÓTELES, *Op. cit.*, p. 143.

⁷ *Ibid.*, p. 144.

que “el bien del hombre es una actividad del alma de acuerdo con la virtud”.⁸

Es evidente que para él hablar de función o de bien es referirse a lo mismo. Las definiciones son prácticamente iguales. En ambos casos se advierten tres elementos comunes: actividad, alma y razón o virtud.

El primer elemento –que puede tomar el nombre de *praxis*– tiene un sentido activo, dinámico o práctico. Tal parece que Aristóteles nos quiere decir que gracias a la *praxis* conquistamos aquello que no poseemos en principio. Tal es el caso, precisamente, del bien. El segundo elemento debe entenderse como alma racional, pues se ubica dentro de la función y del bien que son propios –y, por tanto, exclusivos– del Hombre. Recordemos que él distingue tres tipos de vida, a los cuales les corresponde un tipo de alma: vida vegetativa, alma vegetativa; vida animal, alma animal y; vida racional, alma racional. Lo que distingue al Hombre de otros seres es precisamente su alma racional. El tercero, que para los efectos de este estudio podríamos denominar *logos* –si se le vincula con el intelecto o con “lo mejor”– o *areté* –si se liga con la acción o con “lo bueno”–,⁹ se refiere a la actualización de la capacidad (posibilidad) de razonar, de formular juicios particulares; o también a la actualización de la capacidad (posibilidad) de actuar de acuerdo con la virtud, de obrar bien.

Cabe hacer notar que cuando Aristóteles alude a la felicidad lo hace en términos muy parecidos a los ya expuestos. Para él, la felicidad es una “cierta actividad del alma de acuerdo con la virtud”.¹⁰ Esto es sumamente importante, porque su propuesta, en el fondo, consiste en asegurar que la función propia del hombre –el bien propio del hombre– no es nada más, pero tampoco nada menos, que la felicidad.

La manera de relacionar lo que hemos dicho hasta ahora con las ideas rectoras del concepto de persona –en el sentido apuntado– es a través de la división que hace Aristóteles entre el mundo de lo que existe por naturaleza y el mundo de lo que existe por convención: “Las cosas nobles y justas que son objeto de la política presentan tantas diferencias y desviaciones, que parecen existir sólo por convención y no por naturaleza”.¹¹

⁸ *Ibid.*, p. 144.

⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 132. y Apología de Sócrates, 20b.

¹⁰ *Ibid.*, l. 1, 1099b 25, p. 149.

¹¹ *Ibid.*, l. 1, 1094b 15, p. 133.

En el mundo de lo que existe *por naturaleza* se encuentra todo aquello que no está a nuestro alcance poder modificar: “ninguna cosa que existe por naturaleza se modifica por la costumbre”.¹² Este es el mundo propio de la *physis*. Él utiliza la siguiente alegoría para referirse a este mundo: “la piedra que se me mueve por naturaleza hacia abajo, no podría ser acostumbrada a moverse hacia arriba, aunque se intentara acostumbrarla lanzándola hacia arriba innumerables veces”.¹³ La fuerza de la gravedad es un claro ejemplo de lo que pertenece a este mundo.

En cambio, en el mundo de lo que existe *por convención* se halla todo aquello que está en nuestro alcance poder modificar: “ninguna de las virtudes éticas se produce en nosotros por naturaleza;”¹⁴ es decir, “no somos buenos o malos por naturaleza”¹⁵ sino nos hacemos buenos o malos con el actuar, “practicando la justicia nos hacemos justos; practicando la moderación, moderados; y practicando la virilidad, viriles”¹⁶ Este es el mundo propio de las acciones y, por tanto, del *ethos*. “En lo relativo a las acciones y a la conveniencia no hay nada establecido”.¹⁷ Las virtudes, por ejemplo, son específicas de este mundo.

Esta división es recurrente en la filosofía aristotélica por lo que se vuelve fundamental para su pleno entendimiento. Muestra de ello es que su teoría del término medio también toma como base la diferenciación entre lo que existe por naturaleza y lo que existe por convención.

Para una mayor comprensión de lo dicho anteriormente vale la pena citar lo siguiente:

“...Llamo término medio de una cosa que dista lo mismo de ambos extremos, y éste es uno y el mismo para todos; y en relación con nosotros, al que ni excede ni se queda corto, y éste no es un uno ni el mismo para todos”.¹⁸

¹² *Ibid.*, l. 2, 1103a 20, p. 160.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Ibid.*, l. 2, 1106a 5-10, p. 168.

¹⁶ *Ibid.*, l. 2, 1103a 30, p. 161.

¹⁷ *Ibid.*, l. 2, 1104a 1, p. 162.

¹⁸ *Ibid.*, l. 2, 1106a 25, p. 163.

“...Por ejemplo, diez es mucho y dos es poco, se toma el seis como término medio en cuanto a la cosa, pues excede y es excedido en una cantidad igual, y en esto consiste el medio según la proporción aritmética. Pero el medio relativo a nosotros, no ha de tomarse de la misma manera, pues si para uno es mucho comer diez minas de alimentos, y poco comer dos, el entrenador no prescribirá comer seis minas, pues probablemente esa cantidad será mucho o poco para el que ha de tomarla...”¹⁹

“...Así pues, todo conocedor evita el exceso y el defecto, y busca el término medio y lo prefiere; pero no el mismo término medio de la cosa, sino el relativo a nosotros”²⁰

Con facilidad advertimos la distinción que hace entre cosas y acciones. El término medio de las *cosas* se rige según la proporción aritmética, es decir, *matemática* y; por tanto, susceptible de demostraciones; pero el término medio de las *acciones* al decir que “no ha de tomarse de la misma manera” significa que aquél no es apodíctico, sino *prudencial* y; por ende, de probabilidades.

En definitiva:

“...todo lo que se diga de las acciones debe decirse en esquema y no con precisión, pues ya dijimos al principio que nuestra investigación ha de estar de acuerdo con la materia, y en lo relativo a las acciones y a la conveniencia no hay nada establecido, como tampoco en lo que atañe a la salud... los que actúan deben considerar siempre lo que es más oportuno...”²¹

Para no extendernos más allá de lo necesario baste concluir que aquello que existe por convención, es decir, todo concerniente a las acciones y virtudes –lo propio del *ethos*–, se rige por una racionalidad prudencial en que prima lo probable, lo más oportuno, lo más conveniente, lo mejor en cada elección particular.

Ahora bien, ¿cómo interpretar la premisa inicial con base en las ideas que sucintamente se han expuesto?

¹⁹ *Ibid.*, l. 2, 1106a 25, p. 163.

²⁰ *Ibid.*, l. 2, 1106b 5, p. 169.

²¹ *Ibid.*, l. 2, 1104a 1, p. 162.

Ya hemos visto que los conceptos de bien, función y felicidad comparten tres elementos en su definición: actividad (*praxis*), alma (alma racional) y razón o virtud (*logos* o *areté*); cada uno de los cuales tiene acomodo en los mundos señalados por Aristóteles. En lo que existe por naturaleza claramente se ubica el alma racional, ya que su esencia y existencia no dependen del Hombre. El alma racional escapa a la capacidad transformadora del Hombre. Y, en lo que existe por convención, se encuentra tanto la *praxis* como el *logos* o la *areté*. Precisamente con la *praxis* se desarrolla el aspecto intelectual y moral del Hombre. Si bien éste tiene una tendencia natural a la verdad y al bien, necesita actualizar esa tendencia con su acción, con su *praxis*. Por tal motivo, el *logos* y la *areté* son distintos en cada Hombre, pues cada uno actúa de modo distinto frente a la verdad y frente al bien. En consecuencia, cuando la premisa indica que “la persona es un ser de naturaleza racional”, con ello sugiere que la nota constitutiva de su ser, de su esencia, lo que la hace ser persona y no otra cosa; es su alma racional. La naturaleza racional de la persona está en su alma racional. Lo natural para el Hombre es poseer alma racional. En suma, lo que la hace ser persona y no otra cosa es su naturaleza.

De este modo, la segunda parte de la premisa: “la razón no es su naturaleza”, se entiende perfectamente. El *logos* o la *areté* no son notas constitutivas del ser de la persona. El uno y la otra son modos en que se actualiza la naturaleza racional, es decir, se perfecciona. Y como cada persona actúa distinto en uno y en otro caso, en ellos no se puede fincar el ser de la persona, pues habría tantas personas (tipos de) como modos de razonar o de actuar.

2.2. Se es persona aunque no se hayan desarrollado las potencialidades racionales o éstas se hayan interrumpido o perdido indefinidamente

Esta premisa de algún modo ya ha sido explicada con lo que se dijo anteriormente. Se es persona en virtud del alma racional que se posee la cual, además, no admite modificación o alteración por quien la posee, en consecuencia, no admite grados. No es correcto afirmar que una persona tiene más o menos alma racional que otra y, por tanto, es más o menos persona; simplemente se es o no se es persona porque se tiene o no se tiene alma racional.

No es materia de discusión que la actualización (*praxis*) del *logos* o de la *areté* sólo la puede llevar a cabo aquél que posee alma racional, es decir, la persona. Poseer alma racional es presupuesto indispensable para la *praxis*; pero ésta no es imprescindible para la constitución del ser de la persona.

Quien no ha desarrollado el *logos* o la *areté* (por ejemplo, en el caso de un recién nacido, claro, si ponemos como parámetro válido la racionalidad de un adulto), o ha interrumpido su capacidad de actualización (por ejemplo, en el estado de coma), o la ha perdido indefinidamente (por ejemplo, en el estado vegetativo persistente); no deja de ser persona. Estas circunstancias no modifican su naturaleza. No se convierten en seres de otro tipo.

Sin embargo, en nuestros días existen corrientes filosóficas que condicionan el ser de la persona a su racionalidad –a la *praxis* del *logos*–, de tal modo que niegan la condición de personas a los recién nacidos, a los enfermos mentales graves, a quienes se encuentran en estado de coma, etc.²² Evidentemente esta forma de pensamiento genera ciertas consecuencias que podríamos calificar de peligrosas cuando intenta abordar temas como el de la dignidad humana. Esto será tratado más adelante.

Por otro lado, hay quien sostiene que la racionalidad –la *praxis* del *logos*– no puede considerarse un elemento exclusivo de los seres humanos dado que se extiende a otros seres no humanos. Según esta postura, fundamentar la dignidad del ser humano a partir de la racionalidad es inadecuado, porque otros animales no humanos pueden presentar formas de ejercer esa racionalidad.²³ Esto también será objeto de análisis más adelante.

2.3 La persona es capaz de trascender su naturaleza, se constituye en el ser que actualiza o realiza las posibilidades de la naturaleza

Para determinar el alcance de esta premisa en los objetivos correspondientes a este apartado acudiremos a los planteamientos hechos por Robert Spaemann, así como al estudio hecho por Ana Marta González.²⁴

²² Cfr. TRISTAM Engelhardt, Hugo Jr., “The Foundations of Bioethics”, *Oxford*, EEUU, 1986: pp. 135 y ss.

²³ Cfr. SINGER, Peter, “Ética práctica”, 2a ed., Barcelona, *Ariel*, 1988: pp. 84 y ss. y SINGER, Peter, “Izquierda darwiniana: política, evolución y cooperación”, Barcelona, *Crítica*, 2000: pp. 29 y ss.

²⁴ Cfr. GONZÁLEZ, Ana Marta, “Naturaleza y dignidad”, Pamplona, España, *EUNSA*, 1996.

Spaemann, siguiendo la división aristotélica entre lo que existe por naturaleza y lo que existe por convención, se refiere a lo natural y a lo racional. Incluso una de sus obras adopta ese título: *Lo natural y lo racional*.²⁵ Para él, se trata de conceptos correlativos, ninguno deriva del otro. Sin naturaleza la razón permanece abstracta, puramente formal. La razón se refiere a la naturaleza de modo práctico.

En este sentido, naturaleza es aquello que tenemos obligación de trascender. Trascender la naturaleza es despertar a la realidad, es el proceso por el que lo real deviene real para mí.

El abandono de la naturaleza se cifra como una de las principales conquistas de la modernidad. La ciencia, la técnica, la razón humana han ganado un mayor espacio de acción. La naturaleza ha dejado de ser un límite para la libertad. La fuerza retórica que en otro tiempo tenía la naturaleza, dice González, ahora lo tiene la libertad. Antes, asegura Spaemann, la naturaleza tenía un papel de *prius* ontológico, pero la filosofía contemporánea pone en primer término al Hombre como el ente dotado de razón. El Hombre de hoy día es un sujeto de actividades propias irreductibles a las cosas naturales, es un ser libre activo, un espontáneo configurador de la naturaleza y, ante todo, de sí mismo.

Parafraseando a Aristóteles en la *Metafísica*, naturaleza es aquello primero e inmanente a partir de lo cual se cree en lo que se cree; en consecuencia, la naturaleza se da en lo que tiene sustancia. En cierto modo la naturaleza es la sustancia misma en tanto que ella atiende a un fin. El fin natural (por naturaleza) es aquello por lo que el ente actúa, la raíz de todo su dinamismo, es su propia perfección. Sin embargo, en el caso de los seres racionales, dice González, la naturaleza es un insuficiente principio de determinación en el orden operativo, pues su actuar –su *praxis*– no es *por* naturaleza (como la piedra que se me mueve por naturaleza hacia abajo); sino *según* naturaleza, es decir, en este espacio de indeterminación natural entra la libertad como principio de autodeterminación de la naturaleza racional.

Dicho de otra manera, el hombre tiene la capacidad de trascender su naturaleza, precisamente porque ésta es de tipo racional. Lo racional de su naturaleza incluye libertad, es decir, pertenece a su naturaleza alcanzar su *telos* libremente (ya que este no está determinado por naturaleza) pero, al mismo tiempo, la realidad de la libertad requiere que no se olvide de la naturaleza (actuar según su naturaleza).

²⁵ Cfr. SPAEMANN, Robert, "Lo natural y lo racional", Madrid, *RIALP*, 1989: pp. 49 y 50.

Para Aristóteles y para santo Tomás, el comportamiento según la naturaleza es el comportamiento de acuerdo con la recta razón, esto es el comportamiento virtuoso. Actuar según la naturaleza no es otra cosa que unir, de modo práctico, el alma racional del Hombre con el *logos* y con la *areté*.

Mientras la naturaleza ya está finalizada, el Hombre tiene fines. Este alcanza su fin si lo conoce y lo quiere, por ello el tipo de conocimiento que se requiere no es exclusivamente teórico, sino que necesita un conocimiento práctico que se perfecciona mediante la virtud. El Hombre por su naturaleza racional se encuentra abierto a lo universal, no se halla determinado por unos instintos particulares. La *praxis* humana aunque presuponga la naturaleza con sus tendencias, tiene por principio la razón y la voluntad.

A propósito de esta premisa concluimos que la naturaleza del Hombre tiene un doble sentido: por un lado, al ser de tipo racional, le permite ir más allá de la misma, es decir, no verse como un ser finalizado sino, más bien, como un ser de posibilidades; abierto o arrojado al universo y, por tanto, obligado a actuar. Por otro lado, esa racionalidad le exige al mismo tiempo no olvidarse de su naturaleza, es decir, que su actuar sea siempre según su naturaleza en los términos en que lo hemos apuntado. En consecuencia, trascender la naturaleza es atender la obligación de actuar realizando las posibilidades que le ofrece su naturaleza tomando como base la recta razón y la virtud.

Como lo sostiene Spaemann, no existe respeto a la persona sin respeto a su naturaleza. En cierto modo la persona es su naturaleza, ésta es su manifestación y no un mero instrumento suyo. La persona es vulnerada en su dignidad cuando es vulnerada su naturaleza. En definitiva, añade González, la dignidad humana depende estrechamente de la naturaleza, por tanto, la exigencia de respeto a las personas y que sean merecedoras de reconocimiento, requiere respetarlas y reconocerlas también en su naturaleza.

2.4 Las personas son iguales por su naturaleza común, pero a la vez cada una conserva su individualidad

Para un claro entendimiento de esta premisa nos apoyaremos en la explicación que de “bien común” hace santo Tomás de Aquino en la *Summa Theologica*, obra que une dos grandes tradiciones: la teología cris-

tiana y la filosofía aristotélica. Cabe advertir que lo hacemos tomando como punto de partida el estudio hecho por Diego Gracia al respecto.²⁶

La génesis de lo que santo Tomás llama bien común se localiza en Aristóteles:

“...aunque sea el mismo el bien del individuo y el de la ciudad, es evidente que es mucho más grande y más perfecto alcanzar y salvaguardar el de la ciudad; porque procurar el bien de una persona es algo deseable, pero es más hermoso y divino conseguirlo para un pueblo y para ciudades”.²⁷

De acuerdo con el estagirita, el bien de las *polis* es superior al bien individual. La razón de esto estriba en que el ser humano es un *zoon politikon*. Esto significa que por naturaleza es un ser sociable,²⁸ o dicho con otras palabras, que es un ser incapaz de valerse por sí mismo, no es autosuficiente, necesita de los demás para poder vivir. Sólo la *polis* es autosuficiente.

“Por naturaleza, pues, la ciudad es anterior a la casa y a cada uno de nosotros, porque el todo es necesariamente anterior a la parte... Así pues, es evidente que la ciudad es por naturaleza y es anterior al individuo; porque si cada uno por separado no se basta a sí mismo, se encontrará de manera semejante a las demás partes en relación con el todo. Y el que no puede vivir en comunidad, o no necesita nada por su propia suficiencia, no es miembro de la ciudad, sino una bestia o un dios”.²⁹

En este orden de ideas, cuando él afirma que “el fin de la política es el mejor bien”;³⁰ que “el verdadero político se esfuerza en ocuparse, sobre todo, de la virtud”.³¹ y; que “la política... prescribe, además, qué

²⁶ Cfr. GRACIA, Diego, “Fundamentos de bioética”, 2a ed., Madrid, *Triacastela*, 2007: pp. 209 y ss.

²⁷ ARISTÓTELES, *op. cit.* l. 1, 1094b 1-5, p. 133.

²⁸ ARISTÓTELES, “Política”, l. 1, trad. Manuela García Valdés, Madrid, *Gredos*, 2000: p. 8.

²⁹ *Ibid.*, l. 1, 9 y 10.

³⁰ ARISTÓTELES, “Ética Nicomáquea”, l. 1, 1099b 30, *op. cit.*, p. 150.

³¹ *Ibid.*, l. 1, 1102a 10, p. 156.

se debe hacer y qué se debe evitar”;³² manifiesta que la vida política –lo relativo a la realización del bien de la *polis*– es en esencia una tarea moral. De ahí, que la ética es parte de la política y, en consecuencia, que el bien de la *polis* es necesariamente anterior y superior al bien individual.

Tanto para Aristóteles como para santo Tomás –indica Gracia– la noción de “comunidad” tuvo, primariamente, un sentido físico no moral; dado que la primera comunidad es una comunidad de naturaleza, es decir, en la *physis*.

La comunidad de naturaleza se da en todo lo que tiene la misma naturaleza o, en términos tomistas, sustancia segunda. Por esta debemos entender aquél conjunto de propiedades o notas de una cosa que puede ser expresado por medio de una definición esencial construida de acuerdo con el patrón aristotélico de género próximo y la diferencia específica.³³

De este modo, todos los hombres tienen una misma naturaleza humana y, por ende, poseen comunidad de naturaleza. Y como el tipo de naturaleza que se posee viene determinado por el grado de participación en el ser, la comunidad de naturaleza supone o conlleva la comunidad en todos los trascendentales del ser, por ejemplo, en la bondad. De aquí se deriva la locución “bien común”.³⁴

En suma, como lo expresa Gracia, la diferencia que existe entre bien individual y bien común es la misma que se da entre naturaleza específica y sustancia individual.³⁵

Pero así como el hombre posee una misma naturaleza, esencia o sustancia segunda, también posee subsistencia, supuesto o sustancia primera, es decir, es supuesto racional en virtud de que se halla dotado de inteligencia, voluntad y libertad. Gracias a la razón la persona humana es, de algún modo, negación de la comunidad. De la misma manera que en el orden de la naturaleza se habla de una comunidad natural, esencial o específica: de bien común; en el orden de la personalidad humana, se habla de individualidad: de bien particular.

Esta es la base de la ética tomista: los actos humanos –que siempre son formalmente individuales, no comunes– para que sean considerados buenos, han de respetar un orden, el orden de la naturaleza. Así, la

³² *Ibid.*, l. 1, 1094b 1-5, p. 133.

³³ Cfr. GRACIA, Diego, “Fundamentos de bioética”. *Op. cit.*, 2007: p. 210.

³⁴ Cfr. *Idem.*

³⁵ Cfr. *Idem.*

naturaleza humana tiene dos momentos: el de la individualidad, el de la razón o bien particular y, el de la comunidad, el de la naturaleza o bien común. Por ello, el hombre no puede ser suficientemente bueno más que integrado en el seno de una comunidad civil o política. La vida humana no posee auténtica suficiencia más que en el marco de una comunidad.

Por lo anterior, cuando en la premisa que nos ocupa se afirma que “las personas son iguales por su naturaleza común” se quiere indicar, por una parte, que la común-uniión entre los hombres antes de ser moral es física, es decir, que esa común-uniión es *por naturaleza* y, por otra parte, que en la naturaleza racional radica la igualdad esencial del hombre. Y cuando se dice que “a la vez cada uno conserva su individualidad” se quiere señalar, primero, que lo individual en el hombre está en el ejercicio de su razón –de su *logos*, en su *praxis*–, lo cual es siempre *por convención* y, por consiguiente, es lo que distingue uno de otro y, después, que en lo que se refiere al hombre, no es dable la separación entre naturaleza y convención, entre *physis* y *ethos*, entre bien común y bien individual; de la misma manera en que, para Aristóteles, la función propia del hombre: la felicidad, no es exclusivamente por naturaleza ni únicamente por convención.

Con la explicación de estas cuatro premisas fácilmente podemos comprender la definición que proporciona Boecio de persona: sustancia individual de naturaleza racional. En lo que existe *por naturaleza* está el alma racional o sustancia segunda, es decir, *lo común*: la naturaleza racional. Y, en lo que existe *por convención* está el *logos* o sustancia primera, es decir, *lo individual*: el hombre como supuesto racional. En consecuencia, la persona se ubica tanto en lo que existe por naturaleza “naturaleza racional”, como en lo que existe por convención “sustancia individual”.

Ahora, en relación al tema central de este trabajo, las preguntas que caben formularse son: ¿dónde ubicar el concepto de dignidad humana? y ¿cuál será la base para fundamentar la dignidad humana? Pero, antes de intentar dar respuesta a tales cuestiones considero pertinente analizar algunas posturas filosóficas actuales sobre la persona.

3. DIVERSAS MANERAS DE ENTENDER Y FUNDAMENTAR LA DIGNIDAD HUMANA

El concepto de “dignidad humana” al igual que el concepto de “persona” es en sí mismo problemático; es decir, en principio, resulta en sumo

difícil asignarle un contenido ético, jurídico, religioso, social, etc. Constituye algo de lo cual el pensamiento filosófico nunca podrá agotar.

Así como la persona no es una manifestación del mundo de las ideas sino representa la totalidad humana, la dignidad no se agota por una aproximación racional sino que simboliza la estructura ontológica de la persona, es una nota constituyente de su esencia misma.

La palabra dignidad proviene del latín *dignitas*, forma abstracta del adjetivo *dignus* o *decnus*, de la raíz sánscrita *dec*, como el verbo *deceat* y sus derivados *decor*, *decus*, *decorosus*, *decorare*; significa decoro, cualidad superior o excelencia. Suele tener sentido referencial no sólo a lo inferior, sino también a lo correlativo o ajustado. Este término más que proporción de igualdad o correspondencia implica relación de superioridad o encumbramiento ya sea personal o social.³⁶

En nuestros días, la dignidad es un término polisémico. Corrientes de pensamiento, que incluso pueden ser contradictorias en sus postulados más elementales, fácilmente le encuentran acomodo a la dignidad humana. De este modo, por ejemplo, quienes abogan por una legislación permisiva en temas como el aborto o la eutanasia frecuentemente acuden a este concepto para darle fuerza a su postura y, paradójicamente, al mismo tiempo, quienes se oponen a esas prácticas también lo hacen apelando a la dignidad humana. No obstante, lo difícil –y, por ende, en lo que nos debemos enfocar en primera instancia– es sobre su fundamentación.

En esta tesitura, debemos preguntarnos: ¿La dignidad humana es producto del intelecto humano? O ¿el hombre trata de demostrar racionalmente la existencia de la dignidad humana?

En un intento de dar respuesta a estas interrogantes, así como para tener elementos para que en los siguientes apartados se haga una propuesta particular acerca de la dignidad y su relación con los derechos humanos, expondremos muy brevemente los principales argumentos de algunos autores que dentro del pensamiento filosófico occidental se han avocado a estudiar la dignidad humana, todos ellos acorde con lo planteado en el apartado anterior.

En la filosofía antigua la dignidad tenía un doble significado: en primer lugar, era distintivo de posición social, de tal suerte que unos individuos poseían más dignidad que otros y; en segundo lugar, era

³⁶ Cfr. RODRÍGUEZ, Victorino, “Persona digna en una sociedad justa”, *Actas de las Jornadas de la Sociedad Internacional Tomás de Aquino*, vol. I, Barcelona, España, Balmes, 1993: p. 90.

la distinción de cada ser humano con respecto a las criaturas no humanas.³⁷

En cuanto a la segunda acepción, para la filosofía griega la dignidad encuentra su fundamento en el alma racional. Según el punto de vista de Platón y, posteriormente, de su discípulo Aristóteles, el ser humano se eleva por encima de las otras entidades del mundo, por el hecho de tener alma racional. Este comparte con otras entidades vivas del cosmos el hecho de tener alma, pero su alma tiene un rasgo de excelencia que le sitúa en un plano jerárquicamente superior respecto de los otros seres y le hace más digno de consideración y de respeto.³⁸

Para Platón, el hombre está ordenado por su espíritu al mundo inteligible que es la verdadera realidad frente al mundo aparente y mutable de las cosas que se conocen por los sentidos. El alma del hombre es esencialmente inmortal, pertenece al mundo inmutable de las ideas y está por encima del mundo cambiante. Lo espiritual aparece como el único verdadero ser. La esencia y dignidad del hombre se centran en lo espiritual, en contrasentido está lo material y lo corpóreo. De tal forma, aparecen en Platón la dicotomía espíritu/materia, por tanto, el alma debe desligarse de su atadura material, el cuerpo humano; la perfección del hombre consiste en la desmaterialización y espiritualización en su vida.

En cambio, Aristóteles, al querer superar la dicotomía platónica, considera el alma como principio esencial y constitutivo que configura internamente a la materia convirtiéndola en un cuerpo humano vivo. La materia es el medio potencial que recibe la determinación por la forma esencial y le confiere, a la vez, individualización para constituir un ser individual y único determinado en espacio y tiempo. El espíritu, donde se configura la dignidad humana, comprende la facultad de conocimiento intelectual (alma racional), dejando en segundo lugar la facultad de libertad, de decisión y de responsabilidad.

Santo Tomás, por su parte, trata de complementar las aportaciones de Aristóteles en el sentido de que el alma espiritual es al mismo tiempo principio interno que conforma al cuerpo. Alma y cuerpo no son dos sustancias separadas, sino dos principios internos constitutivos que unidos de forma sustancial dan como resultado la sustancia total

³⁷ Cfr. SIMON, Jürgen, "La dignidad del hombre como principio regulador de la bioética", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, no. 13, 2000: pp. 25-39.

³⁸ Cfr. TORRALBA Roselló, Francesc. *op. cit.*, Barcelona, Herder, 2005: pp. 61 y ss.

del único y mismo hombre completo.³⁹ Pero, además, incluye las bases cristianas de la Revelación Divina al decir que el hombre es imagen y semejanza de Dios,⁴⁰ se refiere a que el hombre es un ser intelectual, con libre albedrío y potestad propia. Su obra muestra gran sensibilidad hacia la dignidad humana fundada en la condición de imagen de Dios expresada en el principio interior de la acción responsable y culminada mediante la consecución del fin último.

A diferencia de los ángeles que su única composición es la esencia, la naturaleza del hombre es corpóreo-espiritual. Por tener cuerpo es mutable y por el alma espiritual tiene una actividad moral la cual consiste en alcanzar, a través de sus actos de conocimiento y de amor a Dios, una semejanza progresiva con él, es decir, está llamado a alcanzar la plenitud de esa imagen.⁴¹ Por tanto, el hombre por su condición corpóreo-espiritual tiene una especial dignidad natural y por ello una posición natural de dominio respecto de las demás criaturas terrestres.⁴²

La dignidad del hombre, que proviene de su alma inteligente y libre, incluye de modo indisoluble a su cuerpo el cual debe participar también de la misma dignidad. Inteligencia y voluntad son cualidades de la naturaleza del hombre, de tal suerte que el obrar sigue al ser y el modo de obrar sigue al modo de ser. Es decir, el sujeto debe obrar de acuerdo a su naturaleza específica convirtiéndose de tal forma en un sujeto moral.

Santo Tomás afirma que Dios ha dado a los humanos la razón que es el instrumento que les permite discernir y seguir las leyes naturales y universales, es lo que les confiere un estatuto particular en el conjunto de las criaturas de Dios y una situación superior a la de los animales.

Algo que debemos destacar por la importancia que tiene para nuestro estudio es que según la tradición cristiana el amor de Dios se extiende a todos los seres humanos considerados en su individualidad a pesar de su comportamiento a menudo corrompido por el pecado. Es decir, el pecado, ya sea original o grave, aparta al hombre de la semejanza con Dios, pero no pierde la imagen, ya que lo que le es debido

³⁹ Cfr. AQUINO, Santo Tomás de, "Suma teológica". I, q. 75, introducción, BAC, Madrid, 1989.

⁴⁰ Cfr. REINHARDT, Elisabeth, "La dignidad del hombre en cuanto imagen y semejanza de Dios", Pamplona, EUNSA, 2005.

⁴¹ Cfr. AQUINO, Santo Tomás de, *Op. Cit.* I, q. 62, a. 5 ad 1.

⁴² Cfr. *Ibid.*, I, q. 75. Y I, q. 3, a. 1 obj. 2; ad 2.

por naturaleza no se pierde por el pecado.⁴³ En el alma humana existe una *habilitas ad gratiam*, que es *quoddam bonum naturale* y que, por tanto, no se puede perder ni siquiera por el pecado. Lo sobrenatural nunca sustituye lo natural sino que supone, sana, eleva y perfecciona una naturaleza que permanece como tal naturaleza. Por tal razón, el valor que Dios le confiere al hombre, su dignidad, es un don y no algo que sea fruto del mérito.

Para Pico della Mirandola –uno de los pensadores más representativos del humanismo renacentista–⁴⁴ el hombre supera todo lo que hay en el mundo. Mientras que otras criaturas sólo pueden desarrollarse a partir de itinerarios prescritos en su especie, el hombre es perfectamente capaz de transgredir los límites fijados a la suya. Es el escultor de sí mismo y el arquitecto de su mundo, puede rebajarse hasta la bestialidad, pero puede también elevarse hasta la vida angelical. La dignidad que distingue al hombre es su libertad. Libertad no sólo para obrar, para hacer esto o lo otro, sino más radicalmente para ser o para hacerse a sí mismo, sin excluir los condicionamientos éticos y religiosos a los que habrá de sujetar su actuar.

La libertad del ser humano es tal que lo asemeja a la divinidad, de ahí su inmensa capacidad de conocer e investigar lo mismo que de actuar transformando el mundo traspasando los límites de la naturaleza. Este no es ser grande ni pequeño, sino libre para hacerse pequeño o grande, como un inimaginable partir de sí, como desde cero para comenzar a ser algo a elección propia. Una libertad así no es un ser libre para hacer algo, sino libre para ser lo bueno y lo mejor.

En Pico hay algo más que una voluntad guiada por la ley, por la obligación o el deber; hay una voluntad constituida originalmente en una posibilidad de imponerse en la dirección elegida libremente. Unirse al bien no porque se debe, sino porque se puede.

La visión del hombre de Pico vuelve sobre su fondo cristiano y en él tiene toda su significación “libre”. El hombre para realizar su propia existencia no tiene más límite que el mismo Dios en su omnicomprendensiva perfección y en su unidad absolutamente simple.

Al hablar de la dignidad humana es incuestionable la necesidad de abordar el pensamiento del más connotado exponente de la ilustración

⁴³ Cfr. *ibid.*, I, q. 75.

⁴⁴ Cfr. PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni, “De hominis dignitate”, Roma, *Atanor*, 1986; y PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni, “Oration on the dignity of man”, Chicago, *Gateway*, 1971.

filosófica, se trata Immanuel Kant, ya que el concepto moderno de dignidad esta íntimamente ligado a su filosofía.

Kant reconoce que la dignidad refiere un *status* de honorabilidad que se ha de reconocer y respetar derivada de la naturaleza racional del hombre.⁴⁵ Independientemente de factores externos, el hombre debe llevar una vida digna y dominio de sí mismo. La dignidad es un ideal y no algo dado, pero es un ideal que trasciende las distinciones sociales convencionales.

La autonomía de la voluntad, como fundamento de la dignidad de la naturaleza humana o de cualquier otra naturaleza racional, se basa en la facultad de la voluntad de darse a sí misma las reglas independientemente de argumentos prescriptivos empíricos. El ser persona significa poseer autodeterminación y autolegislación.

Para Kant, deber es el poder: puedo hacer todo aquello que debo hacer, consecuentemente tengo libertad para hacerlo. El hecho de poseer ese poder y el derecho de hacer y establecer sus propias leyes y el de tener autonomía es lo que lo hace más importante al ser humano por estar encima de otro ser le constituye un fin en sí mismo y le proporciona dignidad por la capacidad de actuar de manera autónoma y responsable, es lo que le da un sustento de soberanía de sí mismo a la vez que le constituye como un ser único en el universo de lo real.

La dignidad exige que el ser humano sea consciente de que su comportamiento está condicionado por ciertas exigencias morales razonables para todos, es decir, conforme al imperativo categórico: “Obra de tal forma, que la ley que haz dictado para esa conducta, pudiera ser erigida como ley universal”.⁴⁶ Con esto pareciera que Kant sólo atribuye dignidad a persona que actúa de buena voluntad, pero en realidad lo hace con todos los agentes morales.

El hombre, como ser racional, existe como fin en sí mismo y no sólo como medio para cualesquiera usos de esta o aquella voluntad. Los seres racionales se llaman personas, porque su naturaleza los distingue como fines en sí mismo, o sea, como algo que no puede ser usado meramente como medio. Establece la dualidad dignidad/precio para ejemplificar lo que es fin en sí mismo y lo que es un valor relativo. El precio es un valor fluctuante que se atribuye a objetos materiales, mien-

⁴⁵ Cfr. KANT, Immanuel, “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, México, Porrúa, Colección Sepan cuántos... No. 212, 1972: pp. 33 (a), 48 (b) y 49 (a).

⁴⁶ Cfr. *Ibid.*, 1972: pp. 51 (b) y 52 (a).

tas que la dignidad es un valor incondicional, incomparable, inseparable e insustituible; es decir, existe y es la misma a pesar de su entorno o circunstancias.⁴⁷

La dignidad no admite paralelo, lo que está dotando de dignidad no puede ser intercambiado o sacrificado bajo el pretexto de que será reemplazado por un bien de una dignidad igual o superior, no se puede valorar su excelencia.

Un presupuesto fundamental para que pueda ser reconocida la dignidad es el respeto a la ley moral. El reconocimiento de la dignidad conlleva la obligación fundamental de respeto, es decir, respeto a los agentes morales dotados de dignidad conforme a los dictados de la ley moral. En otras palabras, en cualquier circunstancia la persona debe ser respetada moralmente.

Con la segunda formulación del imperativo categórico: “Obra de tal modo que siempre tomes a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, como fin y nunca únicamente como puro medio”, Kant establece la dicotomía medio/fin. La persona, por su dignidad, tiene una dimensión moral ya que no se constituye con referencia a otro ser, es por sí misma lo que es. Aquello que tiene precio es referenciable con lo externo, comparable con otro, no hay dimensión moral, es un valor relativo, es únicamente medio. Pero la dignidad deja fuera el entorno, su valoración es interna y no externa, su valor es absoluto, la dignidad de una persona no se puede comparar o medir con la de otra, pero interna y autónomamente la persona sí puede valorar las actitudes o acciones que le llevan a exaltar su dignidad (fin). La dignidad es el criterio de todas las valoraciones singulares.

Finalmente, debemos de hacer mención de lo que se ha dicho a propósito de la dignidad en la filosofía contemporánea. Para ello, acudimos a las reflexiones hechas por Juliana González en su libro: *Genoma humano y dignidad humana*.⁴⁸

En su obra pretende comprobar la autonomía de la ética, del mundo de los valores y de la cultura en el escenario de los adelantos científicos encabezados por el hallazgo del genoma humano (compatible con la dignidad humana), resaltando la necesaria convivencia de dos

⁴⁷ Cfr. *ibid.*, pp. 48 (a) y (b).

⁴⁸ Cfr. GONZÁLEZ Valenzuela, Juliana, “Genoma humano y dignidad humana”, Barcelona, *Anthropos*, 2005.

dimensiones: la primera, compuesta de la naturaleza y de la cultura y, la segunda, de la genética y de la ética.

Resalta la trascendencia filosófica del ADN afirmando que es el sustrato universal de la vida, tanto de hombres, animales o plantas, es aquello que los pone en un plano de igualdad; pero que, a la vez, también es la base de las diferencias, de la biodiversidad biológica y, en el caso del ser humano, de la individualidad o unicidad de las personas. La doble hélice conlleva el misterio de cómo la materia se hace vida sin dejar de ser materia y sin reducirse a pura materia, es un cambio ontológico y no natural. Su estructura dual no sólo se manifiesta en la genética cuando se complementa su estructura molecular, la adenina con la tiamina, y la guanina con la citosina; sino también en la ética a través de dos funciones: La primera, determinante, es decir, el destino del cuerpo, los rasgos y las disposiciones del alma; la segunda, de indeterminación, que hace posible el reino de la posibilidad y la libertad, es decir, la acción consciente, intencional y creadora, el reino de su intrínseca autonomía y dignidad.

El conocimiento genómico, afirma González, obliga a reconocer que las posibilidades de la libre acción están inscritas en el orden de las determinaciones y que la libertad actúa desde y sobre éstas, en tanto que poseen, en sí mismas, un margen de indeterminación y, por ende, de alternativas y posibilidades. Sin determinación no hay libertad y sin libertad no hay responsabilidad ni valoración moral.⁴⁹ El ser humano está determinado por su legado genético y por su ambiente (causado), pero también es un “hacedor” (causante), ya que es capaz de determinarse a sí mismo. Por esta razón posee dignidad.⁵⁰

Pero, además, ese conocimiento cuestiona implícitamente la idea dualista de la naturaleza humana. Es decir, se pone en crisis la idea según la cual la dimensión psíquica, mental, ética y espiritual del ser humano constituye una naturaleza sustancialmente diferente, separada o separable de la naturaleza biológica o corporal del ser humano.⁵¹

La capacidad del hombre de transformar al mundo y, más aún, a sí mismo dentro del reino de las determinaciones, es la experiencia más evidente del ejercicio de su libertad, es decir, va de las realidades a las posibilidades, de lo que es a lo que puede ser, ve las cosas como acto y

⁴⁹ Cfr. *ibid.*, pp. 87 y 88.

⁵⁰ Cfr. *ibid.*, p. 96.

⁵¹ Cfr. *ibid.* pp. 72 y 73.

como potencia. El hombre cuando actúa como determinante, en ejercicio de su libertad, adquiere un enorme poder de transformación.

Por ese motivo, González sostiene que no hay fenómeno más caótico que la libertad. El factor de indeterminación inherente al ser humano no es otra cosa que su libertad. La indeterminación es la clave de su ser.

El ser humano posee una singularidad propia no equiparable a la de los animales que le hace ser algo más que un espécimen de la especie humana. Por su individualidad, que es irreductible e interminable, el hombre reserva para sí su intimidad y su identidad, una dimensión en su interior que es espacio de su dignidad.

Para la autora en comento, la dignidad define al hombre tanto en su ser como en su valer. El ser humano vale por lo que es, y es por lo que vale. Es aquello que le hace estar en el centro del mundo, un centro móvil de ascenso o descenso ético y ontológico. La dignidad es la manera de comprender al hombre, es la forma en que ha de verse y asumirse a sí mismo el ser humano y a los demás, siempre como un fin en sí y nunca como un simple medio o instrumento. Insiste y refuerza la postura contemporánea de la dignidad humana al señalar que ella no es parte aislada de uno o varios principios éticos, sino es precisamente el que los vertebrata todos como una constelación que se iluminan y complementan entre sí.

Gracias a la ética, por más asombrosos o fascinantes que puedan parecer los adelantos tecnocientíficos, el hombre se encara con su dignidad, toma en sus manos la capacidad de hacerse a sí mismo, por su decisión y por su acción y fijarse un sitio dentro de toda la naturaleza.

A partir de las anteriores consideraciones podemos llegar a la conclusión que la persona y, por tanto, su dignidad han sido temas que siempre han estado presentes en la filosofía. Independientemente de la forma en que ésta haya sido entendida o justificada, la mayoría de los autores la concibe como algo inherente a la condición de persona, no se trata de algo que sea resultado de convencionalismos sociales ni mucho menos producto de una atribución de los poderes estatales. Lo que ha hecho la filosofía, porque no puede ser otra su labor, es intentar explicar racionalmente su existencia y alcances en el ser de la persona.

4. USOS Y CONTENIDOS DEL CONCEPTO “DIGNIDAD HUMANA”

Como se dijo al principio del apartado anterior, el concepto de “dignidad humana” es en sí mismo problemático y polisémico. Es un término al que se le han dado diversos sentidos u orientaciones en función de la tradición filosófica en que se arraigue, o bien del área de conocimiento que la estudie. Así, por ejemplo, Castillo Vegas⁵² refiere seis sentidos de dignidad y que son a los que nos referiremos a continuación.

En primer lugar, el *teológico natural*, se fundamenta en que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios en la inteligencia y en la voluntad; en segundo lugar, el *teológico sobrenatural*, es superior al anterior ya que la naturaleza humana es elevada por la Divinidad a través de la gracia y de la filiación divina; en tercer lugar, el *ontológico*, se refiere a la importancia y excelencia del ser del hombre que lo diferencia y lo pone en un nivel de superioridad respecto de otros seres haciendo imprescindible la concurrencia de otras condiciones o circunstancias, este sentido tiene dos implicaciones de vital importancia: la igualdad esencial de todos los seres humanos y constituir el fundamento de los derechos humanos; en cuarto lugar, el *moral*, el cual alude a la dicotomía bueno/malo de las acciones humanas en donde la libertad juega un papel preponderante para realizar una acción más o menos digna de acuerdo con las leyes morales, de tal suerte que si se realiza un comportamiento moralmente reprochable se pierde este sentido de dignidad aunque se conserven los otros; en quinto lugar, el *jurídico*, que implica el reconocimiento legal a modo de garantía jurídica del respeto a esa igualdad, superioridad y excelencia del ser humano, esta dignidad debe ser un reflejo de todas las anteriores y juega un papel muy importante por lo que se refiere a los derechos humanos y, en sexto lugar, el *físico*, al que se le conoce como “calidad de vida” y que se puede entender como el conjunto de condiciones físicas, sanitarias, educativas, sociales, económicas, culturales, bienestar, etc., en consonancia con las dignidades anteriores.

En razón del tema y objetivos propuestos para este trabajo, nos abocaremos al análisis solamente de la dignidad en los sentidos ontológico y moral.

⁵² Cfr. CASTILLO Vegas, Juan. “Más sobre ética y eutanasia”. En: BRINGAS López, Ma. Isabel e IBEAS Causante, Emilio José, “Una nueva disciplina: la bioética”, España, *Universidad Popular para la Educación y Cultura de Burgos*, 2004: pp. 138 y ss.

Por lo que hace a la *dignidad ontológica* debemos tener dos ideas muy claras: por un lado, la dignidad como nota constitutiva del ser humano sólo es posible contemplarla desde su ser, es decir, desde su esencia misma, razón por la cual toda reflexión filosófica acerca del fundamento de su dignidad debe partir de la ontología y, por otro, consecuencia de lo anterior, en la dignidad humana se refleja la igualdad esencial de todos los seres humanos y, por tanto, se constituye en el paradigma rector de los derechos humanos.

En cuanto a la primera idea, *el acto de ser*, del que deriva la condición misma del ente, es el acto de todos los actos y la perfección de todas las perfecciones. El *acto de ser* no sólo es la actualidad fuera de la cual nada existe sino también es el fundamento de todo valor, porque fuera del ser el mismo valor es nada. No hay valor sin ser. La perfección de la persona deriva de la peculiar alcurnia del ser que la constituye y queda expresado en la fórmula que afirma que la persona subsiste en sí y por sí.⁵³

El ser es el acto constitutivo más radical, aquello por lo que las cosas y las personas son, es el acto más primigenio y más íntimo del ente, que desde dentro, confiere al sujeto toda su perfección.⁵⁴ Antes del ser está la nada.

La dignidad ontológica es la categoría objetiva de un ser que reclama estima, custodia y realización. Se refiere directamente al ser de la persona e, independientemente de la forma que pueda adoptar, el ser humano es digno de respeto y honor.⁵⁵

La dignidad ontológica supone la posesión del libre albedrío pero no se halla supeditada a su buen o mal uso (como dignidad en sentido moral). La dignidad ontológica ejerce su fundamento de los deberes y derechos básicos del ser humano.⁵⁶

La segunda idea, por la importancia que tiene para este trabajo, será objeto del siguiente apartado.

Por lo que a la *dignidad moral* se refiere, Tomás Melendo sostiene que la sublimidad está íntimamente unida a la persona, es decir, el ser

⁵³ Cfr. MELENDO, Tomás, "Dignidad humana y bioética", Navarra, España, EUNSA, 1999: pp. 99 y ss.

⁵⁴ Cfr. *ibid.*, pp. 134-142.

⁵⁵ Cfr. TORRALBA Roselló, Francesc. ¿Qué es la dignidad humana?, *op. cit.* pp. 84 y ss.

⁵⁶ Cfr. BALLESTER, Manuel, "El ser personal como telos en el fundamento de la acción humana". Actas de las Jornadas de la Sociedad Internacional Tomás de Aquino, *op. cit.*, 1993: p. 193.

en el que radica su suprema nobleza se expresa a través de manifestaciones externas, de comportamientos, de actitudes o de gestos que sólo resultan significativos en cuanto ponen de relieve la preeminencia o superioridad recóndita del sujeto. Para santo Tomás, el ser es lo más íntimo que existe en la realidad y toda persona tiene derecho a expresar externamente su dignidad interior, de modo que el “dentro” se haga ostensible en el “fuera” y lo dote de circunstancia valorizante.

Como lo hace ver Torralba⁵⁷ la dignidad en sentido ético o moral relaciona el ser individual de la persona que se realiza y se expresa a sí mismo, que tiene conciencia de sí, racionalidad, capacidad de distinguir lo bueno y lo malo. Vivir dignamente es vivir conforme a la propia condición, consiste en ser lo que uno es, o más correctamente, ser lo que uno está llamado a ser desde su ser más íntimo.

La dignidad ontológica es la condición de posibilidad de la dignidad ética, pero la segunda requiere, además del ser, de un determinado modo de obrar. Cuando se obra conforme a la conciencia, a principios y valores morales, se actúa dignamente, es decir, se actúa conforme a lo que ya es de por sí, un ser digno ontológicamente; pero, en cambio, cuando actúa contra su propia conciencia, contra sus valores e ideales, actúa indignamente, se niega a sí mismo, oculta su dignidad ontológica, su excelencia como ser humano que es.

Según dicho autor, la dignidad ética se dice del obrar, mientras que la dignidad ontológica se dice del ser; mientras que la dignidad, en sentido ontológico, se define como una dignidad estática, porque no cambia a lo largo del tiempo (no depende de valoraciones morales, la naturaleza intrínseca del ser es inmutable); la dignidad en sentido ético se transforma y cambia a lo largo de la vida (admite valoraciones morales subjetivas y relativas).

La dignidad ética, dice Andorno, no se refiere al ser de la persona sino a su obrar, el hombre se hace él mismo mayormente digno cuando su conducta está de acuerdo con lo que él es y con lo que él debe ser de tal suerte que no es la poseía de igual forma para todos. Es una dignidad dinámica porque está constituida por el ejercicio de la libertad.⁵⁸

La pérdida o no de la dignidad por la acción propia o por la agresión de otros propicia diversas posturas al respecto; por ejemplo, como

⁵⁷ Cfr. TORRALBA Roselló, Francesc. ¿Qué es la dignidad humana?, *Op. Cit.* pp. 84 y ss.

⁵⁸ Cfr. ANDORNO, Roberto, “Bioética y dignidad de la persona”, Madrid, *Técno*, 1998: p. 57.

se ha dicho antes, santo Tomás considera que la dignidad que tiene el hombre en virtud de estar hecho a imagen y semejanza de Dios no se pierde por el hecho de una tener una conducta que le aparte de él (el pecado); para Melendo, la dignidad proviene del acto constitutivo de ser y el comportamiento del individuo no modifica su *esse* y, por tanto, su dignidad.

Sin embargo, Spaemann, sin hacer distinciones entre dignidad ontológica, ética, jurídica, etc., considera que la dignidad (no agrega “humana”) no puede ser rebatada desde fuera (en todo caso sólo puede ser lesionada o limitada en sus posibilidades de manifestación externa), pero uno mismo sí puede perder la dignidad y, de la misma forma, se puede alcanzar más dignidad por medio de ciertas acciones como por ejemplo el heroísmo (mártir). Pero sostiene que hay una dignidad mínima llamada dignidad humana la cual no se puede perder y que la única vulneración clara a la dignidad humana consistiría en inducir al hombre a que él mismo atente contra su dignidad personal obrando inmoralmemente de manera objetiva, contra su propia conciencia.⁵⁹

A modo de conclusión podemos sostener lo siguiente: Siguiendo la distinción hecha por Aristóteles entre lo que existe por naturaleza y lo que existe por convención en la que tienen cabida los tres elementos de lo que para él es la función propia del hombre, así como los componentes de la definición de persona dada por Boecio, la dignidad humana también cabe clasificarla en los mismos términos.

Si la *dignidad ontológica* se refiere a la importancia y excelencia del *ser* del hombre, entonces esta se ubica en lo que existe *por naturaleza*; pues su existencia, consideración y respeto no depende de un determinado modo de comportamiento, sino más que nada de su esencia: su naturaleza racional. En cambio, la *dignidad en sentido ético o moral*, al referirse al *obrar*, en tanto que se ocupa de las manifestaciones externas y comportamientos que ponen de relieve la preeminencia o superioridad de su titular, forma parte de lo que existe *por convención*, es decir, queda condicionada a la *praxis*.

De esta forma, la dignidad humana es en parte *physis* u ontológica y en parte *ethos* o moral. La dignidad humana no puede concebirse sólo en una de las aristas antes mencionadas. Así como la naturaleza racional del hombre le da la posibilidad de ir más allá de la misma (su naturaleza al ser racional lo lanza al mundo para transformarlo y para

⁵⁹ Cfr. SPAEMANN, Robert, *op. cit.*, pp. 96, 97, 107 y 110.

transformarse en el mundo), su dignidad ontológica lo obliga a reafirmarla a través de la dignidad moral con su actuar (su ser lo coloca en un ámbito de libertad para alcanzar la plenitud propia de su ser).

Ahora corresponde analizar la función que tiene la dignidad –sobre todo, en sentido ontológico– en relación con la fundamentación de los derechos humanos.

5. LA DIGNIDAD HUMANA COMO PIEDRA ANGULAR DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para desarrollar este apartado, es conveniente formular la siguiente premisa: La dignidad humana constituye el vínculo por excelencia entre la ética y el derecho como los dos grandes sistemas normativos en una sociedad, más allá de la vieja y tal vez estéril disputa entre iusnaturalismo y iuspositivismo. Esta idea de vinculación, más que clarificar el presente estudio, obliga a formular la siguiente pregunta: ¿Cómo se constituye este vínculo y qué tan conveniente puede resultar? Y en ello se ha de reflexionar.

Conforme a lo que ha quedado expuesto, la dignidad humana ha sido el partaguas de dos principales corrientes de reflexión moral, la primera, que afirma que la dignidad humana es un don, es decir, la tiene el hombre desde que se le considera persona y, la segunda, que sostiene que es producto del mérito, es decir, de los actos que realice la persona para justificarla o defenderla. El derecho, como sistema normativo, se ha adherido a la primera, como ejemplo están las convenciones y declaraciones universales en materia de derechos humanos las cuales adquieren gran relevancia a partir de los trágicos sucesos de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, el derecho no se puede conformar con el reconocimiento público de esa dignidad, sino también debe de prever todos los mecanismos necesarios para que la persona pueda, en ejercicio de sus derechos fundamentales, ajustarse a ella y defenderla cuando sea violentada. Es aquí donde la ética tiene mucho que aportar, pues corresponde a la esfera privada de cada persona, a su reflexión moral y no jurídica, determinar qué tipo de acciones ha de realizar esa persona hacia sí misma para fortalecer su propia dignidad, en el entendido de que las acciones que salgan de la esfera privada estarán regidas por el derecho como garante de la dignidad de los otros.

Para Gregorio Peces-Barba, la dignidad humana constituye el fundamento de la ética pública de la modernidad, se constituye, además, como un *prius* de los valores políticos y jurídicos, y de los principios y derechos que derivan de esos valores, tales como la libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad que sólo alcanzan su plenitud cuando su contenido moral se positiviza en normas jurídicas de máximo nivel.⁶⁰ Es fundamento del orden político y jurídico.

En la misma dirección, Eusebio Fernández sostiene que de la idea de dignidad humana derivan valores como la seguridad-autonomía, la libertad y la igualdad, los cuales han de ser fundamento de distintos derechos humanos.⁶¹

Sin duda comparto la postura de esos dos autores en el sentido de que la dignidad humana es la fuente filosófica y jurídica de valores y de normas, aunque la lista de valores que inspira la idea de dignidad humana está muy lejos de ser taxativa. Sin embargo, en un matiz epistemológico diferente al que aquí se postula, hay quien opina que los valores son la fuente o fundamento de la dignidad, en este caso se encuentra, por ejemplo, Italo Paolinelli quien expone que la dignidad humana se sustenta en dos valores esenciales: La igualdad y la libertad y que a la vez son inspiración de los derechos fundamentales.⁶²

Para Maihofer, la dignidad de la persona humana no debe situarse en el mismo nivel que la libertad, la igualdad o el pluralismo político, ni siquiera la justicia posee la ultimidad fundamentadora de la dignidad.⁶³

Al respecto de la definición de Peces-Barba en relación a los valores, principios y derechos, el tratadista español Pérez Luño considera que los valores constitucionales poseen una triple función: en primer lugar, fundamentadora en un plano estático sobre el conjunto de dis-

⁶⁰ Cfr. PECES-BARBA Martínez, Gregorio, “La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho”. Madrid, *Dykinson*, 2003: pp. 12 y 67. PECES-BARBA Martínez, Gregorio, “Ética, poder y derecho”, México, *Fontamara*, 2004: p. 62.

⁶¹ Cfr. FERNÁNDEZ García, Eusebio, “Teoría de la justicia y derechos humanos”. Madrid, *Debate*, 1987: p. 20; y FERNÁNDEZ García, Eusebio, “Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita”. Madrid, *Dykinson*, 2001: p. 25.

⁶² Cfr. PAOLINELLI Monti, Ítalo, “Discurso de bienvenida del señor decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”. XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público, tomo I, Valparaíso, Chile, *Edeval*, 1995: pp. 29 y 30

⁶³ Cfr. MAIHOFFER, W.. “Die Würde des Menscgen als Zweck des Staates”. ACFS. 12-2, 1972, pp. 56-58. Citado por SERNA, Pedro, “La dignidad de la persona como principio de derecho público”. XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público, tomo I, Valparaíso, Chile, *Edeval*, 1995: p. 366.

posiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto; en segundo lugar, orientadora, en un sentido dinámico que mueve al orden jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional y; en tercer lugar, crítica, ya que sirve como criterio o parámetro de valoración para justificar hechos o conductas. De tal forma es posible un control jurisdiccional de las normas que puedan violentar los valores constitucionales.⁶⁴

En este orden de ideas, se puede afirmar que la dignidad humana es *dual*, ya que no sólo es un punto de partida donde se edifican las normas que regulan la vida pública y privada de la persona, sino también es un punto de llegada a través de la reflexión interior de cada individuo acerca de su propia existencia y de su entorno, es decir, no sólo es fundante sino operante. En otras palabras, la dignidad humana es una nota constitutiva de la esencia de la persona, es la nota ontológica que lo hace persona y no otra cosa, y es de tal envergadura, que se convierte en eje rector y motor de acciones y decisiones tanto en el orden interno como externo. Pero, además, la dignidad humana también es *dinámica* (más no mutable) porque se mueve del ser al deber ser, es decir, parte del ser de la persona, transita a través de la existencia real y concreta de la persona, y se mueve a lo largo de toda su vida hacia lo que tiene que hacer en cada momento para hacerse digno. Por tanto, la dignidad es don y es mérito, se tiene porque se es, y se tiene por lo que se hace. De no ser así, sólo sería prudente abordar la dignidad ontológica, sin embargo, también podemos reflexionar sobre la dignidad desde la ética y desde el derecho.

La dignidad también es *referencial*, ya que no tiene contenido material predeterminado, de inicio solamente es una noción abstracta o formal, hasta que se actualiza en la realidad una situación de promoción, violación o afección se le puede atribuir un determinado contenido material, lo cual requiere un ejercicio racional realmente significativo para que la dignidad no se convierta en una noción vacía o retórica.

El hombre, como consecuencia de su dignidad, posee la libertad de hacer y de hacerse, en el terreno de la ética esta libertad no tiene más restricciones que el aspecto cognitivo de ciertos valores morales,

⁶⁴ Cfr. PÉREZ Luño, Antonio Enrique, "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución". 9a ed., Madrid, *Técno*, 1999: p. 288.

por ejemplo, en el valor belleza cada persona tiene la libertad (moral) de decir qué es bello y qué no lo es pero, además, libertad de realizar todo aquello que considere necesario para alcanzar o realizar ese valor, o bien, rechazarlo. En cambio en el terreno del derecho la libertad del hombre de hacer y de hacerse tiene unos límites más definidos, pues tal libertad convive con la de otras personas y en lo que todos entienden por ese valor. En este sentido, la ética promueve valores y acciones entorno a ellos; en cambio, el derecho sanciona acciones entorno a valores. La ética invita al hombre a tener una vida digna, para ella el hombre no sólo *es digno* sino *debe hacerse digno*. El derecho sólo protege y garantiza al hombre en lo que es, en su dignidad, no puede prescribir acciones que se dirijan a *hacer digno* al hombre, pues esto es tarea de la ética, de la esfera privada de cada persona.

Si bien el derecho es un sistema autopoietico, es decir, él mismo dice qué es derecho, no implica que sea algo inmutable o que carezca de algún tipo de motor, se mueve precisamente por las decisiones individuales colectivamente consideradas. De tal forma que la moral individual asume una forma de mecanismo dinámico para el derecho, no porque la fuerza del derecho esté supeditada a la voluntad individual o popular, sino porque las obligaciones morales a nivel social (no individual) marcan el rumbo hacia donde se dirigen las normas jurídicas. En este sentido, la dignidad humana es claro ejemplo de ello, pues como nota constituyente del ser de la persona nace en la individualidad del ser, se consolida en la vida social, se defiende y garantiza por el derecho.

El concepto de dignidad humana no se origina en la ciencia jurídica, sino proviene de la filosofía misma cuando se trata de explicar el valor supremo de la persona en virtud de que es el centro del mundo, además de que está inserta en el mundo. Como ya se dijo, es un deber fundante que explica los fines de la ética pública. También conviene señalar que este concepto supone el mutuo reconocimiento entre los hombres, es decir, la realidad en la que está inmersa la dignidad humana no es la ley que la reconozca y tutele, ni lo es por sí misma la existencia física de la persona sino va más allá, su realidad involucra su dimensión social, de su posibilidad de comunicación e interacción con las otras personas y su influencia sobre su mundo, es por ello que es un concepto que debe ser visto hacia dentro y hacia fuera.

6. DIGNIDAD HUMANA, DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIÓN

Dentro del escenario del Derecho Constitucional español, Pérez Luño refiere dos criterios para hacer la distinción terminológica entre “derechos fundamentales” y “derechos humanos”. Según el primero, los derechos fundamentales son los derechos positivos a nivel interno, y los derechos humanos son los derechos naturales positivizados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo. El segundo criterio, considera a los derechos fundamentales como los derechos garantizados constitucionalmente a los ciudadanos en tanto que pertenecen a un determinado Estado, y los derechos humanos son los consagrados en la Constitución con validez general sin reducirse a un determinado grupo de personas. En este sentido, los derechos humanos son más generales y tienen una connotación más prescriptiva o deontológica, mientras que los derechos fundamentales poseen un sentido más estricto y preciso ya que sólo describen los derechos reconocidos y garantizados por el derecho positivo.⁶⁵

Jürgen Moltmann, por su parte, considera que la expresión “derechos humanos” se puede distinguir en tres planos: en derecho vigente en las leyes, derechos fundamentales en la Constitución y derechos humanos en los pactos y declaraciones internacionales.⁶⁶

A pesar de estos criterios de clasificación y de otros que se podrían citar, durante el desarrollo de este trabajo se utilizarán de modo indistinto por dos razones: la mayoría de los autores que se abordarán no se detienen con especial ahínco en hacer tal distinción y, la más importante, consiste en que la tesis central que nos ocupa se dirige a mostrar que es la dignidad humana un supervalor o metanorma sobre la que se desarrollan unos y otros, es decir, la idea de dignidad que refiere la excelencia ontológica del hombre ha de ser la finalidad y justificación de tales derechos, ya como naturales, ya como positivos.

Los derechos humanos, asegura Martínez Bullé-Goyri, fueron concebidos después de un largo camino del hombre por encontrar el medio para plasmar en el derecho la dignidad de la persona y protegerla, se

⁶⁵ Cfr. PÉREZ Luño, Antonio Enrique, “Los derechos fundamentales”, 3a ed., Madrid, *Técno*, 1988: pp. 44-47.

⁶⁶ Cfr. MOLTSMANN, Jürgen, “La dignidad humana”, Salamanca, *Sígueme*, 1983: pp. 16 y 17.

constituyeron en la herramienta jurídica que sirve para exaltar la dignidad humana y emparar con ella todo el sistema jurídico. Los derechos humanos son la expresión jurídica de la dignidad humana vinculados a toda actividad humana, se constituyen como el paradigma ético para el ejercicio del poder político, en un principio de legitimación.⁶⁷

Roberto Andorno, por ejemplo, considera que es necesario que los principios de la bioética sean adoptados por la Constitución como máximo ordenamiento de un sistema jurídico. Apunta que no hay que olvidar que en los problemas en los que se enfoca la bioética entran en juego valores básicos de la existencia, tales como la vida, la identidad de las personas y la libertad de toda predeterminación por parte de terceros, y que los inéditos avances de la tecnología exigen una respuesta jurídica del más alto nivel, para así proteger la dignidad humana. Ese autor resalta la tarea del legislador frente a los dilemas bioéticos de la época debido a que a él le corresponde la función de elaborar normas que permitan regular los nuevos conflictos que se plantean en el orden de los avances científicos y tecnológicos. La ley está principalmente destinada a garantizar la dignidad de la persona, debe fijar las bases para el respeto de la persona ante la amenaza de las nuevas tecnologías.⁶⁸

La conciencia universal acerca de la dignidad de la persona se ha internacionalizado en el poder constituyente de infinidad de países ya que a la hora de dictar nuevas constituciones ven a la persona no sólo como mero participante de la vida política del Estado, sino también como un ser de especial consideración que necesita de la protección y tutela estatal que le garantice los mínimos éticos que le permitan desarrollar sus potencialidades intelectuales y satisfacer sus necesidades sociales, espirituales, económicas, etc.

El Derecho constitucional se presenta pues como un magnífico receptor de los derechos humanos que de forma más específica se ven involucrados por las ciencias biomédicas como instrumento para resol-

⁶⁷ Cfr. MARTÍNEZ Bullé-Goyri, Víctor M. (Coord.), "Diagnóstico genético y derechos humanos", México, UNAM, 1998; Vid. CASADO González, María, "¿Por qué bioética y derecho?", Santiago de Chile, *Acta Bioethica*, Año VIII, No. 2, 2002: p.192. FERNÁNDEZ García, Eusebio. 1987. "Teoría de la justicia y derechos humanos", *op. cit.*, p. 120. FERNÁNDEZ García, Eusebio. 2001. Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁸ Citado por VARSÍ Rospigliosi, Enrique, "La bioética en las constituciones del mundo", *Acta Bioethica*, *op. cit.*, p. 241.

ver los conflictos que de éstas emergen.⁶⁹ Sin embargo, se pueden hacer algunos comentarios.

En primer lugar, la vieja y trillada disputa entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo lejos de resolver el problema de la fundamentación y unir esfuerzos para enfrentar problemas comunes puede crear desconfianza entre el operador o el destinatario de la norma constitucional.

En segundo lugar, ambas posiciones teóricas no son de todo irreconciliables. Como se ha dicho antes, la dignidad humana no es un concepto jurídico (no proviene de la reflexión jurídica sino filosófica), ha entrado al sistema jurídico por medio de los derechos humanos a modo de premisa o principio que recuerda que toda disposición legal o actuación político-jurídica debe estar encaminada a la protección de la integridad física, espiritual, emocional, intelectual, etc. de la persona humana. La función del derecho en este caso es la de garantizar el respeto de la dignidad de la persona por la actuación del Estado o de otras personas, en tanto que la función de la bioética es la de promover el respeto a esta dignidad ya sea por parte del Estado, de las otras personas y de la misma persona. Al término “sanción” en el derecho, le corresponde el de “promoción” en la bioética. Con esto no se quiere decir que por el hecho de que aparezca en el texto constitucional la dignidad como principio ético y jurídico rector de todo el sistema jurídico se dejarán de tener problemas al momento de dotar de contenido o materialidad a ese valor, ni mucho menos se quiere afirmar que en ese proceso deba prescindirse de la bioética. Entre la generalidad y abstracción de los derechos humanos consagrados constitucionalmente y la concreción de la realidad se encuentra un mesurado pero elevado análisis bioético-jurídico. El positivismo jurídico de antaño hoy no debe convertirse en un constitucionalismo que pretenda juridificar algunos principios o valores morales para prescindir a posteriori de una reflexión ético-filosófica.

Como ejemplo de lo que se ha dicho, cito la Constitución Española (CE) de 1978 y la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (LFRFA) de 1949 que aluden inicialmente y en un lugar privilegiado a la dignidad humana.

El primer ordenamiento se refiere a la dignidad en el preámbulo de la siguiente forma:

⁶⁹ Cfr. ROMEO Casabona, Carlos María, “Genética y biotecnología en las fronteras del derecho”, *Ibid*, p. 291.

“La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: (...) Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida (...).”

Más explícito es el artículo 10 ubicado en el título primero denominado: “De los derechos y deberes fundamentales”, el cual establece:

“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social (...).”

Por su parte, la LFRFA redactada a modo de establecer sintéticamente ciertos principios rectores del sistema jurídico, en su artículo primero, inserto en el capítulo primero titulado: “Derechos Fundamentales”, establece: “(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público (...).”

Maihofer describe una triple posición o significados de la dignidad humana en el derecho alemán: en primer lugar, se trata de un derecho fundamental a partir del cual se pueden deducir e interpretar todos los restantes que componen el sistema constitucional de los derechos fundamentales. Por otra parte, constituye algo así como una norma fundamental dentro de la estructura normativa del orden jurídico, por relación a la cual cabe dirimir la validez de otras normas que lo componen. Finalmente, constituye una de las bases materiales sobre las que se asienta la construcción organizativa del Estado, más concretamente, de ellas se desprenden, como exigencias suyas, el modelo del Estado de Derecho liberal no autoritario; el Estado social y la democracia liberal, no popular. La persona, en virtud de su dignidad, se constituye en el fin del Estado.⁷⁰

Esas leyes fundamentales ponen la idea de dignidad humana en la cúspide jurídica y política del Estado, es decir, han *positivizado* el principio ético rector de los derechos humanos, y no lo han hecho a modo expreso de prohibición, facultad u obligación, sino como noción

⁷⁰ Cfr. MAIHOFFER, W., “Die Würde des Menscgen als Zweck des Staates”, ACFS. 12-2, 1972: pp. 38, 39 y 59-62. Citado por SERNA, Pedro, “La dignidad de la persona como principio de derecho público”, *op. cit.*, p. 373.º

abstracta, motivo por el cual su contenido no está dado por el derecho (que es mero garante), su contenido debe darlo la ética mediante una reflexión filosófica de más alto nivel.

En otra situación se encuentra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos pues no se refiere expresamente a la dignidad humana como principio o valor del orden jurídico-político como en los dos ordenamientos antes citados. El último párrafo del artículo primero del capítulo primero titulado: “De los derechos humanos y de sus garantías” dice:

“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Aunque también se hace alusión a la dignidad en otros artículos constitucionales, tales como: 2, apartado A, fracción II; 3, fracción II, inciso c) y; 25, considero que la mención de dignidad en la Constitución es meramente retórica, no es referencial ni mucho menos un valor común de la ética y del derecho. Su aparición parece ser fortuita sin que se pueda apreciar su alcance y estimación en el sistema jurídico.

La razón parece ser la siguiente: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 constituye la piedra angular de la dignidad humana como fundamento ético de los derechos humanos positivizados, los derechos consagrados en ella son derechos de igualdad. A partir de esa declaración la dignidad humana es consagrada como valor no sólo en las Constituciones, sino también en todo tipo de instrumentos internacionales, por ello todos los máximos ordenamientos que son posteriores a ella adoptan este modelo, tal es el caso de Alemania y España, entre otros.

La historia de la Constitución de México es diferente pues su redacción atiende a los ideales liberales que surgen a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que como tal, se ocupa más de otorgar o reconocer ciertas libertades a los hombres que establecer una fundamentación del sistema valorativo del Estado de Derecho, es decir, los derechos que ella contiene son derecho de libertad.

Muestra de esto es que en el texto original de la Constitución de 1917 no se menciona en ninguna ocasión la palabra dignidad. El último párrafo del artículo primero transcrito en las líneas que anteceden se introdujo por Decreto publicado el 14 de agosto de 2001 en el Diario Oficial de la Federación, directamente relacionado con las reformas en materia indígena.

Las reformas constitucionales principalmente se abocan más a la estructura político-administrativa del Estado y a la técnica jurídica de las normas que en establecer principios éticos mínimos y comunes a partir del cual se pueda, por un lado, establecer el fundamento tanto del sistema político como jurídico y, por otro, permita que la persona actúe libre y responsablemente no sólo en el aspecto político, sino también individual.

No obstante, hubo una reforma de especial relevancia para el tema de nuestro estudio, la que tuvo lugar en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011. El propósito de dicha reforma es actualizar el texto constitucional y hacer que éste responda a las necesidades y retos que impone la realidad social, cultural, económica y política del país.

Esa reforma supuso una magnífica oportunidad para que el constituyente permanente reconociera a la dignidad humana como supervalor o metanorma del sistema jurídico. Desde nuestro punto de vista se quedó corto en este propósito ya que si bien se han incluido principios interpretativos como el denominado *pro personae*, que sin duda contribuye a la hermenéutica del texto constitucional en pos del respeto, protección y promoción de la persona en virtud de su dignidad, la reforma no se refiere expresamente a la dignidad humana como principio o valor del orden jurídico-político como en los ordenamientos internacionales antes citados. Su mención en el artículo 1º es meramente retórica y fortuita sin que se pueda apreciar su alcance y estimación reales en el sistema jurídico. Esta omisión, por tanto, la podemos considerar como una sombra de la aludida reforma, pues en ninguna de las etapas del proceso de enmienda constitucional fue siquiera planteado el tema por los órganos implicados.

A modo de conclusión cabe afirmar que el papel de la dignidad humana en el ámbito constitucional y, por ende, rector de los derechos humanos establece directamente la obligación para el Estado de proteger y garantizar esa dignidad en dos sentidos: Primero, del ataque externo, es decir, de otro sujeto o del mismo Estado y; segundo, del ataque interno,

es decir, acciones u omisiones del sujeto contra sí mismo. Esta afirmación se encuentra en el debate ético y jurídico actual, sobre todo en lo que se refiere al segundo sentido. Antes el Estado en una postura paternalista establecía los parámetros entre la dicotomía bueno/malo; sin embargo, con el pluralismo ideológico, la democracia y las libertades políticas la intervención del Estado en este sentido parece replantearse. En otras palabras, el contenido ser digno y hacerse digno no es más una función política o jurídica, sino ética y que, por tanto, involucra al sujeto tanto en la toma de decisiones como en sus consecuencias. Dignidad es una noción prejurídica general (el derecho sólo la reconoce) a partir del cual se construye todo el sistema de los derechos humanos, el contenido o sentido de este concepto no está en una norma jurídica, ni siquiera en una norma moral o ética, su alcance es siempre particular, por ejemplo, cuando el legislador elabora o modifica una ley (concreta) o el juez que valora y resuelve un caso (concreto).

Así pues, la función jurídica de la dignidad humana consiste en fijar los límites del derecho positivo al ser la columna vertebral del sistema jurídico y, por tanto, de la función legislativa, de igual forma ha de ser el fin supra jurídico de las resoluciones judiciales. De esta manera, la función de la dignidad es doble ético-jurídica y jurídicoconstitucional.

ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA

SECCIÓN III
ANÁLISIS BIOLÓGICO

CAPÍTULO VII

EL TÉRMINO CONCEPCIÓN. DEFINICIÓN CIENTÍFICA Y ERRORES DE LA CORTE IDH AL INTENTAR REDEFINIRLA

MANUEL RAMOS-KURI

1. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN DEL TÉRMINO CONCEPCIÓN.	219
2. DEFINICIÓN DEL TÉRMINO <i>CONCEPCIÓN</i>	220
2.1 En la convención americana	220
2.2 Análisis histórico del término	220
2.3 Definición científica actual	221
2.4 Inicio de Gestación.	224
3. DEFINICIÓN DE CONCEPCIÓN POR PARTE DE LA CIDH	225
4. ERRORES EN LA DEFINICIÓN DE LA CORTE IDH	227
4.1 Carencia de fuentes científicas.	227
4.2 La Corte se contradice con respecto a la fecundación.	228
4.3 La corte se equivoca al afirmar que después de 1969 el término concepción cambió de sentido.	228
4.4 Grave ignorancia afirmar que en 1969 no se sabía que fertilización e implantación son dos fenómenos independientes.	229
4.5 Otro desacierto, afirmar que: "Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera de la mujer".	229
4.6 Afirmación de que un embrión no implantado tiene nulas posibilidades de desarrollo (punto 186).	230
4.7 El argumento de la producción de la HGC hasta la implantación y la detección del embarazo.	230
4.8 Mención equívoca a las "propiedades metafísicas del óvulo fecundado".	231
4.9 Otro equívoco afirmar que "...la concepción o gestación es un evento exclusivo de la mujer, no del embrión" (punto 181).	231
4.10 Trato injusto y mala ponderación de peritos.	232
4.11 Confusión entre fecundación e implantación.	232
4.12. Otros desaciertos en biología del desarrollo.	233
5. CONCLUSIONES	233

1. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN DEL TÉRMINO CONCEPCIÓN.

Uno de los puntos centrales de la discusión del caso Artavia Murillo, (casi parecería la *litis* de este fallo, hablando en términos jurídicos), fue la definición del término *concepción*. En 1969 la Convención Americana de Derechos Humanos había sido muy clara en proteger a la persona humana (mujeres y hombres), desde el primer momento de la vida; y este fue el argumento de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica en el año 2001 cuando prohibió la FIV: la Carta de Derechos Humanos de América protege al embrión desde la concepción, y dado que gran cantidad de embriones mueren en el proceso de fertilización *in vitro*, no podemos permitir que se haga esta técnica, al menos en tanto no se protejan esas vidas humanas. Este mismo argumento fue utilizado no sólo por la Carta Americana de Derechos Humanos, sino por multitud de gobiernos y cortes a nivel latinoamericano, y de manera casi unánime, según muestra la Maestra Aracely Ornelas en el tercer capítulo del presente libro.

Sin embargo, la Corte IDH esquivó este artículo 4.1 de la CADH, intentando redefinir la *concepción*, un término netamente biológico, e igulándolo con el término embarazo. El argumento principal de Corte es que la *concepción* sólo se puede considerar hasta el fin de la implantación, (aproximadamente dos semanas después de la fecundación) y que por tanto el embrión en su etapa pre-implantacional, no merecería ninguna tutela.

Dada la importancia de la definición del término, en el presente capítulo analizamos a fondo los argumentos utilizados por la Corte IDH en su intento por redefinir un término biológico; compararemos estos argumentos con la definición en embriología de este concepto, e iremos mostrando que para llegar a esa conclusión la Corte, se basó casi exclusivamente en el argumento de uno de los peritos, y no utilizó argumentos científicos, terminando por contradecir no sólo argumentos biológicos sino a la propia Convención Americana de Derechos Humanos.

Siendo tan central la definición del término *concepción*, y no habiendo ningún precedente de interpretación por parte de la Corte, era pertinente que ésta analizara el término. Mostraremos que, a pesar de la gran extensión del análisis biológico en el Caso Artavia Murillo,¹ su estudio fue muy pobre y contiene varios errores importantes que terminan

¹ Cfr. CORTE IDH, “Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 174 al 190.

por oponerse no sólo a la definición biológica del embrión, sino también contradice a la misma Convención Americana de Derechos Humanos.

2. DEFINICIÓN DEL TÉRMINO *CONCEPCIÓN*

2.1 En la convención americana

La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, propuso el punto 4.1 sin realizar un análisis detallado, y sin definir el término *concepción*, pues en los años sesentas dicho término era de uso común y todo hace pensar, según mostraremos, que se equiparaba con la fecundación.

Aunque la Convención Americana no definió el término *concepción*, sí fue un tema ampliamente debatido. Los delegados de Brasil y Costa Rica proponían eliminar este punto del documento final, sin embargo el Presidente de la Convención, Sr. Gonzalo García Bustillos, en su calidad de representante de Venezuela, defendió el tema afirmando que: “*en cuanto al derecho a la vida, desde el momento de la concepción del ser humano, no puede haber concesiones y que juzga inaceptable una Convención que no consagre dicho principio*”. Al final, el punto fue aceptado por mayoría sin modificaciones.²

2.2 Análisis histórico del término

El término *concepción* se utiliza desde tiempos inmemoriales en el lenguaje coloquial, y describe el momento en que inicia la vida de un ser humano, posteriormente el término pasó al lenguaje médico-científico. Por ejemplo: el famoso anatomista William Harvey³ y Riesgo Le-Grand⁴ previos al descubrimiento de la fertilización, se refieren al inicio de la gestación con este término.

² Cfr. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos. San José, Costa Rica. 7-22 de noviembre de 1969: p. 161.

³ Cfr. HARVEY, William, “De Conceptione. Exercitationes De Generatione Animalium”, Londres. Inglaterra, Editorial *Typus Du Gardianis*, 1651. Disponible en: <https://archive.org/details/exercitationesde00harv> [Fecha de consulta: octubre 4, 2016].

⁴ Cfr. RIESCO Le-Grand, Inocencio María, “Tratado de Embriología Sagrada”, Madrid, España, *Tipografía Greco-Latina*, 1848. Disponible en: <http://www.filosofia.org/aut/irg/1848es.htm> [Fecha de consulta noviembre 15, 2016]

El proceso de fertilización se describió a detalle en 1852; Nelson fue el primero que reportó haber visto espermias en un ovocito, en la especie de *Ascaris*⁵. En 1875 Richard Hertwig terminó de describir otros detalles de la fertilización, y aunque posterior a esto se siguió utilizando el término *concepción*, éste se desplazó por fertilización, que es técnicamente más específico, por lo que las referencias directas, en especial la definición de concepción en la literatura médico-científica del siglo XX son más bien escasas. Por ejemplo en libros de ética médica y embriología desde los años cincuentas y sesentas no aparece el término.

Pero en los artículos científicos posteriores al descubrimiento de la fertilización donde se compara concepción con fecundación, claramente los asocian. En 1876 el Dr. Ernst Haeckel, un evolucionista materialista, afirmaba:

*“Mientras que debemos considerar al espermatozoide como una célula tan real como un óvulo y el proceso de la concepción como la fusión de ambos, debemos considerar la nueva célula resultante, como un organismo independiente y nuevo. La mezcla de ambas células es el germen del niño o nuevo organismo que ha sido concebido”. “El reconocimiento de que cada ser humano inicia su existencia individual como una simple célula es una sólida base para investigar la génesis del ser humano”.*⁶

2.3 Definición científica actual

Las comparaciones recientes de ambos términos en revistas científicas no son muchas, pero son especialmente significativas, pues identifican a la fecundación como el substrato biológico de la concepción. En 1980, Roberto Cruz Coke, investigador chileno, así lo define:

⁵ Cfr. NELSON, H., “The Reproduction of the *Ascaris*”, en *Philosophical Transactions of the Royal Society*, Vol. 142, año 1852: pp. 573:594..Citado en: VENTURA-JUNCÁ Patricio & SANTOS Manuel. “The beginning of life of a new human being from the scientific biological perspective and its bioethical implications”. *Biological Research*. Vol. 44, 2011: 201-207.

⁶ Cfr. HAECKEL, Ernst, “The evolution of man, a popular scientific study”, Londres, *Watts & Company*, 1912. Citado en: VENTURA-JUNCÁ Patricio & SANTOS Manuel, “The beginning of life of a new human being from the scientific biological perspective and its bioethical implications”, *Biological Research*, Vol. 44, 2011: 201-207, *Project Gutenberg*. Disponible en: <http://www.gutenberg.org/files/8700/8700-h/old/title.html> [Fecha de consulta 8 de octubre 2016]

“Por tanto la idea de la concepción de un ser humano está directa e inequívocamente relacionada con el comienzo de su vida. La concepción es un acto, un momento, donde se efectúa un proceso biológico denominado fecundación. La fecundación se define como la fertilización de un óvulo mediante un espermio. Es decir la unión de un gameto masculino con otro femenino”.⁷

Este artículo escrito apenas 11 años después de la Convención Americana de Derechos Humanos, refleja bien el pensamiento de la época. Igualmente se opina en publicaciones recientes y previos al juicio *Artavia Murillo vs. Costa Rica*: *“Este proceso que se ha llamado fertilización, representa el inicio de la vida de un nuevo individuo humano”.⁸*

Por la ausencia de definición en libros recientes de embriología, algunos autores opinan que concepción no es una término científico. Pero por el contrario, es ampliamente utilizado en la ciencia, tan solo en la base de datos del *PubMed*⁹ en los títulos de artículos médico-científicos, aparecen más de tres mil referencias, y no digamos sus términos derivados, como *contracepción* son de uso amplísimo en medicina e investigación; y aunque no aparece en libros de embriología, sí aparece en diccionarios médicos y en diccionarios de diversas lenguas. Como puede verse en la tabla I, la mayoría de diccionarios lo identifica con *fecundación*, en algunos se identifica con todo el proceso que va desde la *fecundación* hasta la *implantación*, pero en ningún caso se equipara con la sola *implantación*.

También es esclarecedor uno de los significados etimológico del verbo *concebir*: *“Unir dos o más entidades para crear una tercera distinta a las anteriores”.¹⁰* La pregunta central a este respecto es: ¿en qué momento se forma un nuevo ente?, ¿al crearse el cigoto?, ¿o al implantarse en el seno materno? La respuesta es evidente y demuestra de manera

⁷ CRUZ Coke, Ricardo, “Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana”, en *Revista Chilena de Pediatría*, Vol. 51 (2) 1980: pp.121-124. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0370-41061980000200006&script=sci_arttext [Fecha de consulta: octubre 14 de 2016]

⁸ Cfr. VENTURA-JUNCÁ Patricio & SANTOS Manuel, “The beginning of life of a new human being from the scientific biological perspective and its bioethical implications”, *Biological Research* Vol. 44, 2011: pp. 201-207.

⁹ *Pub Med* es la principal base de datos de revistas médico científicas.

¹⁰ Diccionario de Etimologías de Chile. Disponible en <http://etimologias.dechile.net> [Fecha de consulta 10 de junio de 2015].

literal que la *concepción* se da al momento de la fecundación, pues en la implantación ya no se crea nada nuevo.

Tabla 1. Resumen comparativo entre diversas fuentes que definen el término concepción.

Concepción Fuente	COMPARACIÓN DE DEFINICIONES DE CONCEPCIÓN			
	Inicio de embarazo	Fecundación	Fecundación e implantación	Implantación
CORTE IDH				
R. Cruz Coke. 1980 ¹¹				
Real Academia (18 ^a) 1956				
Real Academia (22 ^a) 2010				
Merriam-Webster Dictionary. 2014				
Diccionaire Français ¹²				
Medical-Dictionary. 2014 ¹³				
Embriología Médica ¹⁴				
Embriología Médica ¹⁵				
Embriología ¹⁶				
Embriología ¹⁷				
Embriología (Arteaga, 2012)				
Ética médica ¹⁸				
Wikipedia Inglés. 2013				
Wikipedia Francés. 2013				

La OMS no tiene definición de *concepción*, por lo que no puede incluirse en esta tabla.

Se incluyen tanto textos académicos como definiciones de diccionarios. *En el caso de los tratados de embriología se muestra la definición de inicio de embarazo y de vida humana.*

¹¹ CRUZ Coke, Ricardo, “Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana”, *op. cit.*, pp. 121-124.

¹² Lexilogos. Dictionaire Françes en ligne <http://www.cnrtl.fr/definition/concevoir>. [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2016].

¹³ <http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/>

¹⁴ LANGMAN, Jan, “Embriología Médica”. 5^a.ed. México, *Panamericana*. 1999: p. 3.

¹⁵ LANGMAN, Jan. “Embriología Médica”. 2^a. Ed. México, *Interamericana*. 1969.

¹⁶ CARLSON, Bruce M., “Embriología humana y biología del desarrollo”. España, *Elsevier*, 1999: p. 2.

¹⁷ MOORE, Keith L. & PERSAUD, T.V.N., “Embriología clínica”. *Interamericana-McGraw-Hill*, México, 2004.

¹⁸ HEALY, Edwyn F., “Ética Médica”, México, *Buena Prensa*, 1959: p. 213.

2.4 Inicio de Gestación.

Si buscamos inicio de embarazo o inicio de vida humana en libros de embriología, todos coinciden en que el inicio del embarazo es la fecundación, citamos de modo literal:

- “*El desarrollo de un individuo comienza con la fecundación, fenómeno por el cual el espermatozoide del varón y el ovocito de la mujer se unen para dar origen a un nuevo organismo, el cigoto*” (Langman, 1999).¹⁹
- “*El embarazo humano comienza con la fusión de un huevo y un espermatozoide*”.²⁰
- “*El desarrollo humano es un proceso continuo que se inicia cuando el ovocito de una mujer es fecundado por un espermatozoo del varón*”.²¹
- “*La fertilización es el momento que marca el inicio de una nueva vida*”.²² Casi sobra decir que al definir el inicio de gestación los libros de embriología tampoco hacen referencia a la implantación.

La única definición médica que identifica embarazo con implantación es la de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Pero no hace referencia a concepción, sino sólo a embarazo; y todo sugiere que

¹⁹ Mencionamos aquí, a pie de página, otras dos definiciones de fecha reciente al Pacto de San José: La segunda edición de *Embriología médica* de Langman, de 1969, año de la Convención Americana: “El desarrollo de un individuo comienza con la fecundación, fenómeno por virtud del cual, dos células muy especializadas, el espermatozoide del varón y el ovocito de la mujer se unen y dan origen a un nuevo organismo, el cigoto”. Y la definición de Healy, Edwyn F. 1959. *Ética Médica. op. cit.* p. 238 “tan pronto como las células masculinas y femeninas se unen vitalmente en otras palabras, tan pronto como se produce la concepción, tenemos presente un ser humano”.

²⁰ CARLSON, Bruce M., “Embriología humana y biología del desarrollo”, *Elsevier*, España, 1999: p. 2.

²¹ MOORE, Keith L., y PERSAUD, T.V.N., “Embriología clínica”. *Interamericana-McGraw-Hill*, México, 2004.

²² DE LA GARZA González, Carlos E., “Fertilización. El inicio de una nueva vida”, en ARTEAGA-MARTÍNEZ, Manuel & GARCÍA-PELÁEZ, Isabel. (coords.) “Embriología Humana y Biología del Desarrollo”, México, *Editorial Médica Panamericana*, 2012.

la razón por la que la OMS definió embarazo hasta la implantación es política: en especial su interés por promover los anticonceptivos llamados de emergencia.²³ Curiosamente, el Fallo de la Corte IDH no cita la definición de la OMS.

Finalmente diremos que si en 1969 la Convención Americana hubiera querido defender el inicio de la vida humana desde la implantación, habría utilizado este término el cual era claramente conocido desde la segunda mitad del siglo XIX (y no como erróneamente se afirmó en el Fallo, que se descubrió hasta el descubrimiento de la FIV en 1978). En cambio, la Convención sí utilizó el término concepción, que tanto en su uso corriente como en el científico, se refiere al momento del inicio de la vida de un ser humano y que corresponde a la fecundación, según demostramos a continuación.

3. DEFINICIÓN DE CONCEPCIÓN POR PARTE DE LA CIDH

Como comentamos previamente, definir la concepción sí era una tarea necesaria y no del todo sencilla para la Corte IDH. Primeramente era un problema de hermenéutica jurídica: investigar cuál fue el sentido original de los autores de la Carta Americana de los Derechos Humanos cuando utilizaron el término.

El análisis del término aparece en el apartado C1 del Fallo: “*Interpretación conforme al sentido corriente de los términos*” y abarca del punto 174 al 190 del Fallo, y va seguido por el apartado C2: “*Interpretación sistemática e histórica*”, que es donde se encuentran los mayores errores desde el punto de vista de biología del desarrollo, que se analiza en el presente capítulo.

A fin de comprender la definición de concepción que emitió la Corte, resumimos a continuación los argumentos contenidos en este apartado C1:

- Párr. 176. La Corte afirma que los términos *concepción* y *ser humano*, deben valorarse “...a partir de la literatura científica.”

²³ HERRANZ, Gonzalo, “Ética médica y píldora del día después”, *Diario Médico*, [en línea] 4 de abril de 2001. Disponible en: <http://www.interrogantes.net/Gonzalo-Herranz-Etica-medica-y-pildora-del-dia-despues-Diario-Medico-40IV001/menu-id-26.html> [Fecha de consulta: 14 de marzo de 2015].

- Párr. 179. Se aclara que *“la definición de concepción que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado”*, la Corte se basa en tres argumentos: a) A la llegada de la FIV se descubrió que la fertilización y la implantación son dos procesos independientes, b) *“la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide y la implantación”*, y c) que *“Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer”*.
- Párr. 180. La Corte menciona la opinión del perito Zegers donde equipara *concepción* con *gestación* e *implantación*: *“La palabra concepción hace referencia explícita a la preñez o gestación [que] comienza con la implantación del embrión”*.
- Párr. 181. Afirma, también en base a opinión de Zegers, que la *gestación* es un evento exclusivo de la mujer *“... la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión.”* Y esto según el perito, lo demostraría el hecho de que *“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 correspondería a la hormona Gonadotropina Coriónica, y lo más precoz que puede ser detectada es hasta 7 días después de la fecundación, con el embrión implantado en el endometrio”*.
- También dentro del punto 181 la Corte analiza la definición del Diccionario de la Real Academia Española que la refiere como: *“acción y efecto de concebir”*, y luego *“concebir”* lo define como *“quedar preñada la hembra”*. Mientras que *“fecundar”* lo define la Real Academia como *“unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser”*. Cabe señalar que la definición de la Real Academia Española es la única definición formal del término que cita la Corte.
- Párrafos 182 y 183. Se menciona la opinión de los dos peritos que defendieron la postura a favor de que la *concepción* se da en la *fecundación*. Estos son el perito Monroy Cabrera y la perita Condit.²⁴

²⁴ Llama la atención que de ambos peritos que defendieron a Costa Rica, La Corte Interamericana no menciona en el fallo sus nombres completos ni su título o profesión.

- **Conclusión.** Sorprendentemente la Corte descartó la opinión de estos peritos en los Párrafos 185 a 189, sin rebatirlos de manera directa y en base a los siguientes pocos argumentos:

— Párr. 185. La Corte afirma que *“Algunos de estos planteamientos que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena, pueden ser asociados a concepciones que le confieren atributos metafísicos a los embriones”*. Para esta afirmación la Corte no cita ninguna referencia científica ni perito o *amicus curiae* que hiciera tal afirmación, y

— Párr. 186. Se hace notar que el embrión no implantado tiene nulas posibilidades de desarrollo.

— La Corte IDH concluye que: *“...la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación.”* Pero sólo implantado éste produce la Hormona Gonadotropina Coriónica (HGC), con lo que se puede detectar el embarazo.

- Párr. 189. La Corte IDH concluyó: *“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 4.1 de la convención Americana para el caso de Costa Rica”*.

4. ERRORES EN LA DEFINICIÓN DE LA CORTE IDH

A continuación analizaremos los errores e incongruencias, en este caso de tipo biológico, de esta argumentación de la Corte:

4.1 Carencia de fuentes científicas.

Las fuentes citadas por la Corte para definir la concepción son muy pobres, tan solo citan al Diccionario de la Real Academia Española (RAE) y la opinión del perito Zegers. Aunque al principio del Fallo se menciona una lista grande de libros científicos y de *Amicus curiae*, posteriormente ninguno de ellos es citado formalmente. Tampoco citan definiciones de organismos internacionales como la OMS o la OPS,

ni de otros diccionarios. La definición de la RAE no es propiamente útil para el juicio, porque no es una definición científica, ni analiza su relación con la fertilización o implantación. De hecho, no define concepción sino que sólo la equipara con embarazo. No mencionan definiciones de inicio de vida humana en libros de embriología, que como comentamos previamente estos sí dan una definición clara del inicio de gestación que corresponde en todos los casos a la fecundación. La definición también coincide en múltiples diccionarios médicos y académicos (Tabla I) tampoco citados por la Corte IDH.

4.2 La Corte se contradice con respecto a la fecundación.

En el punto 186 reconoce primero que la fecundación es parte esencial del desarrollo embrionario: *“La Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación”*, para contradecirse al paso siguiente, al concluir negando que la fecundación sea el inicio del embarazo. ¿Cómo puede un evento que es esencial y el primero paso en el embarazo, no ser el inicio del mismo?.

4.3 La corte se equivoca al afirmar que después de 1969 el término concepción cambió de sentido.

Debemos comentar primeramente que al afirmar esto, la Corte reconoce que en la mente del legislador en 1969 la *concepción* correspondía a la fertilización, aspecto que debió analizar la Corte, pero no realizó formalmente en el documento. Este debió ser el primer objetivo de la Corte: descubrir la intención del legislador en 1969, aunque el presente Fallo ni siquiera lo mencionó. Esta es una primera muestra de que la decisión de la Corte va en contra de la propia Convención Americana de Derechos Humanos.

Por otro lado, debemos resaltar que el sentido del término sigue siendo el mismo, como hemos demostrado en la sección de la definición científica del término. Pero para afirmar que el término *concepción* cambió, la Corte se basó en dos argumentos: *“...la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide y la implantación”* (punto 179), y en que antes de la FIV no se contemplaba la posibilidad de realizar fertilizaciones en la mujer. En los siguientes dos puntos analizamos estas dos opiniones de la Corte IDH.

4.4 Grave ignorancia afirmar que en 1969 no se sabía que fertilización e implantación son dos fenómenos independientes.

La afirmación de la Corte IDH donde considera que en 1969 se desconocía el proceso de fecundación y que se descubrió gracias a la FIV, cuando –como es bien conocido– el proceso de fertilización se descubrió desde más de un siglo antes.²⁵ Es difícil juzgar la intención, pero un error grave y básico, nos hace pensar en una mala intención por parte de los peritos, mientras que por parte de la Corte es una grave ignorancia de un aspecto de conocimiento básico general.

4.5 Otro desacierto, afirmar que: “Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera de la mujer”.

(Párr. 179) Considerar que a finales de los años sesentas no se pensara en la fertilización extracorpórea es también muy lejano a la realidad. Cuando desde el siglo XIX se habían realizado experimentos al respecto.

En 1878 se logró una primera fertilización *in vitro* en conejo²⁶, en 1934 el Dr. Pincus logró todo el proceso, desde la fertilización *in vitro* hasta su implantación y nacimiento. En los años cincuentas la FIV ya era una técnica común en veterinaria, y se realizaron las primeras fertilizaciones humanas *in vitro* y se implantaron en mujeres, aunque los embarazos no llegaron a término y el Dr. Edward G. Roberts (quien logró la primera FIV exitosa en humanos el 25 de julio de 1978) realizaba experimentación con gametos humanos desde los años cincuentas²⁷. Prácticamente al mismo tiempo, en Calcuta, en octubre de 1878, nació también una niña obtenida por FIV por el médico hindú Subash Mukhopadhyay.

²⁵ Cfr. VENTURA-JUNCÁ, Patricio & SANTOS, Manuel, “The beginning of life of a new human being from the scientific biological perspective and its bioethical implications”, en *Biological Research*, Vol. 44, 2011: pp. 201-207.

²⁶ Cfr. SCHENK, S.L., “Das Säugetierei Künstlich befruchtet ausserhalb des Muttertieres Mittheilungen aus dem Embryologischen“. *Institute der Kaiserlich-Königlichen Universität in Wien* 1: p.107. (Mamíferos artificialmente fertilizados fuera del animal madre con producción de embrión) Instituto Universitario Lischen de la Imperial-Royal en Viena) 1878, citado en: BAVISTER, Barry D. “Early history of fertilization”, en *Reproduction*, Vol. 124, 2002: pp.181-196.

²⁷ Cfr. BAVISTER, Barry D. “Early history of fertilization”, en *Reproduction*. Vol. 124, 2002: 181-196.

4.6 Afirmación de que un embrión no implantado tiene nulas posibilidades de desarrollo (punto 186).

Este argumento no demuestra que la concepción se pueda equiparar con la implantación. Aunque es cierto que *un embrión que no alcanza el estadio de implantación* tiene nulas posibilidades de desarrollo, esta afirmación contiene un equívoco importante, pues todos los seres humanos fuimos los primeros días de nuestra vida un embrión no implantado y todos llegamos a nacer.

4.7 El argumento de la producción de la HGC hasta la implantación y la detección del embarazo.

Aunque es cierto que la detección del embarazo por medio de la HGC se puede realizar hasta una semana después de su implantación,²⁸ esto no demuestra que no exista embarazo antes de la elevación de esta hormona, ni que la concepción corresponde a la implantación. Esta afirmación contiene además otro error, pues asume que mientras no se diagnostica un embarazo éste no existe. La incapacidad de detectar un embarazo no demuestra su ausencia. Por ejemplo, aunque un tumor canceroso no se detecte sino hasta estadios avanzados, esto no significa que el paciente esté sano. Por el contrario, se buscan nuevos métodos que lo diagnostiquen lo más tempranamente posible.

Y en cuanto al diagnóstico temprano de embarazo, actualmente ya se puede detectar desde las 24-48 horas después de la fecundación, casi dos semanas antes de elevarse la HGC, por la presencia de hormonas y factores en tubas uterinas. Por ejemplo: el factor embriotrófico (ETF-3), la proteína derivada del factor de complemento 3 (iC3b) (con sus fragmentos alpha-115 y alpha-40), secretadas en trompas de Falopio algunas horas posterior a la fertilización.²⁹ Este fue otro de los errores de la CIDH: confundir diagnóstico de embarazo con inicio del embarazo.

²⁸ Cfr. CHO, Yeon Jean et al., "Does blastomere biopsy in preimplantation genetic diagnosis affect early serum β -hCG levels?", en *Clinical and Experimental Reproductive Medicine*. Vol 38 (1) 2011: pp. 31-36.

²⁹ LEE, YL, CHEONG AW, CHOW WN y YEUNG WS, "Regulation of complement-3 protein expression in human and mouse oviducts", en *Molecular Reproductive Development*. Vol. 76 (3) 2009: pp. 301-308.

4.8 Mención equívoca a las “propiedades metafísicas del óvulo fecundado”.³⁰

Esta opinión de la Corte, a lo que ellos llaman las propiedades metafísicas del óvulo, tampoco proviene de opinión de peritos, *amicus curiae* o referencia bibliográfica. Cabe mencionar que los investigadores formales que proponemos que la vida humana comienza desde la fecundación, nos basamos en argumentos biológicos y científicos, pero no en la presencia del alma.³¹ Si se revisa a estos autores, que defendemos la dignidad del embrión humano desde el primer momento nunca mencionamos la posible presencia del alma como argumento a favor del embrión humano. Debemos aclarar también que la Corte se extralimitó al tratar de definir el problema de la persona humana en el embrión: Eso no estaba a discusión, lo que se discutía era el momento de la *concepción*, independientemente del estatuto ontológico del embrión. Así mismo la Corte IDH contraviene a la Convención Americana, que es muy clara al decir que “todo ser humano es persona”.

4.9 Otro equívoco afirmar que “...la concepción o gestación es un evento exclusivo de la mujer, no del embrión” (punto 181).

Afirmar que existe gestación sin participar un embrión es equívoco. Para que haya embarazo se requiere, de manera indispensable, la presencia de un embrión que es quien se está gestando. Se ha argumentado que hay embarazos sin embrión (llamados a veces embarazos ab-embriónicos), por ejemplo en los llamados embarazo psicológico o el embarazo molar; pero estos son pseudo-embarazos: no existe embarazo aunque aparezcan varios signos y síntomas de éste: amenorrea, elevación de niveles hormonales y hasta crecimiento abdominal, pero sólo hay embarazo cuando existe un embrión.

³⁰ Cfr. CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. *Op cit.*: (parr. 185) “Algunos de estos planteamientos que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena, pueden ser asociados a concepciones que le confieren atributos metafísicos a los embriones”.

³¹ Por mencionar algunos ejemplos: LÓPEZ-MORATALLA, Natalia 2004, IRABURU Elizalde, María J. “Los quince primeros días de una vida humana” Pamplona, España: Ediciones Universidad de Navarra, 2004, p.19; HUERTA, Alejandra. 2008, MONTOLYA, Manuel, 2009, GUERRA Rodrigo. 2009, RAMOS-KURI, Manuel 2013, VENTURA-JUNCA Patricio & SANTOS, Manuel 2011, *op. cit.* entre otros.

4.10 Trato injusto y mala ponderación de peritos.

La Corte trató de manera desigual a los peritos que definieron la concepción desde la fecundación: el Dr. Monroy Cabrera y la Dra. Condić. De ellos, por ejemplo no se mencionan a fondo sus argumentos, ni estos se rebaten propiamente, ni siquiera se da el nombre completo de los peritos. Por su parte, el Dr. Fernando Zegers, no debió de ser considerado perito pues tiene intereses económicos en la industria de la FIV como director de la Unidad de Medicina Reproductiva de la clínica privada Las Condes en Chile, según se muestra en el quinto párrafo de la página: http://www.icmer.org/acercade_directorio.htm³²

Otra dato de inequidad, y hasta poco digno para una Corte de Derechos Humanos se dio durante la presentación de pruebas por parte del gobierno de Costa Rica. Según denuncia Ligia de Jesús en su respectivo capítulo de este libro, los Magistrados gesticulaban y hasta hacían burla de los representantes del gobierno cuando defendían al embrión humano.

4.11 Confusión entre fecundación e implantación.

Como se puede ver en el resumen de la Tabla I, todas las fuentes científicas y diccionarios que analizan la *concepción* la identifican con fecundación, solamente un diccionario lo identifica con todo el proceso desde fecundación hasta implantación, pero ninguna afirma que la concepción corresponda sólo a la implantación. La Corte IDH no dio argumentos científicos y citó sólo al Dr. Zegers y a la Real Academia Española. El primer error fue identificar concepción con embarazo, cuando la *concepción* hace referencia al primero momento del *concebido* y no al embarazo. Esto lo resume bien el Dr. Hugo Saúl Ramírez, en el presente libro cuando comenta que el error fundamental de la Corte es su definición: “...*al situar el contenido semántico de la noción ‘concepción’ no en la existencia de un ser vivo de especie homo sapiens, sino en el hecho del embarazo*”.

³² Instituto Chileno de Medicina Reproductiva

4.12. Otros desaciertos en biología del desarrollo.

Mostramos otras equivocaciones importantes en embriología, que terminan por demostrar el desconocimiento por parte de la Corte y de algunos de los peritos consultados, por ejemplo:

- *Asegura que todas las células del embrión de dos semanas son idénticas*,³³ cuando en este estadio el embrión contiene cuatro estructuras fundamentales: ectodermo (de donde se formará el sistema nervioso central), mesodermo (de donde se formará el sistema músculo esquelético) y endodermo (para la formación de órganos internos) así como la placenta temprana, llamadas vellosidades coriónicas.
- *Confunde al óvulo fecundado con el blastocisto que se implanta en endometrio*. Afirma la Corte IDH: “Otra corriente entiende concepción como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero”. Pero el óvulo fecundado nunca se implanta en el útero, se implanta el blastocisto, entre 6 y 8 días después de la fertilización. Al embrión temprano se le puede llamar óvulo fecundado, solamente durante las primeras horas de vida del cigoto. Confundir al óvulo fecundado con el al blastocisto es otro error básico: el primero es unicelular y es durante el inicio de la fecundación; mientras que el blastocisto ya es el embrión pluricelular y se forma hasta cinco o seis días después de la fecundación.

5. CONCLUSIONES

El subtítulo del presente libro: “La propuesta de la Corte IDH sobre el inicio de la vida humana...” muestra una de las principales hipótesis del presente libro: la Corte IDH propuso re-definir el inicio de la vida humana, pero sus múltiples errores al *intentar* esta nueva definición, descalifican a la Corte como intérprete de un aspecto complejo desde el punto de vista biológico, y poenen en tela de juicio su propio trabajo jurídico, así como hacen rechazar la aplicación jurisprudencial del presente fallo. Principalmente porque los defectos son en aspectos centra-

³³ Fallo de la Corte IDH No. 184, *pié de página* No. 280: “El declarante informativo Escalante afirmó que “desde 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...”

les, incluyendo una grave contradicción al asegurar que la fecundación es parte esencial del proceso de embarazo, para que al paso siguiente, se pretenda concluir que la fecundación no forma parte ni de la concepción ni del embarazo.

Es importante mencionar que la mayoría de equivocaciones provienen de los peritos consultados, en especial del Dr. Fernando Zegers, quien es citado como fuente de varios errores arriba mencionados. Sin embargo la última responsable de todo lo afirmado en el Fallo es la Corte IDH, la cual hizo la redacción final sin ponderar correctamente los peritajes, ni solicitar una revisión imparcial, científica y a fondo de un tema tan complejo. A su vez, el juicio muestra las graves deficiencias de la ciencia jurídica para juzgar sobre aspectos biológicos y de vida humana, en parte por tener un método epistemológico diferente.

Con base en sus errores de biología del desarrollo, el juicio Artavia Murillo debería tener poco, o ningún peso jurisprudencial: ¿No sería ilógico darle peso de jurisprudencia a un juicio sobre el embrión donde se afirma que en su segunda semana todas sus células son idénticas cuando ya existen cuatro estructuras básicas y además de las células precursoras de la placenta?, donde se asegura que el embarazo es un fenómeno “exclusivo” de la mujer, como si no existiera embrión, donde se asegura que la fecundación e implantación son dos fenómenos que se descubrieron hasta la invención de la FIV en 1978 cuando se descubrieron desde más de un siglo antes, o donde se asegura que mientras un embarazo no está diagnosticado éste es inexistente, etc.

Llama la atención que se exija a un país con graves problemas económicos,³⁴ a realizar una erogación importante en un problema de salud no prioritario, pero que además se vea forzado a implantar una técnica altamente costosa, cuando existen varias alternativas para la terapia de infertilidad, más económicas y menos dañinas para el embrión y para la mujer y tan eficaces o más que la propia FIV.

En ese sentido, estamos ciertos que Costa Rica podría cumplir cabalmente con la exigencia de la Corte IDH, implementando en su sistema de salud las terapias de infertilidad que vea más pertinente, no necesariamente la de FIV que, entre otras cosas, produce un alto índice

³⁴ Costa Rica es uno de los países más pobres en América Latina, cerca de 45% de sus habitantes viven en condiciones de pobreza, apenas por debajo de Bolivia. Fuente: Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe. CEPAL. En: Panorama social de América Latina, publicado por la CEPAL en noviembre de 2011. El informe puede consultarse en www.eclac.org

de malformaciones congénitas, mostrado ampliamente en 2002 por el estudio de Michele Hansen y corroborado por ella misma en un meta-análisis realizado en 2013 donde conjunta más de 90,000 casos en 45 estudios realizado en los cinco continentes.³⁵

También llama la atención que hayan forzado a Costa Rica a pagar indemnización a las parejas, si siempre se había definido el inicio de la vida humana desde la unión del óvulo y espermatozoide. Exigir que Costa Rica pagara indemnización por una definición que hizo la Corte IDH en 2013, fue a aplicar la ley con efecto retroactivo. Otro dato más que muestra la falta de imparcialidad de la Corte IDH.

Especialmente preocupantes son las dos principales consecuencias legales de este Fallo: por un lado la desprotección legal del embrión durante su estadio pre-implantatorio, así como de los embriones crio-conservados; los deja desde el punto de vista legal, como mero material biológico. Esto abre paso a su compra-venta y tráfico, promoviendo un tipo de trata de humanos y contraviniendo a la Convención Americana de Derechos Humanos. Por otro lado también es muy preocupante que las irregularidades cometidas por la Corte IDH dejan en duda su imparcialidad para juzgar, y su capacidad de contravenir a la propia Convención Americana, que pone en riesgo todo el sistema Americano de Derechos Humanos, según mostró el Dr. Max Silva en el capítulo dos de este libro.

³⁵ HANSEN, Michele, et al., "The risk of major birth defects alter intracytoplasmic sperm injection and in Vitro fertilization". *The New England Journal of Medicine*. No. 346 (10), 2002: pp.725-730; y HANSEN, Michele, KURINCZUK, Jennifer J., MILNE, Elizabeth, "Assisted reproductive technology and birth defects: a systematic review and meta-analysis". *Human Reproduction Update*. Vol. 19 (4) 2013, Jul-Aug: 330-53.

CAPÍTULO VIII

EFFECTOS ADVERSOS DE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO

MANUEL RAMOS-KURI

1. INTRODUCCIÓN	239
2. INFERTILIDAD VS. ESTERILIDAD	239
3. DESCRIPCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE FERTILIZACIÓN ASISTIDA	240
3.1 Inseminación artificial.	241
3.2 Fertilización in vitro (FIV).	241
3.3 Inyección intracitoplásmica de esperma (ICSI).	242
4. EFECTOS SOBRE LA SALUD DEL EMBRIÓN	242
4.1 Alta mortandad en etapa embrionaria.	242
4.2 Lesiones congénitas.	243
4.3 Prematurez.	245
4.4 Mortandad neonatal.	246
5. EFECTOS SOBRE SALUD MATERNA	246
5.1 Hipersetimulación ovárica.	246
5.2 Embarazos múltiples.	247
6. CONGELACIÓN DE EMBRIONES	247
7. “DONACIÓN” DE GAMETOS	248
7.1 Tráfico de gametos y embriones	249
8. VARIANTES DE LA FIV	249
9. OTROS PROBLEMAS CON LA INDUSTRIA DE TFA	251
10. ALTERNATIVAS A LA FIV	252
Conclusiones en torno a los efectos secundarios de la FIV	252

1. INTRODUCCIÓN

Hemos querido añadir este capítulo sobre los problemas de la fertilización *in vitro* (FIV) a fin mostrar los graves efectos secundarios en los tratamientos actuales de la FIV, y cómo es que el gran anhelo por tener un hijo, es explotado por la industria de la fertilización *in vitro*. Esta fue otra de las razones que nos movieron a escribir éste libro, En especial buscamos la protección de las mujeres, y familias con problemas de infertilidad, y evitar el daño a los individuos humanos en etapa prenatal; según se analiza en el presente capítulo.

2. INFERTILIDAD VS. ESTERILIDAD

La infertilidad y la esterilidad son dos problemas muy relacionados que se han incrementado de manera importante en la población, aunque no se cuenta con estudios formales, se calcula que la infertilidad se ha incrementado del 10% hace 20 años, a un 15% de las parejas en edad reproductiva en la actualidad.¹

La esterilidad es la incapacidad de una pareja para concebir un hijo, y se diagnostica así cuando esta discapacidad no es curable; la enfermedad puede ser por defecto del varón o de la mujer. Por ejemplo, una mujer que ha sufrido una histerectomía, o un varón que perdió capacidad para formar espermatozoides por una reacción autoinmune contra los espermatozoides, son estériles. La infertilidad en cambio es la incapacidad para concebir un hijo, pero que puede ser curada. La infertilidad es mucho más frecuente que la esterilidad, aunque no siempre es fácil diferenciar una de otra.

El diagnóstico de infertilidad se establece cuando la pareja, tras al menos un año de relaciones sin tomar medidas de protección, no ha conseguido un embarazo. Tanto la esterilidad como la infertilidad se clasifican en primaria (cuando nunca han tenido un hijo) o secundaria (cuando la pareja tuvo ya un primer hijo, pero no logra una nueva gestación tras dos o más años de intentarlo).

Las razones de incremento de las tasas de infertilidad son diversas: entre otras por el retraso en la edad para embarazo, incremento de

¹ TARÍN, Juan J, GARCÍA-PÉREZ, Miguel A, HAMATANI, Toshio, et al. "Infertility etiologies are genetically and clinically linked with other diseases in single meta-diseases". *Reproductive Biology and Endocrinology*. Vol. 13, 2015: 31

enfermedades de transmisión sexual, obesidad, uso de anticonceptivos hormonales y dispositivos intrauterinos, etc.

Una causa importante del incremento en las tasas de infertilidad, entre muchas otras es la edad: La fertilidad femenina alcanza su punto máximo alrededor de los 27 años de edad, y posterior a los 35 años baja significativamente. Por ejemplo, una mujer que a los 28 años desea concebir tiene un 72% de posibilidades de lograrlo después de un año de intentos, a diferencia de otra mujer que a los 38 años únicamente tendrá el 24% de posibilidades bajo las mismas condiciones.²

Desafortunadamente la industria de la fertilización asistida ha venido cometiendo abusos frecuentes contra las familias que se someten a estas prácticas.

La regulación legal de estas prácticas podría limitar al menos algunos de sus *múltiples efectos indeseables*. Es interesante que en Italia y Alemania hay aún prohibición de congelación de embriones, así como la prohibición de generar más de tres embriones por intento,³ esto ha traído como beneficio que en ambos países el número de embriones congelados es bajo. La ausencia de regulación sanitaria en la materia ha traído múltiples problemas, por ejemplo en México se han creado muchas clínicas clandestinas de FIV. Se calcula que en México hay actualmente unas 120 clínicas a nivel nacional, de las cuales más de la mitad no tiene registro ante la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), el órgano regulador de laboratorios en México.

3. DESCRIPCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE FERTILIZACIÓN ASISTIDA

Describimos brevemente los tres principales métodos para la fertilización asistida: la inseminación artificial, la fertilización *in vitro* (FIV) con transferencia de embrión, y la inyección intra-citoplásmica de espermatozoides.

² HEWLETT, Sylvia Ann, "Creating a life: professional women and quest for children", *Talk Miramar Books*, Nueva York, 2002, pp. 216- 217.

³ FADINI R, BRAMBILLASCA F, MIGNINI M, *et al.* "Human oocyte cryopreservation: comparison between slow and ultrarapid methods". *Reproductive BioMedicine Online*. Vol. 19 (2) 2009: 171-180.

3.1 Inseminación artificial.

Esta fue la primera técnica de fertilización asistida inventada desde el siglo XIX y ampliamente aplicada hasta los años setentas del siglo pasado. Bajo este método el esperma es depositado en la mujer mediante instrumental especializado y utilizando técnicas que reemplazan a la copulación; regularmente se deposita el semen en el útero o en las trompas de Falopio. La inseminación artificial se sigue aplicando, aunque en mucho menor medida que en el siglo pasado. Desde el punto de vista ético, la inseminación artificial no tiene obstáculo cuando cumple con algunos requisitos importantes: no busca substituir al acto conyugal, sino que aporta una ayuda terapéutica para lograrlo, que sea intracorpórea, de tipo homóloga y que las técnicas de obtención del semen sean éticas. Otra variante de la inseminación artificial, con pocos problemas éticos es la técnica llamada GIFT, (por sus siglas en inglés: Gamet-Intra-Falopian-Transfer) depositando tanto el semen como los óvulos maternos en la trompa de Falopio.

3.2 Fertilización in vitro (FIV).

Esta es la técnica más utilizada, y su procedimiento central es la incubación de los óvulos maternos con espermias en un tubo de ensaye o en una caja de Petri. Los cigotos concebidos son incubados durante uno a cinco días más, después de los cuales, se transfieren al seno materno entre dos y cuatro embriones seleccionados. Los embriones no transferidos –llamados a veces embriones sobrantes o supernumerarios– son congelados para transferirse posteriormente, sobretodo si los primeros no logran el embarazo deseado.

Esta técnica comienza con la obtención de gametos. La obtención de óvulos maternos es muy compleja y presenta ya problemas éticos. A fin de que la paciente produzca de 10 a 15 óvulos de manera simultánea, y poder producir varios embriones al mismo tiempo, se realiza una estimulación ovárica. Para lograr esto se administran niveles altos de hormonas como la gonadotropina coriónica o el Clomifeno; la hormona seleccionada se inyecta por vía parenteral, durante dos semanas. Paralelamente por medio de ultrasonografía, se sigue la formación de óvulos en ovarios, al final del proceso se obtienen estos óvulos por endoscopia trans-abdominal.

3.3 Inyección intracitoplásmica de espermatozoides (ICSI).

Esta técnica es muy parecida a la FIV, pero en lugar de incubar óvulos y espermatozoides, la fertilización se realiza inyectando el espermatozoide directamente en el ovocito, a través de una aguja microscópica. La técnica se utiliza cuando los espermatozoides tienen algún defecto. Posteriormente se continúa el mismo procedimiento de transferencia de embriones al seno materno, o su congelamiento.

El éxito mediante las TFA, ya sea FIV o ICSI, es entre 25% y 30% en los mejores laboratorios. Esta tasa de éxito se obtiene calculando el número de intentos contra embarazos que llegan a término.⁴

4. EFECTOS SOBRE LA SALUD DEL EMBRIÓN

La FIV produce varias lesiones sobre el embrión. Principalmente incrementa el índice de lesiones congénitas, pero también incrementa la tasa de embarazos múltiples, lo que resulta en un aumento de mortandad neonatal, así como del índice de nacimientos prematuros.

4.1 Alta mortandad en etapa embrionaria.

El primer efecto importante de la FIV es la alta mortandad de embriones obtenidos por esta técnica. Para obtener un nacimiento se requiere crear alrededor de 50 embriones. Esta cifra es obtenida directamente por las tasas de nacimiento: sólo una de cada cuatro parejas que se somete a FIV logran procrear un bebé hasta su nacimiento. Si para cada pareja se obtienen en promedio, de 10 a 15 embriones, estamos hablando de un embrión nacido por cada 40-50 embriones creados, o que de cada 100 embriones, 98 mueren y sólo dos llegarán a nacer.

⁴ Center for Disease Control, Assisted Reproductive Technology Success Rates, section 2. 2001.[en línea] Disponible en: <http://www.cdc.gov/art/ART2005/508PDF/2005ART508.pdf> [Fecha de consulta: 14 de junio de 2016].

4.2 Lesiones congénitas.

Las técnicas de FIV incrementan el índice de enfermedades congénitas mayores, casi al doble de los concebidos por vía normal. El primer estudio que sugirió efectos sobre el embrión fue una serie de pacientes suecos mostrando que el riesgo de defectos de tubo neural era 5.7 veces más probable de padecer hidrocefalia y 12.9 veces más de producir anencefalia.⁵ Aunque otros estudios no han mostrado tan alto índice de enfermedades a nivel de sistema nervioso central, en 2002 la Doctora Michelle Hansen publicó en la revista “New England Journal of Medicine” un estudio con cerca de 5000 pacientes, mostrando que la FIV incrementa del 4 al 9% las enfermedades congénitas mayores en el recién nacido. Por enfermedad congénita mayor se refiere a malformaciones importantes: cardíacas, defectos de tubo neural, malformaciones craneales, etc.⁶

Los reportes de la tasa de enfermedad congénita en bebés nacidos por FIV es muy variable, pues algunos investigadores reportan un incremento hasta de cinco veces el índice de enfermedad congénita (quinientos porciento),⁷ hasta otros que no encuentran incremento significativo de enfermedades sobre el recién nacido. Por esto mismo, la doctora Hansen realizó un meta-análisis donde conjuntó los resultados de 45 estudios realizados en los cinco continentes, con un total de más de 90,000 casos, donde concluye que las malformaciones se incrementan del 5% al 8%.⁸

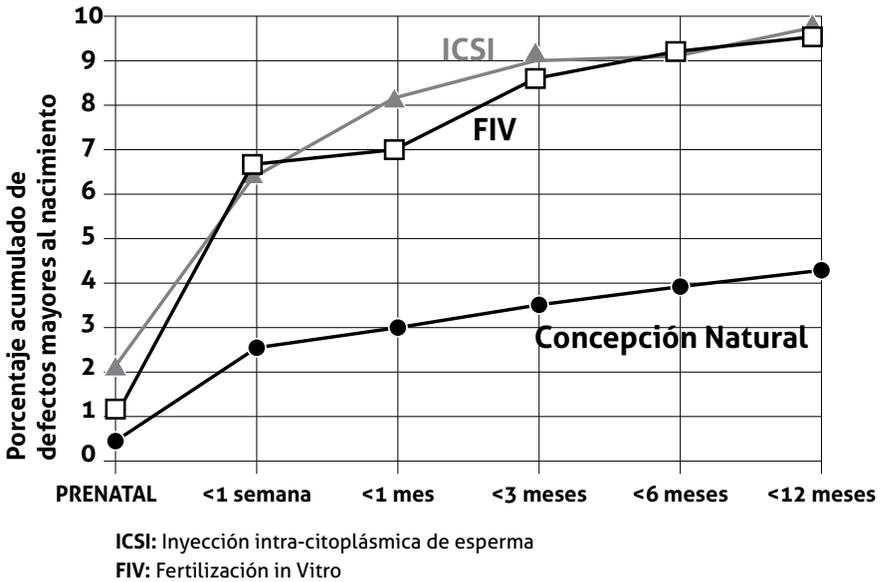
⁵ BONDUELLE, Maryse, LIEBAERS, Inge, DEKETELAERE, Veerle. “Neonatal data on a cohort of 2889 infants born after ICSI (1991-1999) and of 2995 infants born after IVF (1983-1999)”. *Human Reproduction*. Vol. 17 (3) 2002: 671-694.

⁶ HANSEN, M., KURINCZUK J.J., BOWER C., et al. “The risk of major birth defects after intracytoplasmic sperm injection and in Vitro fertilization”. *The New England Journal of Medicine*. Vol. 346 (10) 2002: 725-730.

⁷ SANCHIS Calvo A., MARCOS Puig B., GARCÍA L. Juan, et al. “Características de los recién nacidos tras fecundación in vitro”. *Annales de Pediatria (Barcelona)*. Vol. 70, 2009: 333-9.

⁸ EL-CHAAR, Darine, YANG Qiuying, GAO Jun, et al. “Risk of birth defects increased in pregnancies conceived by assisted human reproduction”. *Fertility and Sterility*. Vol. 92 (5) 2009: 1557-1561.

Figura 1. Prevalencia de defectos mayores al nacimiento, durante el primer año de vida. Estudio de Hansen del 2002.



Cabe destacar cómo los bebés concebidos de modo artificial, tienen casi el doble de enfermedades que los concebidos por vía natural.

Dentro de las enfermedades incrementadas por FIV, encontramos las malformaciones cardíacas, malformaciones del sistema nervioso central como el meningocele o anencefalia, o alteraciones músculo esqueléticas (malformación craneana o facial, por ejemplo).⁹ Aunque su porcentaje es relativamente bajo, también estamos hablando de índices al doble o triple que la población normal (Cuadro I).

⁹ HANSEN, M., KURINCZUK J.J., BOWER C., et al. op.cit.

Cuadro 1. Incremento de enfermedades en el bebé secundarias a la FIV y la ICSI.

TIPO DE DEFECTO	ICSI	FIV	Concepción Natural
Todos	8.6%	9.0	4.3
Cardiovascular	1.3%	1.8	0.6
Musculo-esquelético	3.3%	3.3	1.1
Cromosómico	1.0%	0.7	0.2
Sistema Nervioso Central	0.0%	0.4	0.2

Es de notar cómo, aunque la frecuencia de estas enfermedades no es muy alta (3.3%), comparado con la población normal (1.1%) corresponde al triple de pacientes con enfermedad.

4.3 Prematurez.

Tanto en los embarazos múltiples, como en los sencillos de los bebés concebidos por FIV, se incrementan los nacimientos prematuros; estos a su vez aumentan la necesidad de soporte respiratorio en neonatos hasta un 25% y ventilación mecánica hasta 15 por cada 100 nacidos. 25%¹⁰ de los gemelos pasan en promedio 18 días en unidad de cuidados intensivos (UCI) y 75% de los trillizos pasan 30 días en esta UCI. El riesgo de parálisis cerebral es cuatro veces mayor para gemelos y 17 veces mayor para trillizos.¹¹

¹⁰ MOISE J., LAOR A., ARMON Y., et al. "The outcome of twin pregnancies after IVF" *Human Reproduction*. Vol. 13 (6) 1998:1702-1705.

¹¹ *Idem.*

4.4 Mortandad neonatal.

Los nacimientos prematuros también son causa de bajo peso al nacimiento y alta mortandad neonatal,¹² incrementándose de 0.47% en población normal,¹³ hasta un 10% en embarazos múltiples.¹⁴ Todo esto apunta a que las prácticas de FIV deberían de implantar uno o máximo dos embriones por intento, sin embargo se mantienen las prácticas de transferencia de tres y hasta cuatro embriones por intento.

5. EFECTOS SOBRE SALUD MATERNA

La FIV produce dos principales efectos: uno durante la estimulación ovárica, y otro en cuanto a los embarazos múltiples.

5.1 Hiperestimulación ovárica.

A fin de producir varios óvulos, se aplican dosis altas de hormonas lo que tiene efectos nocivos en la mujer: que van desde obesidad, lesión ovárica, cáncer de mama y ovárico, hasta el síndrome de hiperestimulación ovárica, que puede causar insuficiencia renal; que en algunos casos es necesario tratamiento en terapia intensiva, inclusive se han reportado muertes secundarias a este tratamiento hormonal.¹⁵ Existen ya técnicas de estimulación moderada de ovario que producen de 4 a 6 óvulos disminuyendo el riesgo, o todavía mejor, técnicas que utilizan un solo óvulo sin necesidad de hiperestimulación, como se describe un poco más adelante.

¹² OLIVENNES F, FANCHIN R., LÉDÉE N., *et al.* "Perinatal outcome and developmental studies on children born after IVF". *Human Reproduction Update*. Vol. 8 (2) 2002: 117-128.

¹³ MURGUÍA, D.E., SIERRA M.T., LOZANO R., SANTOS J.I. "Mortalidad perinatal general y por asfixia en México: problema prioritario de salud pública por resolver". *Boletín Médico del Hospital Infantil de México*. Vol. 62, 2005: 275-283.

¹⁴ MOISE, J., LAOR, A., ARMON, Y., *et al. op. cit.*

¹⁵ DELBAERE A, SMITS G, OLATUNBOSUN O, *et al* "New insights into the pathophysiology of ovarian hyperstimulation syndrome. What makes the difference between spontaneous and iatrogenic syndrome?". *Human Reproduction*. 19(3)486-489. 2004.

5.2 Embarazos múltiples.

Algunos han definido que actualmente vivimos una epidemia de embarazos múltiples secundario a la FIV. Ya desde 1991 el Doctor Robert Edwards –inventor de la FIV en humanos– reportó que el 23% de los embarazos por FIV eran gemelares,¹⁶ otros reportan hasta 42.9% de embarazos gemelares;¹⁷ 4.5% de ellos fueron trillizos y el 0.1% de cuádruples.

La multigestación también incrementa los índices de morbi-mortalidad materna. Las mujeres con embarazo gemelar, tienen un riesgo 2.6 veces mayor (260%) de problemas de pre-eclampsia, así como mayor mortalidad obstétrica.¹⁸

6. CONGELACIÓN DE EMBRIONES

Otro problema complejo de la FIVET es el congelamiento de embriones. Como se suelen producir entre 10 y 15 embriones por cada intento que se hace por pareja, muchas veces no se utilizan todos ellos, el resto se almacenan congelados en nitrógeno líquido a una temperatura de -195 o C, para utilizarse en caso de no obtener embarazo en el primer intento, pero muchas veces sí se logra y los embriones permanecen congelados. Este es un gran problema a nivel internacional, pues el número de estos ha crecido de manera exponencial; por ejemplo: en 1997 se debatió a nivel mundial, el destino final de cinco mil embriones congelados en Inglaterra; a principios de siglo se estimaba en 100,000 embriones congelados a nivel mundial, quince años después esta cifra podemos estimarla en diez millones.¹⁹ El destino final de estos embrio-

¹⁶ RIZK, Botros, DOYLE, Pat, EDWARDS, Robert, *et al.* “Perinatal outcome and congenital malformations in in-vitro fertilization babies from the Bourn-Hallam group”. *Human Reproduction*. Vol. 6 (9) 1991: 1259-1264.

¹⁷ BONDUELLE, Maryse, LIEBAERS Inge, DEKETELAERE, Veerle, *et al.* *op. cit.*

¹⁸ MOISE J., LAOR, A., ARMON, Y., *et al.* *op. cit.*

¹⁹ Como dijimos previamente, la falta de registros dificulta el cálculo de esta cifra, pero en países desarrollados se sabe que el 1% de bebés nacidos provienen de técnicas de FIV. En países como Estados Unidos, con una población de 324 millones de habitantes, con una tasa de nacimiento de 1.335 % (Index Mundi, en: <http://www.indexmundi.com/g/g.aspx?c=us&v=25&l=es>) [Fecha de consulta abril 1 2016], podemos calcular:

Nacimientos anuales:	4,325,400
Bebés nacidos por FIV (1%):	43,254
Nº. Aprox. de intentos FIV:	173,016

nes congelados es poco halagüeño: se mantienen durante un periodo de cinco años después del cual tienen ya baja viabilidad. Un alto porcentaje de casos sus padres se olvidan de ellos dando lugar a los llamados “embriones huérfanos.” Después de esos cinco años de se desechan o se utilizan para experimentación. Una posible solución sería darlos en adopción, al menos algunos de estos embriones, pero esto también está en discusión. La opinión está dividida y no existe un consenso en cuanto a la moralidad de la adopción de estos embriones congelados.

7. “DONACIÓN” DE GAMETOS

La donación de gametos presenta varios problema éticos, en especial cuando el ‘donador’ es heterólogo (esto es, que la madre o padre biológico no corresponde al padre legal). Comenzamos comentando que aunque el término contractual es el de “donador” éste es impreciso. Casi siempre el “donador,” hombre o mujer reciben un pago por los gametos que ofrece.

En Latinoamérica y en el mundo, hay poca legislación sobre el uso de gametos. A pesar de que en algunos países como México está prohibida su compra venta, esta es práctica común; entre otras razones porque aunque la Ley General de Salud prohíbe su comercialización, no existe penalización contra esta mala-práctica; por lo que todas las clínicas ofrecen catálogos de “donadores” de gametos. El segundo aspecto legislado en México, protege el anonimato de estos “donadores.” La “donación” de esperma se realizaba ya de manera rutinaria en los años setentas para técnicas de inseminación artificial, mientras que el caso de la “donación” de óvulos, comenzó alrededor de los años noventa, y conlleva un procedimiento de mayor tiempo y con altos riesgos e incomodidades, razón por la cual el pago es más elevado para incentivarlo.

Esta compra-venta de gametos a su vez conlleva otros problemas como son: los casos de donadores con decenas o hasta cientos de hijos provenientes del mismo “donador”, con el consecuente problema

Nº Aprox. de embriones creados: 1,730,160

Si ¼ parte son congelados: 432,540

Esto es: 432,540 embriones congelados por año. Podemos calcular que en los últimos 8-10 años se pueden haber acumulado hasta 4 millones de embriones, tan sólo en la Unión Americana. Países como Inglaterra reportaba 500,000 embriones congelados en el año 2013, o España de 200,000 embriones en ese mismo año (Aznar, 2013).

de matrimonios entre medios hermanos, imposible de saberse por el anonimato obligatorio; sobra comentar los efectos nocivos del incesto, en especial el alto porcentaje de enfermedad hereditaria genética (calculado en 25% de la descendencia), por herencia de genes recesivos.

7.1 Tráfico de gametos y embriones

Un abuso muy serio es el uso de gametos y/o embriones de otros padres sin su consentimiento. Esto parece ser práctica común dentro de algunos laboratorios de FIV; aunque difícil de comprobar, sí hay casos documentados. Como en México no hay leyes que regulen o castiguen esta mala práctica, existen casos donde se ha demostrado que hubo uso de gametos o embriones sin consentimiento de las partes, que ante la demanda legal, los ofensores no fueron procesados por no existir legislación o tipificación legal al respecto.²⁰ Finalmente diremos que la legislación debería pedir prueba de ADN a todo recién nacido por estas técnicas, para saber con certeza quienes son sus padres.

8. VARIANTES DE LA FIV

Se han creado variantes técnicas de la FIV que evitan la manipulación, el congelamiento y destrucción masiva de embriones, aunque son poco conocidas. Estas nuevas técnicas no resuelven todos los problemas éticos, pero sí los disminuyen de manera importante. Las mismas autoridades sanitarias de los Estados Unidos recomiendan: “A fin de minimizar los efectos adversos maternos y en la salud infantil asociada con los embarazos múltiples, los esfuerzos por limitar el número de embriones transferidos en cada procedimiento de técnicas de FIV deben continuarse y fortalecerse”.²¹

²⁰ Existen abundantes reportes de tráfico de embriones, que se encuentran en búsquedas en línea bajo ese título. En especial recomendamos: HIERRO, Molina Gerardo. Conferencia “Tráfico de embriones” UNAM: Repositorio Digital Universitario de Materiales Didácticos. [En línea]. Disponible en: <http://repositorial.cuaed.unam.mx:8080/jspui/bitstream/123456789/883/1/TRAFICO%20DE%20EMBRIONES2.pdf> [Fecha de consulta: noviembre 15 de 2016].

²¹ SUNDERAM, Saswati, CHANG, Jeani, FLOWERS, Lisa, *et al.*. “Assisted Reproductive Technology Surveillance. United States, 2006”. *Surveillance Summaries*. Vol. 2009/58(SS05):1-25.

En especial la técnica de transferencia de un embrión único por intento se toma solo el óvulo producido durante el ciclo regular de la mujer y que se obtiene tras el seguimiento del mismo por técnicas de ultrasonografía. Esta variante evita la acumulación de embriones congelados y el riesgo materno por hiper-estimulación ovárica.²² También tiene la ventaja de que se implanta un solo embrión evitando así los embarazos múltiples que son de alto riesgo materno-infantil.²³ La técnica de ciclos naturales reporta una tasa de éxito entre 40 y 64%, mayor que las técnicas tradicionales de FIV con uso de varios embriones. Indudablemente que las técnicas de FIV deberán moverse hacia esta técnica que tienen mucho menos efectos secundarios y nocivos.

Otra variante es la criopreservación (congelación) de óvulos, en lugar de embriones. Descrita por Chen desde 1986,²⁴ ampliamente utilizada en Italia y Alemania, gracias a la prohibición de congelación de embriones, junto con la prohibición de generar más de tres embriones por intento.²⁵ La técnica ha mostrado porcentajes de éxito similares a la congelación de embriones.^{26,27,28} La criopreservación de óvulos, representa un problema bioético menor, pues no se congelan seres humanos, sino sólo células, y no causa los problemas de manipulación de embriones: acumulación, abandono y uso en experimentación de seres humanos.²⁹

²² SCOTTLAND, G. S., MCLERNON, D., KURINCZUCK, J.J., *et al.* "Minimising twins in in vitro fertilisation: a modelling study assessing the costs, consequences and cost-utility of elective single versus double embryo transfer over a 20-year time horizon". *British Journal of Obstetrics and Gynecology*. Vol. 118 (19) 2011: 1073-1083.

²³ NIINIMÄKI M, VELEVA Z, MARTIKAINEN H.. "Embryo quality is the main factor affecting cumulative live birth rate after elective single embryo transfer in fresh stimulation cycles". *European Journal of Obstetrics and Gynecology Reproductive Biology*. Vol. 194, 2015: 131-5.

²⁴ CHEN, Christopher. "Pregnancy after Human Oocyte Cryopreservation". *The Lancet*. Vol. 327 (8486) 1986.: 884-886.

²⁵ FADINI R., BRAMBILLASCA F, MIGNINI M., *et al.* *Op cit.*

²⁶ DÍAZ D.G., LA H., RODRÍGUEZ-KARI, M. C., *et al.*, "Human Oocytes Cryopreservation: 5 Year Outcome of Human Oocyte cryopreservation with a Novel Slow-Freeze Protocol", *Fertility & Sterility*. Vol. O-229 Supplement 2010.. S67.

²⁷ NIINIMÄKI M., VELEVA Z., MARTIKAINEN H. *Op. Cit.*

²⁸ NIINIMÄKI M, SUIKKARI AM, MÄKINEN S, *et al.* "Elective single-embryo transfer in women aged 40-44 years". *Human Reproduction*. Vol. 28 (2) 2013: 331-5.

²⁹ *Idem.*

9. OTROS PROBLEMAS CON LA INDUSTRIA DE TFA

La fertilización *in vitro* se ha convertido en una industria con grandes ganancias económicas. En Estados Unidos es un negocio que, al año 2012 producía cerca de cinco mil millones de dólares anuales. El costo excesivo de la técnica no es su principal problema ético, pero los altos intereses económicos mueven a esta industria y siempre han buscado una legislación a modo. En México, por ejemplo, esta industria ha logrado bloquear varios intentos de legislación que protegería a los pacientes.

Pero no es el único caso de abuso, mencionamos otros ejemplos donde la industria de la FIV manipula la información que ofrece:

- En muchas ocasiones no se practica el consentimiento informado, o se realiza escondiendo información clave, como los efectos secundarios sobre la madre y el bebé arriba mencionados.
- Se exageran las cifras de éxito, asegurando en su información publicitaria que alcanzan hasta 90% de éxito, cuando es bien sabido que estos porcentajes no pasan de 30% en los mejores laboratorios. Por ejemplo, la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (Red LARA), reporta Tasas de Parto por transferencia de FIV/ICSI de 20 a 28% del año 2000 al 2011.³⁰
- Con frecuencia comienzan los tratamientos en parejas antes de haber hecho un diagnóstico completo de la posible causa de infertilidad, o aún antes del tiempo estipulado para hacer el diagnóstico de infertilidad que debe ser hasta después de *al menos* un año de convivencia conyugal de una pareja. La mayoría de irregularidades de la FIV suele ser por abuso de la industria de FIV sobre los futuros padres, y esto es secundario también a la ausencia de regulación legal que evite estos abusos.

Cuando una pareja asiste a una clínica o especialista en busca de una solución médica, se le plantea de modo casi exclusivo las técnicas de FIV, por lo que regularmente no se plantean otras opciones más sen-

³⁰ ZEGERS-HOSCHILD, Fernando, "Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida. Primer Registro Multinacional, [en línea] Disponible en: http://www.redlara.com/PDF_RED/Situacao_atual_RED/LARA_no_mundo.pdf. [Fecha de consulta: Abril 23 de 2016].

cillas como la adopción, sino al contrario, se realizan varios intentos de FIV; los que estén dispuestos a pagar y soportar física, económica y emocionalmente.

10. ALTERNATIVAS A LA FIV

Existen varios tratamientos alternativos de tipo médico o quirúrgico que no tienen ningún problema ético especial. Estos tratamientos alternativos de infertilidad son mucho menos riesgosos e inclusive con mayor éxito que ésta. Se trata básicamente del manejo médico-quirúrgico convencional de la infertilidad, –frecuentemente dejado de lado para pasar directamente al tratamiento agresivo por FIV–.

Vale la pena mencionar a las nuevas técnicas de Procreación natural, (llamado Natural Procreating, o NaPro Technology). Las técnicas de Procreación Natural tiene igual o mayor efectividad que las técnicas de FIV, con mucho menos efectos secundarios hacia el binomio materno-fetal. Estas técnicas se basan en dos principales aspectos, uno que es la utilización de las técnicas más avanzadas de reconocimiento de la fertilidad, con lo que se obtiene un 20 a 30% de embarazos, y tienen además la ventaja de que ayudan a diagnosticar y tratar enfermedades sistémicas o ginecológicas que son la causa de la infertilidad. Países como Polonia y Estados Unidos tienen ya un uso extendido de la tecnología NaPro, y en México comienzan a implementarse.

Conclusiones en torno a los efectos secundarios de la FIV

En su última publicación científica, el Dr. Robert Edwards, inventor de la técnica y premio Nobel de Fisiología en 2010, criticó el pobre avance y los efectos adversos de la técnica que no se han aventajado en casi 40 años de aplicación de la técnica, y recomendó el uso de sus variantes sencillas, como la FIV de ciclos naturales y la FIV de baja estimulación.³¹ Pero mientras la industria de la FIV se mueve hacia estas técnicas más sencillas, meta aún lejos de alcanzar, se requiere que la ley proteja tanto a los embriones como a las mujeres que evite el amplio daño materno-embriionario que en la actualidad afectan a las familias en este campo de la medicina.

³¹ EDWARDS, Robert G., “IVF, IVM, natural cycle IVF, minimal stimulation IVF time for a rethink”. *Reproductive. Biomedicine Online*. Vol. 15 (1) 2007: 106-19.

ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES AL CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS VS. COSTA RICA

MANUEL RAMOS-KURI

Como mencionamos en la Introducción, el presente trabajo constituye una seria llamada de atención al máximo tribunal de Derechos Humanos de América, así como a la Organización de Estados Americanos (OEA), y analiza los peligros que representa el fallo para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, además de mostrar los múltiples errores de la Corte IDH en el fallo del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*.

Conclusiones

En la introducción comentamos que un objetivo del presente libro era mostrar la importancia de la protección legal del embrión humano, estamos seguros de haberlo logrado, y también estamos seguros que esta protección debe traducirse en primer lugar, en protección para la mujer y su familia: a nivel de cuidados médicos, seguridad social, y cuidados del bebé en etapa post-natal. No se trata de un juicio donde uno gana y otro pierde, sino por el contrario, el binomio materno-fetal debe tener ganancia en esta protección del embrión.

En la introducción comentamos que un objetivo del presente libro era mostrar la importancia de la protección legal del embrión humano, estamos seguros de haberlo logrado, y también estamos seguros que esta protección debe traducirse en primer lugar, en protección para la mujer y su familia: a nivel de cuidados médicos, seguridad social, y cuidados del bebé en etapa post-natal. No se trata de un juicio donde uno gana y otro pierde, sino por el contrario, el binomio materno-fetal debe tener ganancia en esta protección del embrión.

El análisis de este caso muestra que la Corte IDH únicamente buscó proteger el derecho de la madre, dejando al embrión en período pre-implantatorio en una situación de extrema vulnerabilidad, al otor-

garle sólo, como señala el Dr. Max Silva, un “*pseudo-derecho*” a la vida. Para lograr esto, la Corte IDH no sólo forzó el argumento biológico, queriendo identificar la concepción con la implantación, sino que de manera más importante, contradijo varios artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Numerosos aspectos del presente Juicio nos parecen especialmente delicados: el primero es la falta de respeto hacia la persona humana, y no sólo en cuanto al embrión. La vida humana tiene un valor jurídico fundamental y es un principio ordenador del actuar del hombre.

Nuestro trabajo muestra diversas irregularidades en el razonamiento de los jueces. Comenzando por los errores en la argumentación biológica, tan grandes, que más que imprecisiones, apuntan ya hacia un juicio sesgado pues no sólo brilló por su ausencia el uso de referencias científicas, sino que además escucharon casi exclusivamente a los peritos de una postura, mientras que el peritaje en contra fue desechado sin dar contra argumentos de peso; así como el activismo que habían realizado varios ministros en debates a favor del aborto, situación que no dieron a conocer antes del fallo, ni tampoco se declararon incompetentes para participar como jueces, tal como lo establece el sentido común y el propio Pacto de San José; llegando incluso al exceso, del que da cuenta la Dra. Ligia de Jesús, cuando los jueces se mofaron de los peritos defensores de Costa Rica. Más preocupante aún son los errores contra la Convención Americana de Derechos Humanos, y finalmente contra los mismos derechos humanos.

El excesivo peso de la autonomía. No cabe duda que la autonomía es un aspecto importante y central dentro de los derechos humanos. Sin embargo, no es el único aspecto a proteger en la defensa de estos derechos. En el juicio en comento, vemos una postura ideológica de algunos Jueces que parece exaltar la autonomía individual sobre cualquier otro valor, como si el corazón de los derechos humanos fuera la autonomía, como si en la ponderación de valores, la autonomía fuera siempre el valor máximo, y casi único a considerar en cualquier juicio, con las graves consecuencias que esto traería en materia legislativa. Podemos resumir que todas las leyes buscan proteger los derechos de terceros ante posibles excesos de los derechos que por libertad y autonomía, otros individuos alegan a su favor. Un exceso de autonomía nos llevaría a una anarquía jurídica en muchos temas, desde la propiedad privada hasta el abuso de menores, por sólo mencionar dos ejemplos.

En cuanto a la ponderación de valores, la historia también es clara, la negación del derecho a la vida ha mostrado pésimos resultados: los genocidios de amerindios, la explotación esclavista de afro-americanos durante los siglos XVII a XIX, y que sus efectos discriminatorios se siguen sufriendo en la actualidad; los totalitarismos, holocaustos y guerras mundiales del siglo XX, son claras lecciones de los deplorables resultados que surgen cuando se desconoce este derecho fundamental.

El derecho a la vida como un derecho humano fundamental. El presente libro ha mostrado más allá de toda duda que la Convención Americana, es muy clara en su protección al derecho a la vida de toda persona humana desde el momento de la concepción. Se fundamenta también en la opinión del Dr. Héctor Gros Espiell (1991)¹ quien consideró que el derecho a la vida es el fundamento necesario para la vigencia del sistema de protección de derechos humanos y no sólo para el inicio de la vida humana, sino como “*síntesis de todos los derechos humanos*”. Además, existen numerosos fallos anteriores en que la Corte da cuenta del papel esencial del derecho a la vida en el concierto de los derechos humanos en general.

Es por esto que la Convención Americana buscó la máxima tutela de este derecho, identificando “todo ser humano” con “persona” (Art. 1.2), sin importar su edad o situación pre o post-natal, especificando además, que debe considerarse así desde el primer momento de la vida humana.²

Este derecho humano resulta clave, no sólo para proteger al no nacido, sino también para el ordenamiento jurídico en general. El Dr. Agustín Herrera así lo resume: “*La vida humana tiene un valor jurídico fundamental, y es un principio ordenador del actuar humano.*”

Existe un gran consenso en torno a este principio jurídico que, como todo derecho humano, es inalienable. Pero también es un principio ordenador fundamental en sistemas de pensamiento jurídicos tan diversos como el que aboga por los derechos humanos, por el derecho natural e incluso por aquellos que postulan un positivismo jurídico radical. De

¹ GROS Espiell, Héctor, “La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo”. Editorial Jurídica de Chile, 1991: p. 80-84. El Doctor Héctor Gros Espiell fue Presidente de la Corte IDH durante el período 1989-1990.

² ¿Puede en realidad el derecho a la autonomía, y además en una circunstancia netamente temporal como es el embarazo, estar por encima del derecho a la vida, que es un derecho central de todo ser humano?

hecho, una muestra muy evidente de la unanimidad de este principio, es que para eludir la obligación de respetar el derecho a la vida en el caso del embrión, el principal argumento de sus promotores y en el presente caso, también de la Corte IDH, es proponer que el embrión temprano no debe considerarse persona, con lo cual se está reconociendo, aunque sea a través de esta arbitraria negación, su capital importancia.

Ausencia del principio pro persona. A nuestro parecer, el mayor error del presente juicio y sobre todo tratándose de una Corte de Derechos Humanos, fue la interpretación restringida del principio *pro persona*, en vez de haberlo utilizado con un carácter amplio, como debe imperar en un juicio sobre Derechos Humanos. Lo anterior, porque solo se lo aplicó a las aspiraciones de los demandantes y se le negó por completo a los no nacidos, siendo que una ponderación de ambas partes involucradas hubiera dado sin lugar a dudas la razón a estos últimos. Es decir, a pesar que el principio *pro persona* es esencial y común a todos los sistemas jurídicos de derechos humanos, en el presente caso brilló por su ausencia a lo largo del juicio para una de las partes.

El desconocimiento arbitrario de este principio en relación al embrión es resaltado principalmente por el Juez Eduardo Vio Grossi en su Voto Disidente, así como en los capítulos de la Dra. Ligia de Jesús y el Dr. Agustín Herrera del presente libro. La falta de aplicación del mismo en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, hizo que se le negara su calidad de individuo de nuestra especie. Ello, sin perjuicio del uso antojadizo de esta herramienta fundamental para la adecuada interpretación de los derechos humanos.

Pero el fallo no sólo se opuso a este principio general de Derechos Humanos respecto del no nacido, sino que también a la misma Convención Americana de Derechos Humanos, pues "...se apartó rotundamente de la finalidad de una norma en materia de derechos humanos... como es el caso del Artículo 1.2 de la Convención que afirma: 'Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano'", según comenta Agustín Herrera.

Defectos en el análisis embriológico. La definición del término *concepción* por parte de la Corte –que es asimilado a implantación– se opone tanto al uso corriente de la palabra, como a la definición de inicio de vida humana contenida tanto en los libros de embriología, según se muestra en el capítulo siete de nuestro libro, como contra la interpreta-

ción . Aunque los errores biológicos o los aspectos científicos omitidos parecen menores, o justificable para un tribunal jurídico de la embriología, fueron el fundamento clave para la decisión final.

Hugo Saúl Ramírez resume el error biológico central de la Corte: “... situar el contenido semántico de la noción ‘concepción’ no en la existencia de un nuevo ser vivo de especie *homo sapiens*, sino en el hecho del embarazo”. Así, para justificar el retraso injustificado del momento de la concepción hasta la implantación,³ este tribunal utilizó argumentos falaces. Por ejemplo, se afirma que el término concepción cambió a partir de 1969,⁴ porque después de que se realizó la primera FIV en 1978, “...se descubrió que la fertilización y la implantación son dos fenómenos independientes”. Pero estos dos fenómenos se descubrieron, desde la segunda mitad del siglo XIX, y para el año 1969 eran universalmente conocidos. Otro ejemplo de esto se muestra cuando la Corte IDH afirma que en 1969, antes de las técnicas de FIV “...no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera de la mujer”, olvidando curiosamente, que desde los años cincuenta se realizaba rutinariamente la técnica en veterinaria y ya se experimentaba en humanos.

La carencia de fuentes científicas, pero sobre todo la carencia de asesoría neutral, dio por resultado un análisis biológico superficial y sesgado. Así, los llevó a creer ingenuamente en afirmaciones falsas de los peritos, algunas de ellas incluso irrisorias, como que a la segunda semana de vida el embrión se compone de células idénticas, cuando en ese momento ya tiene estructuras tan diversas como la placenta temprana (llamado trofoblasto), y sus tres láminas (ectodermo, mesodermo y endodermo) que son la base de todos los órganos y sistemas de la persona. O que el embarazo es un fenómeno “exclusivo de la mujer”, como si no existiera embrión o feto durante el mismo.

Estos y otros errores tan importantes, así como la superficialidad en el análisis biológico realizado, representaron el primero y más claro signo de falta de imparcialidad de la Corte.

Inconsistencias del Fallo con la Convención Americana de Derechos Humanos. Pero tal vez más graves que la ausencia del principio pro

³ ...en lo que el Dr. Elard Koch, investigador biomédico chileno, definió como un acto de “*acrobacia inconsistente*”.

⁴ Año que se realizó la Convención Americana

persona, o los errores biológicos sobre la concepción, el presente libro muestra las contradicciones de la Corte IDH con la propia Convención Americana de Derechos Humanos, tratado al que dicha Corte debería servir e interpretar fielmente. Los artículos de la Dra. Ligia de Jesús y del Dr. Max Silva, demuestran entre otras contradicciones, que en el caso *Artavia Murillo* la Corte IDH:

- Se opuso al Artículo 1.2 de la Convención, que establece que para fines de ésta, todo ser humano es persona y que por ese solo hecho, se vuelve sujeto de protección jurídica.
- Contradice al Artículo 29, que reafirma la inviolabilidad de los derechos humanos, al establecer que: “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los estados parte... suprima el... ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella...”.
- Se opuso al Artículo 27.2 de la Convención Americana, que claramente estipula que el derecho a la vida no puede ser derogado o suspendido, ni aún en casos de emergencia.
- Al negar personalidad jurídica al no nacido, también se violó el Artículo 3° de la Convención, que establece que los niños son titulares de derechos inherentes e inalienables a la persona humana.
- Finalmente, entre otras contradicciones, también se opuso a la jurisprudencia de la misma Corte, que ha afirmado en varios juicios que la vida es un derecho humano inalienable y base de todos los demás derechos del hombre.

Así pues, la contraposición del fallo del actual caso a lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos “.. más que interpretar, a nuestro juicio, está modificando el tratado al que en teoría sirve”, como afirma el Dr. Max Silva.

Los Nuevos Instrumentos de Análisis Jurídico Internacional. El mismo Dr. Silva mostró que la Corte IDH utilizó de modo sesgado los nuevos instrumentos jurídicos.

Como bien denunció el Juez Vio Grossi en su Voto Disidente, la Corte utilizó la *interpretación sistemática*, pero aplicando selectivamente sólo aquellos documentos internacionales que convenían a sus intereses, sin mencionar los que protegían al no nacido. Algunos de los documentos desestimados por los Jueces, además son documentos fundamentales de los Derechos Humanos fueron:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos,
- La Declaración Internacional de Derechos Civiles y Políticos,
- Convención sobre los Derechos del Niño,
- Declaración de los Derechos del Niño, y
- Decisión del Tribunal Europeo sobre la FIV.

En cambio, la Corte IDH utilizó otros documentos no vinculantes, pero que convenían a sus intereses. Por ejemplo los informes de la CEDAW,⁵ fueron un argumento central para privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre la protección de la vida en formación, a pesar que estos informes no son vinculantes ni siquiera para los Estados signatarios de la CEDAW.⁶

En cuanto a la Interpretación histórica, la Maestra Araceli Ornelas mostró que previo al juicio *Artavia Murillo*, el Artículo 4.1 había sido utilizado en decenas de ocasiones y de modo prácticamente unánime, para reconocer y proteger la personalidad jurídica del *nasciturus* desde la concepción. Muestra el caso de Argentina, donde 11 de sus 23 provincias lo protegen y el caso de México, donde la Constitución de 17 de sus 31 estados también lo tutelan. Es interesante constatar que en algunos de estos textos constitucionales se habla de reconocer, proteger y garantizar el derecho a la vida de todo ser humano, y para evitar malos entendidos o interpretaciones abusivas, en muchos de estos se cambió el término concepción por fecundación, que es otro dato ya no sólo biológico sino jurídico a favor de la igualdad de ambos tér-

⁵ Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, o CEDAW por sus siglas en inglés.

⁶ Punto 227 del caso *Artavia Murillo*.

minos. En cambio, la Corte IDH sí señaló tres casos latinoamericanos de legalización del aborto, que no pueden considerarse como interpretación histórica, no solo por tratarse de situaciones minoritarias y de excepción en el continente, sino además porque éstos antecedentes no están fundamentados en el Artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así pues, el silencio explícito de la interpretación histórica por parte de la Corte es otro dato que mostró su falta de imparcialidad. Una ausencia tan grande sólo puede explicarse como un silencio deliberado, fruto de una postura preasumida.

Control de Convencionalidad. Max Silva apunta que la ilegítima aplicación de este control podría llevar a un auténtico “cataclismo para el ordenamiento jurídico interno de los países.”

Además, la Convención Americana no ordena que la jurisprudencia de la Corte deba imponerse a todos los Estados Parte, como pretende esta doctrina de convencionalidad. Por el contrario, la Convención fue muy respetuosa de la soberanía de los Estados. Por eso establece en su Artículo 2 que cuando alguna disposición del Pacto de San José no estuviera garantizada por disposiciones internas legislativas o de otro carácter de un país suscriptor, dicho Estado adopte medidas al interior de su orden jurídico, pero siempre con arreglo a sus procedimientos constitucionales, nunca impuesto desde el exterior.

Así pues, esta carencia de fundamento jurídico dentro del propio Pacto de San José de Costa Rica para la aplicación jurisprudencial de las decisiones de la Corte para los demás países que no han sido parte del juicio que le diera origen, nos permite concluir que aunque las resoluciones de ese proceso sean vinculantes para el Estado juzgado, no lo son para otros países. Lo anterior, sin perjuicio de la gran cantidad de defectos constatados en el presente juicio.

Debemos aclarar que los argumentos anteriores no buscan descalificar estos nuevos instrumentos de interpretación, sino moderarlos y exigir su utilización equitativa. El mal uso de éstos en el caso *Artavia Murillo*, evidencian la necesidad de su regulación dentro del Pacto, siguiendo para ello el protocolo existente para la incorporación de nuevos elementos a la Convención Americana:⁷ someterlo primero a la

⁷ Artículo 76 (2) CADH. “Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta

Asamblea General de la OEA con los quórumos requeridos⁸ y que entre en vigor cuando al menos dos tercios de los Estados parte la hayan ratificado.⁹

La Dignidad Humana como fundamento de Derechos. La declaración de Guanajuato puso a la dignidad humana como punto de partida de los derechos humanos, y de la protección del embrión; aspecto que el Dr. José Antonio Sánchez Barroso fundamenta en su capítulo correspondiente sobre la dignidad humana. Estamos convencidos de que la falta de comprensión de esta dignidad, como punto de partida de los derechos humanos, es la fuente actual de la discriminación arbitraria del embrión.

La desprotección del embrión humano. Llama la atención que ante los abusos realizados a los embriones humanos, en especial por la aplicación masiva de nuevas tecnologías de FIV, según se comentó en el capítulo ocho del presente libro, la Corte IDH pretenda debilitar la casi única protección legal internacional que el ser humano tiene en los primeros momentos de vida prenatal, dejando a los embriones en una situación de mayor explotación, pues ahora podrían ser objeto de compra-venta y de tráfico, problema ya de hecho frecuente en el campo de la fertilización asistida.

Falta de libertad a los estados. Finalmente haremos notar que la Corte desconoció el espacio de libertad que el diseño del propio artículo 4.1 le reconoce a los Estados para definir la protección al *nasciturus* desde el momento de la concepción. Es importante que la Corte reconozca un

Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación”.

⁸ Las enmiendas requieren someterse primero a la Asamblea General de la Convención Americana de Derechos Humanos, y no pueden entrar en vigor hasta que al menos dos tercios de los Estados parte la hayan ratificado: Artículo 76 (1). CADH: Cualquier Estado Parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.

⁹ Artículo 76 (2) CADH. “Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación”.

margen de apreciación a los Estados, precisamente para definir cuestiones polémicas como la extensión de la protección al derecho a la vida desde la concepción, lo que además garantiza la soberanía de los estados que han signado este pacto. La intromisión de la Corte para forzar a un país a interpretar aspectos en discusión, coarta la libertad de los estados en aspectos de libre decisión, dejando inclusive en entredicho la soberanía de los estados.

Consideraciones finales. El análisis del caso *Artavia Murillo* del presente estudio, sugieren que el juicio tuvo grandes errores, y que inclusive el proceso mismo tiene vicios importantes.

La inexistencia de instancias superiores a las cuales recurrir hace que nuestro reclamo vaya directamente a la Organización de Estados Americanos, a fin que se exija a la Corte IDH, en primer lugar, una auténtica imparcialidad; así como una moción a los Magistrados, que se declaren incompetentes cuando se analicen temas donde ellos tengan intereses directos.

Es claro que el compromiso de los gobiernos firmantes es con la Convención Americana de Derechos Humanos, firmada en el año 1969, incluido el compromiso con las decisiones concretas de la Corte IDH cuando se juzgan situaciones que afectan al propio Estado condenado. Por eso las resoluciones de la Corte IDH no son vinculantes para los demás Estados signatarios, según ordena la propia Convención, contrariamente a lo que pretende ilegítimamente la doctrina del control de convencionalidad.

Los coautores del presente libro también estamos convencidos de que el gobierno costarricense tiene derecho a moderar la aplicación de las resoluciones que lo afectan, en este caso, tanto en atención a las falencias mencionadas, como a las graves exigencias que pretenden imponerle. Por ejemplo, no creemos indispensable que el sistema de Salud Costarricense deba instaurar las técnicas de FIV, sino que cumpliría ampliamente con esa orden del fallo si se implementan otros tratamientos de infertilidad más éticos y humanos, que no impliquen la manipulación y destrucción masiva de embriones, y que tienen porcentajes de éxito final similares o aún mejores que las técnicas de fertilización in vitro, sin generar los graves problemas éticos mencionados a lo largo de esta obra. También se cumpliría con la resolución en comento si se aceptara el manejo de FIV con nuevas técnicas, como aquella que usa un solo óvulo y da origen, únicamente a un embrión, lo que ya elimina

la formación de embriones sobrantes, la sobre-estimulación ovárica, los embarazos múltiples, la congelación de embriones y su masiva destrucción, como se detalla en el capítulo 8 de este libro.

El presente juicio es también aleccionador en cuanto a los grandes riesgos que conlleva la aplicación indiscriminada de los nuevos instrumentos de análisis jurídico internacional y del Control de Convencionalidad. Lo anterior se torna más evidente cuando se juzgan temas tan complejos y polémicos como es el comienzo de la vida humana, donde la pluralidad y libertad de jurisdicción local deberá prevalecer sobre una imposición desde instancias internacionales, que pueden muy bien encontrarse sesgadas o ideologizadas, sin perjuicio de no estar lo suficientemente al tanto de las realidades locales de los países a los que juzgan.

Las graves desobediencias del presente fallo al Pacto de San José, le restan peso de manera importante al valor de su posible jurisprudencia, pues como tribunal internacional, la Corte debió abstenerse de formular juicios sesgados y cumplir su obligación y razón de ser: proteger y acatar las disposiciones de la propia Convención Americana de Derechos Humanos.

En el caso de *derechos humanos en conflicto*, como lo es el inicio de la vida humana, lo menos que se esperaba de una corte internacional es su neutralidad al juzgar, así como la aplicación de la Convención con base en lo realmente acordado por los países al momento de suscribirla. La demostrada falta de imparcialidad en el fallo en comento sienta a nuestro juicio, un muy mal precedente en la historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A lo largo del presente libro apuntamos una hipótesis: la Corte IDH *propuso* una redefinición del inicio de la vida humana; sus múltiples errores tanto desde el punto de vista biológico y jurídico, así como su lesión a la Convención Americana de Derechos Humanos, mostrados en el presente libro, nos permiten concluir de manera clara, que éste fue sólo una *propuesta* de redefinición, que tanto Magistrados, Legisladores, investigadores de otras áreas y pueblo en general de nuestro continente, podemos y debemos descartar.

En la ciudad de Querétaro, México a 14 de junio de 2016

Manuel Ramos Kuri

Centro de Investigación Social Avanzada

ANEXO

DECLARACIÓN DE GUANAJUATO

SOBRE FECUNDACIÓN *IN VITRO*

En la Ciudad de Guanajuato a los 20 días del mes de abril de 2013

ANTECEDENTES

En la Ciudad de Guanajuato, Guanajuato, México el 20 de abril de 2013, se han reunido personas expertas en el área de bioética, incluidos médicos, filósofos, biólogos, juristas, académicos y científicos en general, con el propósito de suscribir la Declaración de Guanajuato que incluye algunas reflexiones interdisciplinarias en relación a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica* del 28 de noviembre de 2012.

OBJETIVOS

En esta Declaración, se propone evidenciar algunas deficiencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ya referido, y postular diversos principios o ideas relevantes que deben considerarse por cualquier órgano nacional o internacional que tenga a su cargo la interpretación, promoción y defensa de los derechos humanos. Las personas cuyas firmas aparecen al final de la Declaración ("suscriptores"), aceptan y apoyan cada uno de los puntos enlistados en la misma, y los someten a la comunidad científica internacional para que, quienes coincidan, puedan manifestar su conformidad con ella ("adherentes").

Los suscriptores de la Declaración, lamentamos las imprecisiones científicas y jurídicas de la sentencia, por lo que los efectos de la misma deben ser únicamente para el caso planteado, es decir, en virtud de sus deficiencias no puede considerarse como un antecedente legítimo para el tema de la regulación legal de la Fecundación in vitro, ni para algún otro tema relacionado con la misma.

PUNTOS

- I. La dignidad humana es el fundamento de los derechos humanos. No existe valor alguno que posea la ultimidad fundamentadora de la dignidad. Ni siquiera la libertad, la igualdad, o incluso la justicia, son capaces de soportar por sí mismos todo el sistema normativo que suponen los derechos humanos. En consecuencia, todo órgano con funciones judiciales a nivel nacional o internacional, cuando tenga que resolver cuestiones relativas a una posible violación o afectación de derechos humanos, debe acudir ante todo a la dignidad humana, pues es el único elemento del sistema jurídico que le permitirá, por un lado, fundamentar correctamente su resolución en razón del respeto que se debe en todo momento al ser humano y; por otro, orientar la ponderación de derechos, lo cual supone encontrar la mejor manera para ejercitarlos. La actuación judicial que soslaye la importancia de la dignidad humana y en su lugar coloque algún otro valor o norma, anticipa una solución parcial que lejos de resolver la problemática planteada se traduce en una desprotección del ser humano contrariando la vocación inherente a los derechos humanos.
- II. La vida del embrión humano es, desde el principio humana, pues su naturaleza no se modifica o perfecciona en razón de su crecimiento, desarrollo o suficiencia; en consecuencia, merece desde el principio, la protección que ofrecen los derechos humanos. De la misma manera en que actualmente se reconocen los derechos de los niños, de las mujeres, de las personas con discapacidad, etcétera. Hoy en día los avances científicos en el área de la embriología, nos obligan a plantear y defender los derechos del embrión, colocándose en primer lugar el derecho a la vida dada su condición de vulnerabilidad.
- III. El término "concepción" utilizado por el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe ser entendido de la misma manera en que fue considerado al suscribirla en 1969, es decir, como la unión del óvulo con el espermatozoide. El argumento que sostiene que la implantación es lo que define la concepción es falso; la implantación cierra el ciclo de la concepción que, entre otras cosas, permite diagnosticar el embarazo. La práctica misma de las TRHA demuestra que el desarrollo del embrión se inicia desde la fecundación.
- IV. Los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, establecen

expresamente el derecho a la no discriminación, derecho del cual también es titular el embrión; por tanto, no hay razón que justifique la distinción que, en el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), se haga entre el embrión cuya implantación se procura y los embriones que son desechados o crioconservados. Estas acciones las consideramos moralmente reprochables y en las que se necesita una decisiva intervención de las autoridades.

- V. Los derechos humanos son normas independientes, lo cual significa que la legitimidad, existencia, vigencia y pertenencia de cada uno dentro del sistema jurídico no depende de la legitimidad, existencia, vigencia y pertenencia de otro. Por ende, no podemos y debemos confundir correlación con independencia. De tal modo, que los derechos reproductivos se relacionan, entre otros, con el derecho a la vida privada, pero ello no quiere decir que el primero esté condicionado por el segundo. De no aceptarse, la independencia de los derechos humanos, entonces se tendría que admitir forzosamente la jerarquía entre ellos. Esto es algo que en una sociedad democrática y verdaderamente libre no puede ser aceptado.
- VI. El sistema normativo propio de los derechos humanos no admite que uno de ellos, cualquiera que este sea, se sobreponga o imponga a priori a otro, ya que todos tienen la misma jerarquía y la misma fuerza obligatoria. Esto no obsta para que en caso de conflicto se realice una ponderación de los mismos. Considerar el derecho a la vida privada como fundamento de otros derechos como, por ejemplo, los derechos reproductivos no puede ser admitido en la lógica planteada.
- VII. La historia del mundo contemporáneo bien puede explicarse en términos de una franca lucha entre autoridad y libertad, que ha dado lugar a la irreconciliable división entre vida pública y vida privada como si los derechos humanos pudiesen ubicarse exclusivamente en alguno de esos espacios. La realidad es que los derechos humanos no son exclusivos de la vida pública, así como tampoco son estrictamente de la vida privada. Si los derechos humanos y en especial los derechos reproductivos, estuvieran enraizados únicamente en el ámbito público, estos no serían más que concesiones o prerrogativas que el Estado otorga a las personas. Por el contrario, si estuvieran fincados sólo en el ámbito privado, estos serían una especie de normas o directrices producto de la convención o consenso sociales. Ambas posturas ya están desacreditadas en nuestros días. En consecuencia, todo lo relativo a los derechos humanos, y en particular a los derechos reproductivos, tiene algo de público y algo

de privado. Indudablemente en su ejercicio interviene la libertad personal, pero el hecho de que el Estado se preocupe de su reconocimiento, protección y promoción, demuestra que en ellos también hay algo de público, es decir de justicia.

- VIII. La sociedad espera que cuando un órgano jurisdiccional nacional o internacional asume la protección de los derechos humanos, se allegue de los datos científicos necesarios proporcionados por académicos e investigadores adscritos a universidades y centros de investigación a fin que le permitan una adecuada apreciación de los hechos y circunstancias. En este sentido, se advierten varios errores e imprecisiones científicas y deficiencias metodológicas en la sentencia de la Corte, algunos de los cuales son: a) Peso excesivo de fuentes no científicas para definir la concepción; b) Se afirma de manera incorrecta que: "Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera de la mujer" (No. 179), siendo que desde el año 1934, el Dr. Gregory Pincus lo realizó en conejos; c) Se sostiene que todas las células del embrión de 2 semanas son idénticas (No. 184, pié de página No. 280), cuando en realidad tiene cientos de células y estructuras tan distintas como las membranas placentarias, y las estructuras complejas del embrión ectodermo, endodermo y mesodermo; d) Se confunde al óvulo fecundado con el blastocisto (No. 180), pues aseguran que el óvulo fecundado es el que se implanta en el endometrio y; e) Se afirma que en el embrión en estado de ocho células todas ellas son idénticas (Pag. 59, cita 280, perito Escalante), cuando es bien sabido que desde el embrión de dos células ya tienen una direccionalidad en donde prioritaria, aunque no únicamente una, define la formación del embrión y la otra célula es la base para la formación de la placenta y membranas placentarias.
- IX. La protección mínima que una sociedad justa puede ofrecer a los embriones desde la fecundación es el respeto por los Derechos Humanos. De no ser así, o bien, hacerlo a partir de la implantación daría lugar a acciones reprochables como: el tráfico ilegal de embriones humanos, la compraventa de los mismos o su disposición por los laboratorios sin el permiso de los padres biológicos, ni de los padres adoptivos.
- X. Los suscriptores y adherentes de esta Declaración movidos por nuestra tarea académica y científica de buscar la verdad y realizar el bien en nuestra labor, postulamos estos principios para que orienten toda reflexión que se haga respecto a los derechos humanos y, en especial, a los derechos reproductivos

SIGNATARIOS

- 1. Dr. Rodrigo Guerra López**
Centro de Investigación Social Avanzada
México
- 2. Dr. José Antonio Sánchez Barroso**
Universidad Nacional Autónoma de México
México
- 3. Dr. José Manuel Ramos Kuri**
Centro de Investigación Social Avanzada
México
- 4. Dra. Cristina Caballero Velarde**
Academia Nacional Mexicana de Bioética
México
- 5. Dr. René Salvador Zamora Marín**
Centro de Bioética Juan Pablo II
Cuba
- 6. Prof. Francisco José Ramiro García**
Chile
- 7. Dr. Domingo Pérez González**
Centro de Bioética Juan Pablo II
Cuba
- 8. Dr. Agustín Loria Argaiz**
México
- 9. Dra. Ma. De La Luz Casas Martínez**
Centro Interdisciplinario de Bioética
México
- 10. Dr. Hugo Saúl Ramírez García**
Universidad Panamericana
México
- 11. Dra. Luz María Guadalupe Pichardo García**
Centro Interdisciplinario de Bioética
México
- 12. Dra. Miriam M. Sanders**
Argentina
- 13. Mtro. Jorge Lona García**
- 14. Emilio José Ibeas**
España
- 15. Dr. Efrén Santacruz Paz**
Ecuador
- 16. Dra. Sara Francisca Chávez Prieto**
México
- 17. Felipe Alejandro Montaña Jiménez**
México
- 18. Lourdes Velázquez G.**
México
- 19. José Pedro García Scougall**
México
- 20. Diego Severiche**
Colombia
- 21. Psic. Yolanda González Castañeda**
México
- 22. Alfredo Benavides Zúñiga**
Perú
- 23. Rubén Horacio Wissar**
México
- 24. Roberto Contreras García**
México
- 25. Dra. Matilde A. Rodríguez Rico**
México
- 26. Pablo Arango Restrepo**
Colombia
- 27. Yuri Jesús Marimón Díaz**
Ecuador
- 28. Jocelyn Alejandra González Bastida**
México
- 29. Carolina Monjarás Guerra**
México
- 30. María Mercedes Lobato Alba**
México
- 31. Georgina Vaca Padilla**
México
- 32. Alma Rodríguez Ángeles**
México
- 33. Brenda Ivette Rocha Moreno**
México
- 34. Liliana Velázquez Ugalde**
México
- 35. Dra. Mirtha Flor Cervera Vallejos**
Perú

Disponible en: <http://www.declaraciondeguanajuato.org/firmantes.php> [Fecha de consulta: 2 de noviembre del 2016]

Al 2 de noviembre del 2016 se ha colectado la firma de 1345 adherentes además de los 35 firmantes de la Declaración.

El 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emitió un veredicto en torno a la prohibición de la Fertilización in vitro de Costa Rica.

Pocos fallos de la Corte IDH han levantado tanta polémica, la cual aún resuena a cuatro años después de emitido el juicio.

El presente libro recopila una serie de análisis en torno a este juicio, y muestra datos importantes que sugieren la necesidad de revisar algunas de las actuaciones de la Corte IDH que están poniendo en riesgo la viabilidad del sistema interamericano de Derechos Humanos.

Dos aspectos preocupan especialmente: lo que parece ser una excesiva intromisión de la Corte IDH en la ejecución de sus sentencias, de lo cual es un ejemplo el presente caso de Costa Rica; poniendo también en peligro la soberanía de los estados americanos. Por otro lado la desprotección al no nacido contenida en este juicio, se opone abiertamente a la propia Convención Americana de Derechos Humanos, la cual le otorga amplia protección al no nacido, según se analiza en el presente libro.

El análisis presente no busca denostar en modo alguno a la Corte, la cual ha protegido los derechos humanos de manera relevante en nuestro continente; pero envían una señal de alerta a la Corte IDH para que logre juicios verdaderamente imparciales en temas polémicos.

El presente trabajo está dirigido primeramente a Jueces y Magistrados de todos los niveles en el Continente Americano, pero también a defensores de derechos humanos, en especial a los defensores de derechos humanos en etapa prenatal, así como investigadores y estudiantes de biojurídica y bioética, analizando a fondo varios temas interesantes y complejos como son la soberanía de los estados, los derechos del no nacido y la fertilización in vitro.



Centro de Investigación
Social Avanzada

CISAV

Center for Advanced Social Research

Av. Fray Luis de León 1000
Centro Sur
Santiago de Querétaro, Qro.
76090, México
+52(442)245-2214

www.cisav.mx