

Santa María D'Angelo, Rafael

La interpretación del término concebido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una aproximación crítica a la sentencia del caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica

IX Jornadas Internacionales de Derecho Natural, 2013
Facultad de Derecho - UCA

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Santa María D'Angelo, R. (2013, octubre). La interpretación del término concebido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos : una aproximación crítica a la sentencia del caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica [en línea]. Presentado en *Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural : Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez*, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/interpretacion-termino-concebido.pdf> [Fecha de consulta:]

La interpretación del término concebido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una aproximación crítica a la sentencia del caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica

Rafael Santa María D'Angelo*

Introducción. I. El concebido en su interpretación jurídica. 1. ¿Y qué es lo constitutivo en el concebido? 2. Del ser humano-embrión al ser humano concebido: Diferenciar lo indiferenciable. 3. Control de Convencionalidad vs. Principio pro homine. II. El “aporte” de la sentencia al fundamento del derecho. 1. El dualismo ante la universalidad de los derechos humanos. 2. Sentido anti simétrico del derecho. 3. Daño al fundamento del derecho. 4. Constructivismo jurídico como nueva expresión del positivismo. Conclusiones.

Introducción

Hace algunos meses la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la Corte IDH, en una sentencia inédita se pronunció por primera vez sobre el inicio de la vida humana y su interpretación en la Convención Americana de Derechos Humanos, a partir del caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica¹, sobre supuestas violaciones de derechos humanos al haberse declarado inconstitucional en la Corte Constitucional Costarricense la Fecundación In Vitro.

Son diversas las perspectivas de análisis de este documento, importa sintéticamente destacar en la interpretación jurídica realizada sobre el concebido por este Tribunal Internacional, la situación dualística que se ha generado con la nueva consideración de la concepción comprendida ahora como implantación; al mismo tiempo evidenciar como el denominado *control de convencionalidad*- particularmente en este caso- extralimita los alcances de la Convención Americana de Derechos Humanos y se contrapone al principio pro homine.

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Lateranense de Roma. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa

¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 28 de noviembre del 2012, en adelante la *Sentencia*.

Con los alcances anteriores, e identificando la visión antropológica que subyace, considerar si esta sentencia contribuye o no al fundamento del derecho. Claramente los alcances de la dignidad ontológica del ser humano, de la simetría y universalidad de los derechos humanos son cuestionados con esta nueva tendencia del derecho, denominados por algunos como *constructivismo jurídico*.

Ciertamente esta sentencia tiene - y tendrá en adelante- más elementos de profundización, confiamos en que este aporte pueda contribuir a ello.

I. El concebido en su interpretación jurídica por la Corte IDH

La interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que expresamente hace referencia al reconocimiento del derecho a la vida, en general, a partir del momento de la concepción, viene realizada por primera vez por la Corte IDH y marca una pauta para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Tres presupuestos resultan fundamentales para comprender esta interpretación realizada por este Tribunal Internacional:

1. *¿Qué es lo constitutivo en el concebido?*; Y a partir de este análisis, considerar una ulterior interrogante,
2. De acuerdo al Pacto de San José de Costa Rica: *¿todo ser humano es persona humana?*
3. Y por último, *¿puede imponerse esta sentencia bajo el denominado control de convencionalidad a los Estados Partes que internamente tengan un reconocimiento y tutela jurídica más favorable al concebido?*

Las respuestas a estas interrogantes nos permitirán comprender la hermenéutica de esta Corte en relación al inicio de la vida humana y posteriormente reflexionar sobre su “contribución” al fundamento de los derechos humanos.

1. ¿Y qué es lo constitutivo en el concebido?

En orden de las ideas, vamos primero a exponer los criterios interpretativos de la sentencia en relación al concebido y luego formularemos la respectiva crítica.

Expresa la Corte IDH que:

“...en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término “concepción”. Una corriente entiende “concepción” como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión...”².

Con esta primera exposición nos muestra la Corte IDH que nos encontramos ante dos teorías sobre el inicio de la vida humana: la fecundación y la implantación.

Seguidamente, la sentencia refiere que sobre el inicio de la vida humana diversas perspectivas pueden brindar aportes tanto biológico, médico, ético, moral, filosófico, religioso, como jurídico; sin embargo, anticipando su posición refiere:

“...algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones

² Sentencia, párr. 180. (el énfasis es nuestro). Añade en su apreciación: “...si bien algunos artículos señalan que el embrión es un ser humano, otros artículos resaltan que la fecundación ocurre en un minuto pero que el embrión se forma siete días después, razón por la cual se alude al concepto de “pre embrión”. Algunas posturas asocian el concepto de pre embrión a los primeros catorce días porque después de estos se sabe que si hay un niño o más...” Ibídem, párr. 184.

no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten....”³.

La pregunta que surge inmediatamente es: *¿qué entiende la Corte IDH por atributos metafísicos de los embriones?*

Será precisamente esta interrogante la que se irá implícitamente respondiendo en la siguiente consideración de la sentencia, la misma que señala:

*“...de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción” (...) la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que **sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción.** Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, **si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo...**”⁴.*

En relación a estas valoraciones de la Corte IDH conviene precisar lo siguiente:

³ Ibídem, párr. 185 (el énfasis es nuestro)

⁴ Ibídem, párr. 186 (el énfasis es nuestro). Se añade también que: “...prueba de lo anterior, es que **sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella...**”. Ibídem, párr. 187 (el énfasis es nuestro).

a) Sobre el desarrollo humano del cigoto

En la misma exposición sobre las teorías sobre el inicio de la vida humana anteriormente expuesto se reconoce que de una parte “...en la **fecundación, del óvulo por el espermatozoide** se genera la creación de una nueva célula: el cigoto... que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión...”⁵. De otra parte, “...la **implantación del óvulo fecundado en el útero**... faculta la conexión del cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión...”⁶.

Bajo esta misma interpretación, vemos que en ambas teorías tenemos como común denominador al *desarrollo humano*; y conforme a una sucesión temporal, primero resulta ser el cigoto fecundado y luego el cigoto implantado, de modo que aquello que “cierra el ciclo” como lo expresa la Corte IDH, no podría dejar de comprenderse como el mismo cigoto, el mismo ser humano, esta vez anidado en el vientre materno.

b) En relación a los “*atributos metafísicos de los embriones*” y a la supuesta “*imposición de creencias a otras personas que no las comparten*”.

Citando a Arendt refiere Pessina: “...La concepción de los Derechos Humanos ha naufragado en el momento en que aparecieron individuos que habían perdido toda calidad y relaciones específicas, entre ellas su calidad humana. El mundo no ha encontrado nada de sagrado en la abstracta desnudez del ser humano...”⁷.

Ante esta “*abstracta desnudez del ser humano*” se aprecia “*la crisis de la idea de persona.... fruto del empirismo, reacio a atribuir a la realidad de la persona un*

⁵ Ibídem. Párr. 180.

⁶ Ibídem.

⁷ PESSINA ADRIANO, *Biopolítica e Persona* en *Medicina e Morale* 2009/2, P. 246. Cit. ARENDT H. *Le origini del totalitarismo*. Torino. Einaudi. 2004. Pp. 415 (traducción personal)

fundamento ontológico”⁸. Paradójicamente cualquier referencia a la persona humana, a su dignidad, al sentido de su libertad no resulta comprensible sin un elemento universal de carga metafísica, negar esto sería a fin de cuentas negar al ser humano su condición de sujeto (y de sujeto de derecho).

Por otro lado, se advierte un sutil modo de imponer una ideología, que se podría expresarse así: *para que no discrimines con un pensamiento metafísico, piensa de modo anti-discriminatorio, es decir desde lo anti-metafísico*.

En este sentido, “... pese a que el tribunal interamericano sostuvo que las distintas concepciones “no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten” (párr. 185), optó, sin una suficiente confrontación de las posturas en disputa, por una determinada posición, recayendo así en la aparente falacia...”⁹.

c) ¿Qué es lo sustancialmente identificable en el concebido?

Ante este razonamiento adoptado por la Corte conviene señalar que: “**...la anidación o implantación..., forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio... pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición de concebido...**”¹⁰.

⁸ D’AGOSTINO FRANCESCO, *Bioética y Persona*, Cuadernos de Bioética. Asociación Española de Bioética. 2004/1. Pp. 12. Se puede ver este artículo en <http://aebioetica.org/revistas/2004/15/1/53/11.pdf> (fecha de ubicación: 30 de noviembre del 2013)

⁹ PODER JUDICIAL DE LA NACION ARGENTINA, CAMARA FEDERAL DEL SALTA, *Lodi Ortiz Andrea Melisa- Larran Cristian c/ Swiss Medical s/ Amparo*. Expediente N° 61000007/13. Sentencia del 08 de Julio del 2013, FJ. B.2. i), párr. 20.

¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, Exp. N.º 02005-2009-PA/TC, sentencia del 16 de Octubre del 2009, Fj. 38 (el énfasis es nuestro)

Como señala LEJEUNE: “...si quisiéramos poner un límite al momento en que empieza el ser humano, no veo más que uno solo, dado por la ciencia actual, y es el siguiente: si se admite la definición genética del ser humano, decimos que un ser humano empieza cuando está reunida toda la información necesaria y suficiente para definir este ser humano, y sabemos que esta información está reunida en el momento de la penetración de la cabeza del espermatozoide, que cierra la zona pelúcida, volviéndose hermética a toda penetración de una información genética ulterior. Esta es el único punto de partida que nos da la ciencia moderna, cuando se cree en la biología molecular...”¹¹.

Afirmar que la individuación se alcanza con la anidación es un error desde el punto de vista biológico, y **supone además confundir identidad con continuidad**. Podemos suponer que el embarazo empieza cuando la implantación del embrión se consolida, unos ocho días después de la fertilización del óvulo, pero afirmamos que la vida humana no empieza con el embarazo sino con la fecundación. El embarazo es una etapa de la vida humana, no determina su inicio.

Además, “...propiamente en la consideración del embrión como sujeto de derecho, surge la interrogante: ¿o el derecho sirve a la persona o se pone en contra de ella? Pues, al distinguir el derecho entre sujetos y objetos, no podemos decir que existe el medio hombre, no podemos decir que existe alguna cosa que es más de una cosa, pero que no es todavía un hombre. Es necesario que la definición de aquello que es humano no sea dejada al derecho, sino que se reconozca aquello que ya tiene en la realidad pre-existencia...”¹².

Por lo anterior, resulta una contradicción y sin sentido el razonamiento de la Corte IDH, pues de una exposición sobre las teorías del inicio de la vida humana, arbitrariamente asume una falaz posición que no sólo no identifica al ser humano, sino

¹¹ LEJEUNE JEROME, AA.VV. *Biotechnología y futuro del hombre: la respuesta bioética*, Conversaciones de Madrid. Eudema S.A. Madrid 1992. Pp. 121- 122.

¹²” SANTA MARIA D’ANGELO RAFAEL, *Dignidad humana y “nuevos derechos”: una confrontación en el derecho peruano*. Palestra. Lima 2012. Pp. 98

que lo desconoce, pues claramente “**...la concepción, la fecundación de un óvulo por un espermatozoide, no produce ningún otro ser que no pertenezca a la naturaleza de “ser humano...”**”¹³.

Convertir lo accidental en esencial muestra un grave error interpretativo de esta sentencia, y bajo esta lógica “**....cabría concluir que no son personas, por ejemplo, el recién nacido que es inmediatamente abandonado a su completa suerte, pues es claro que tampoco podría desarrollarse por falta de nutrientes y del ambiente adecuado para ello; ni quien mantiene su vida vegetativa con ayuda de la tecnología médica, pues su dependencia resulta evidente....**”¹⁴.

Con esta situación la Corte IDH crea una situación dualística *que diferencia innecesariamente al ser humano de la persona humana.*

2. Del ser humano-embrión al ser humano concebido: Diferenciar lo indiferenciable

En efecto, derivado de las consideraciones anteriores la Corte refiere lo siguiente:

*“...la expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que **la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer**, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante*

¹³ FERNANDEZ SESSAREGO CARLOS, *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Publicaciones de la Universidad de Lima. 1990. Pp. 64- 65 (el énfasis es nuestro).

¹⁴ PODER JUDICIAL DE LA NACION ARGENTINA, CAMARA FEDERAL DEL SALTA, Ob. Cit., párr. 19.

un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales...”¹⁵.

Adicionalmente expresa este Tribunal Internacional: **“...la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión...”¹⁶**. A esto habría que añadir *la interpretación conforme el sentido corriente de los términos y la evolutiva, ambas con iguales consecuencias, es decir negando el estatus personal al embrión.*

Dos puntos para valorar:

a) No todo ser humano es persona humana.

Con esta interpretación realizada por la Corte IDH, se limita los alcances referidos en la Convención Americana de Derechos Humanos que señala: *“para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”¹⁷*.

Se complica además el sentido antropológico del concebido no implantado, pues surge la pregunta: *¿Qué vendría a ser considerado? ¿Se podría hacer referencia al ser humano- embrión no sujeto de derecho y al – ser humano implantada sujeto de derecho? ¿No es acaso el mismo ontológicamente?*

Refiere Ballesteros: *“...esta negación de la individualidad del embrión antes de la implantación implica una absolutización de la dependencia del embrión respecto de la madre. Es indudable tal dependencia, pero no es del todo diferente a la dependencia*

¹⁵ Sentencia, párr.222 (el énfasis es nuestro)

¹⁶ Ibidem, párr. 223 (el énfasis es nuestro)

¹⁷ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, artículo 1, inciso 2.

*que tiene el individuo adulto respecto al medio, en lo que se refiere a la necesidad de oxígeno, agua y alimentos....*¹⁸

Claramente si la persona se redujese a un conjunto de características o funciones que aparecen y desaparecen en los diversos individuos y en diversas situaciones, tendríamos para reconocer a una persona que valorar caso por caso¹⁹. Al respecto refiere Andorno: *“...nuestra dimensión corporal, lejos de ser un mero «accidente» de nuestra existencia, o un objeto sin valor moral intrínseco, debe ser reubicada una perspectiva más amplia, como elemento constitutivo de nuestro ser personal...”*²⁰.

Este dualismo presentado en la actualidad no resulta un conflicto social más, sino que atañe a toda la humanidad la cual no queda reconocida sino más bien seleccionada, y la interrogante resulta seleccionada *¿ante los ojos de quién?, ¿a título de qué?*; un nuevo eugenismo se proyecta discriminando con ello al mismo ser humano²¹.

En este sentido es de considerar que *“el valor del ser humano no queda condicionado por la adquisición de determinados atributos, pues a quien hay que defender es al hombre sin atributos”*²².

¹⁸ BALLESTEROS JESUS, *La investigación con células-madre: Aproximación filosófico-jurídica*. Cuadernos de Bioética. Asociación Española de Bioética. 2004/2. Pp. 176

¹⁹ Cfr. PALAZZANI LAURA, *Persona, Bioetica e Biogiuridica*. Medicina e Morale. Rivista Internazionale di Bioetica. Centro di Bioetica. Facoltà di Medicina e Chirurgia Agostino Gemelli. Università Cattolica del Sacro Cuore. Roma. 2004/2. Pp. 312.

²⁰ ANDORNO ROBERTO, *La dimensión biológica de la personalidad humana: el debate sobre el estatuto del embrión*. Cuadernos de Bioética 2004/1. Asociación Española de Bioética. Pp. 36.

²¹ Cfr. PALAZZANI LAURA, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, G. Giappichelli, Torino 1996. Pp. 31 -38. *“...De acuerdo con una concepción bien fundada filosóficamente desde el punto de vista de la tradición, es persona todo ser de una especie cuyos miembros poseen la capacidad de alcanzar la autoconciencia y la racionalidad. Por tanto, si sólo fueran personas aquellos seres que, en efecto, poseen dichas cualidades en acto, en ese caso a cualquier hombre dormido podría serle impedido despertar vivo, pues mientras duerme, claramente no es persona. El deber de proteger su vida -cuando se queda dormido sin el temor de no volver a despertar ya nunca- cesa, en todo caso, según nuestros deseos...”* SPAEMANN ROBERT, *¿Son todos los hombres personas?* Cuadernos de Bioética 31, 3º Grupo de Investigación en Bioética. Santiago de Compostela. 1997, Pp. 1030-1033.

²² SANTA MARIA D'ANGELO RAFAEL, *El Diagnostico prenatal de los discapacitados y la tutela de los derechos fundamentales*. Diálogo con la Jurisprudencia Nº 116. Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2008. Pp. 172

b) Hermenéutica de la Corte IDH en relación al concebido.

Conviene hacer algunas referencias en torno a la interpretación a fin de comprender mejor la actuación de la Corte IDH en este caso.

La interpretación viene anticipada por la comprensión y es el **resultado cognoscitivo de un proceso interpretativo**, la misma que establece una **relación circular entre el intérprete y el objeto**. Como operación intelectual, la interpretación es una operación que trata de entender el **sentido** de tal objeto.

El sujeto que interpreta toma en cuenta el contorno fáctico de la norma (aspectos históricos, sociales y políticos), pero lo hace desde una **previa concepción filosófica** (consciente o inconsciente), lo que algunos llaman *pre comprensión orientadora*²³.

Desde una perspectiva hermenéutica jurídica señala Zaccaria: *"...será siempre el interprete con su irrenunciable intervención, la persona llamada a reducir, y hasta a eliminar totalmente, las incongruencias presentes para restituir al derecho a una condición suficiente de racionalidad. Será algo posible, y frecuente, el "conflicto de interpretaciones", debido al sentido no unívoco de los textos y de los comportamientos sociales: lo que se resuelve gracias a una interpretación dotada de fuerza autoritaria (que constituye....lo que diferencia la práctica jurídica de otras prácticas sociales)..."*²⁴

Los diversos elementos interpretativos como el gramatical, lógico, histórico y sistemático, deben ser combinados armoniosamente para obtener una interpretación coherente, adecuada para los fines de seguridad y paz que persigue el orden jurídico.

²³ Cfr. LUCAS LUCAS RAMON, *El hombre, espíritu encarnado. Compendio de Filosofía del hombre*. Ediciones Sígueme. Salamanca 2005. Pp. 16-17. Cualquier pregunta se realiza desde un cierto saber ya. En el caso del hombre para poder formular esta interrogante: *¿por dónde comenzar el conocimiento del hombre?*, el que pregunta *antes debe tener una idea de sí mismo*, aunque sea una idea vaga e indeterminada. Una pre-comprensión orientadora.

²⁴ G. ZACCARIA, *Dimensiones de la Hermenéutica e interpretación jurídica*, en *Persona y Derecho* N° 35, 1996. p. 247.

Ahora bien, esta situación relativista en el campo de la hermenéutica y específicamente de la interpretación jurídica, en la que se pregona abiertamente que *no es posible lograr una única interpretación verdadera, capaz de dar con el único sentido autentico de un enunciado normativo, y que cada texto es susceptible de numerosas posibilidades interpretativas* cabe preguntarse: *¿Cómo orientar al intérprete entre tantas y posibles interpretaciones? ¿Qué filosofía está en el punto de partida de la interpretación jurídica? ¿Será posible estar de interpretación en interpretación sin llegar a descubrir nunca una afirmación verdadera?*

Como refiere Herrera en relación a la hermenéutica sobre la experimentación embrionaria y la procreación asistida: *“....en el fondo lo está en el meollo de la cuestión es la noción misma de la verdad. O la verdad tiene su fundamento in re, en el propio ser de las cosas y del hombre en este caso, o la verdad se llega por consenso o convergencia de puntos de vista distintos...”*²⁵

Desde la *interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano que lo lleva a confirmar a la Corte que **no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión, vemos dos aspectos a destacar:***

En la sentencia se hace referencia a la teoría del “pre-embrión” originada del Informe Warnock, amerita ahora recordar que esta teoría ha perdido hoy crédito y no ha sido aceptada en las diversas recomendaciones internacionales en esta materia²⁶.

Recientemente en una aproximación más exacta del concebido, la Corte de Justicia de la Unión Europea ha reconocido *“... el embrión humano como el óvulo humano fecundado y capaz de desarrollarse, desde la fusión de los núcleos, así como toda célula extraída de un embrión denominada «totipotencial», es decir, una célula que,*

²⁵ HERRERA DANIEL ALEJANDRO, *La persona y el fundamento de los derechos humanos*. Educa. Buenos Aires 2012. Pp. 503.

²⁶ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (Doc. A2-327/88) sobre los problemas éticos y jurídicos de la ingeniería genética; Resolución (Doc. A2-372/88) sobre problemas éticos y jurídicos de la procreación artificial humana.*

reuniéndose las demás condiciones necesarias, es apta para dividirse y desarrollarse hasta formar un individuo...”²⁷.

Esta afirmación nos ofrece dos importantes resultados: la superación de la teoría del “pre-embrión” y la coincidencia entre concepción- fecundación, evidenciando de este modo el hecho mismo del comienzo de la vida²⁸.

Sin embargo, la Corte IDH en relación a esta sentencia expresa: “*ni la sentencia establecen que los embriones humanos deban ser considerados “personas” o que tengan un derecho subjetivo de vida*”²⁹. Ante esta situación conviene señalar: ¿De cuales presupuestos parte la Corte IDH para iniciar esta interpretación? No es acaso un sutil modo de imponer una ideología.

3. Control de Convencionalidad vs. Principio *pro homine*

Lo cuestionable - además de lo anteriormente referido- de esta sentencia, es que pretende imponer un modo de interpretar la valoración del derecho a la vida a todos los Estados Parte, que no solamente haga inicua interpretación del Pacto de San José, sino que se impongan por encima de todas las constituciones (en caso hubiera una consideración más favorable a la vida, piénsese en el derecho peruano que considera al concebido como sujeto de derecho), el denominado *control de convencionalidad*.

En efecto, se señala en dicho documento internacional:

²⁷ CORTE DE JUSTICIA EUROPEA, Caso Oliver Brustle vs Greenpeace, sentencia del 18 de Octubre del 2011. Párr. 12.

²⁸ Cfr. CASINI MARINA; CASINI CARLO; SPAGNOLO ANTONIO GIOACCHINO; SANTA MARIA D'ANGELO RAFAEL; MEANEY JOSEPH; NIKAS NIKOLAS, *La procreazione artificiale all'attenzione della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo. Il caso Gretel Artabia et Al.vs. Costa Rica*. Medicina e Morale, 2012, 3. Università Cattolica del Sacro Cuore. Roma. Pp. 415.

²⁹ Sentencia, párr. 250.

*“...en consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, **en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada "protección más amplia" en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella...**”³⁰.*

Esta situación no sólo extralimita las competencias del Corte IDH y vulnera el ámbito interno de cada derecho nacional de los Estados Partes, sino que atenta contra principios fundamentales del derecho.

Así se aprecia que el principio *pro homine* que reconoce siempre lo más favorable para la persona humana- y en este caso lo preponderante resulta el derecho a la vida en su fase inicial- viene dejado de lado (con el criterio de no absolutizar el derecho a la vida del concebido), y subordinado a los derechos a la vida privada y familiar, al derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el denominado principio de no discriminación.

En este sentido la Corte IDH *“...pese a reconocer la existencia de dudas y controversias en torno al momento en que comienza la persona, se inclinó por la visión más restringida y acotada de la protección del derecho a la vida, lo que resulta incompatible con la aplicación del principio pro homine que gobierna la materia...”*³¹.

³⁰ Sentencia, párr. 259 (el énfasis es nuestro).

³¹ PODER JUDICIAL DE LA NACION ARGENTINA, CAMARA FEDERAL DEL SALTA, Ob. Cit., párr. 23.

En todo caso, de haber dudas sobre las consideraciones hasta aquí desarrolladas, es oportuno recordar que conforme a la ***doctrina del margen de apreciación (o de discrecionalidad)*** de los Estados, éstos pueden defenderse y promover los valores que caracterizan su identidad cultural, histórica y constitucional.

Precisamente la Corte Europea de los Derechos Humanos en el caso S.H. vs Austria (n. 57813/00), decidido en la primera sesión de la Corte Europea (1 de abril del 2010) y delante de la Gran Cámara (3 de noviembre del 2011), tiene implícitamente rechazado la idea que exista un derecho al hijo como derecho humano fundamental. El amplio margen de maniobra reconocido de la Corte a los Estados singulares se extiende también a su decisión de prohibir *tout court* la fecundación artificial no siendo obligación de los Estados de adoptar una normativa que consiente las tecnologías reproductivas a la generación humana. Todavía –afirma la Corte Europea- cuando las decisiones admita la fecundación artificial ha sido tomada, la disciplina debe ser plasmada en modo coherente³².

Lamentablemente, en el presente caso la Corte IDH ha impuesto una sesgada posición, contraviniendo una tradición jurídica personalista, la que acorde con el pensamiento jurídico moderno no puede aceptar, en base al principio de igualdad, otro criterio de humanidad que aquello resultante de la biología: cada individuo viviente perteneciente a la especie humana- y por tanto también el ser humano apenas concebido- es hombre y por tanto persona.

El control de convencionalidad no puede ser solo positivo, deviene en absoluto y atenta contra el fundamento: el ser humano.

³² Cfr. CASINI MARINA; CASINI CARLO; SPAGNOLO ANTONIO GIOACCHINO; SANTA MARIA D'ANGELO RAFAEL; MEANEY JOSEPH; NIKAS NIKOLAS, Ob. Cit., Pp. 417

II. El “aporte” de la sentencia al fundamento del derecho

Por lo anteriormente referido vemos que la sentencia en análisis no contribuye al fundamento del derecho, antes bien representa un menoscabo por las siguientes razones:

1. El dualismo ante la universalidad de los derechos humanos

Como se corrobora en la sentencia, no son pocos en la actualidad que al referirse a la “persona” consideran que no significa “ser humano” y viceversa³³.

Separada de sus raíces, la noción de persona asume hoy nuevos roles que ponen en peligro su propio valor, intuitivo y originario. Luego de los fenómenos discriminatorios referidos, nos enfrentamos ahora a una nueva forma de exclusión humana más sutil, por el grado de desarrollo físico, psíquico y social del ser humano, que específicamente ataca los casos confines de la vida humana.

Si el fundamento del derecho de la persona humana no es el ser humano en su referencia ontológica, se pierde el sentido universal de los derechos humanos. *¿Tendría sentido hablar de derechos para algunos seres humanos?* A lo mejor se podría acuñar el término de derechos “anti-humanos”.

Por ello se debe comprender que la universalidad de los derechos fundamentales resguarda al hombre en cuanto hombre, más allá de sus determinaciones particulares, la universalidad de los miembros de la familia humana. Se debe respetar al hombre en aquello que es ontológicamente, este es el único principio que puede dar razón suficiente de los Derechos del hombre: universales y no derogables³⁴.

³³ Esta no es la primera vez que la reflexión racional y la experiencia concreta muestran la separación entre persona y ser humano. Bastaría hacer referencia a la esclavitud, el racismo, a la persecución judía, por mencionar algunas en las cuales no era negada la pertenencia biogenética a la especie humana, sino el reconocimiento ontológico de persona, y como tal su relevancia ética y jurídica. Cfr. PALAZZANI LAURA, *Introduzione alla Biogiuridica*. Giappichelli Editore. Torino 2002. Pp. 21-42

³⁴ Cfr. COTTA SERGIO, *Conoscenza e normatività. Una prospettiva metafisica*. COTTA SERGIO (a cura), *Conoscenza e normatività. Il Normativo tra decisione e fondazione*. Giuffrè Editore. Milano 1995. Pp. 9-13

2. Sentido anti simétrico del derecho

El derecho exige necesariamente la *simetría*, es decir la intercambiabilidad de los sujetos. Aquello que pretendo (de ser o hacer, de tener o rechazar) para mí, no puedo no reconocerlo a cualquier otro en la misma situación, de lo contrario no se tiene derecho.

La *simetría* implica la *paridad ontológica* de los entes, lo que nos permiten a su vez relevar la unión inseparable del derecho y la obligación, su *reciprocidad*³⁵.

Vemos que en el fundamento expresado en la sentencia, prevalece la autonomía personal sobre el interés superior del niño, sobre la protección del débil, sobre el principio precautorio.

En efecto, esta “deriva” de los derechos del hombre actúa en la dirección de los derechos individuales, es decir de los adultos que organizan la sociedad según una orientación utilitarista. Desde una perspectiva relacional ya el derecho no sería “un reconocimiento del otro”, sino un “desconocimiento del otro”. Precisamente este otro, en el caso y en los tiempos actuales es el débil de la relación.

En este sentido, en la actualidad hacer mención al interés superior del niño es previamente reconocer- y condicionar prioritariamente- un derecho a la autodeterminación o a la *privacy* de los adultos.

Lo curioso que se aplica el *principio de precaución*, con mucha “mano dura” en el ámbito de la protección ambiental, sin embargo en relación al inicio de la vida humana se da una inversión en el orden de las pruebas.

³⁵ “...el recíproco reconocerse como iguales brinda razón del carácter propiamente humano del derecho y de su universalidad. Es intuición antigua que no puede existir relación jurídica entre hombre y animal, porque falta en ellas una paridad ontológica que la haga posible...” D’AGOSTINO FRANCESCO, *Diritto e Giustizia*, Edizioni San Paolo. Torino 2000. Pp. 11 (traducción personal)

Ciertamente la identidad humana del embrión esta fuera de discusión, no obstante ante esta *“denominada pluralidad de teorías sobre el inicio de la vida humana”*, la duda acerca la plena humanidad del concebido no es una buena razón para pisotear la dignidad y ocasionar la muerte.

3. Daño al fundamento del derecho

La no discriminación que supone considerar la igual dignidad de todo ser humano, igualdad que resulta ontológica – presente en todo ser humano- y por tanto no admite una categoría intermedia entre los objetos y los sujetos.

Sin embargo, vemos que con esta sentencia se introduce la categoría del *“medio-hombre”* o del *“hombre que no es persona”*, en este caso el *embrión no implantado*, quien dejo de ser considerado sujeto de derecho para convertirse en “objeto” de derecho.

Queda claro pues, que no existe una gradualidad en la persona, no se es más o menos persona. Se es o no es persona, y la dignidad pertenece al sujeto de esta natura por el mero hecho de ser sujeto de ésta. Esto además queda evidenciado cuando descubrimos, muchas veces sólo a nivel pre-consciente, un profundo e inexorable impulso a que seamos tratados como *“alguien”* y no como *“algo”*. Todo nuestro ser se rebela ante la posibilidad de ser instrumentalizados por otros³⁶.

Pues bien, este dinamismo interior de autodefensa del “yo”, como sujeto y no como objeto, apunta hacia la existencia de nuestra dignidad. Una dignidad que no está condicionada a ninguna instancia exterior o no esencial, como el rango social o económico, la raza, la salud, etc. La persona humana vale por el mero hecho de ser persona y no por ésta o aquélla de sus características accidentales.

³⁶ Kant tenía razón cuando dijo: *“Nunca trates a los demás como meros medios, sino como fines en ellos mismos”*. KANT I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Real Sociedad Matritense de Amigos del País. Madrid 1992. Pp. 73.

Lamentablemente- y tendenciosamente- la sentencia de la Corte IDH contraviene en su sentido interpretativo estas consideraciones básicas que iluminan precisamente el fundamento al derecho.

4. Constructivismo jurídico como nueva expresión del positivismo

Como refiere D'Agostino "...en la "modernidad" **el sentido común no se comprende más como un *presupuesto*, sino esencialmente como un *producto***, así el derecho no posee medida objetiva distinta de lo *humanum* en cuanto tal; ello deviene, a su modo, estructura *artificial* y en cuanto tal está llamado a cooperar, en posición claramente subordinada, a todos aquellos fenómenos de artificialización de la compleja experiencia humana, en que se reduce la odierna promoción humana..."³⁷

Si el derecho viene "fabricado" por el consenso humano, por la imposición del más fuerte contra el más débil, si el derecho no sigue al hombre simplemente por ser hombre, sino por las pruebas de humanidad que éste debe demostrar, cabría la pregunta: *¿para qué y a quién sirve este derecho?*

Conclusiones

La sentencia de la Corte IDH en el caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, ha delimitado una posición contraria no sólo a los puntos esenciales de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino al sentido universal de los derechos humanos.

³⁷ D'AGOSTINO FRANCESCO, *Promozione e alienazione della persona. La prospettiva del giurista*. P. Donati (a cura), *La cultura della vita. Dalla società tradizionale a quella postmoderna*. Franco Angeli. Milano 1989. Pp. 251- 252 (traducción personal).

Afirmar que la concepción resulta sinónimo de implantación, contraviene el dato científico actual y el proceso continuo en el inicio de la vida humana, además crea un dualismo innecesario según el cual algunos seres humanos embriones no implantados, serían desconocidos como sujetos de derechos, frente otros mismos seres humanos ya implantados en el útero de la mujer sí reconocidos como sujetos titulares de derechos.

La interpretación arbitraria que se hace en cuanto a prevalecer esta sentencia sobre cualquier referencia *constitucional* que favorezca del ser humano en su inicio de la vida, enfrenta innecesariamente a la Corte IDH con los Estados Parte (y con ello se alejan de una tradición jurídica personalista), y al mismo tiempo representa un atentado a los principios fundamentales del derecho, pues finalmente **si el derecho no se funda – y favorece- a la persona humana en su sentido ontológico, ¿a quién sirve?**