

La protección de la dignidad del niño concebido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La protection de l'enfant conçu par le droit à la dignité dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme

Jorge Nicolás Lafferrière¹

Profesor

Pontificia Universidad Católica Argentina

Sumario

Introducción

I. La dignidad de la persona humana y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

I.1. La dignidad de la persona humana

I.1.a) La noción de dignidad humana: alcances y fundamento

I.1.b) La dignidad en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

I.2. La dignidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

I.2.a) La dignidad humana en la Convención Americana de Derechos Humanos

I.2.b) La dignidad humana en la jurisprudencia de la CIDH

II. La dignidad de la persona por nacer y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

II.1. La dignidad del ser humano por nacer

II.1.a) La persona por nacer y su dignidad personal

II.1. b) Ámbitos de protección jurídica de la dignidad de la persona por nacer

II.2. La persona por nacer en la jurisprudencia de la CIDH

II.2.a) Análisis de la jurisprudencia de la CIDH sobre La persona por nacer

II.2.b) Perspectivas jurídicas de la protección jurídica de la dignidad de la persona por nacer en el SIDH

Conclusiones

¹ Abogado (UBA), Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), Director de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Profesor Titular Ordinario de Principios de Derecho Privado e Instituciones de Derecho Civil (UCA), Profesor Adjunto de Derecho Civil (UBA), Director del Centro de Bioética, Persona y Familia.

La protección de la dignidad del niño concebido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Introducción

La dignidad de la persona humana es uno de los principios jurídicos fundamentales del derecho en el nuevo milenio. Ese respeto irrestricto al ser humano por su alto valor y grandeza está presente en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que, desde 1948, han dado una nueva configuración a los ordenamientos jurídicos en todo el mundo. En este marco, nos proponemos analizar la cuestión de la persona por nacer y la protección jurídica de su dignidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para ello, en la primera parte comenzamos analizando la noción misma de dignidad de la persona humana, sus alcances y fundamento. Luego, hacemos una sintética presentación sobre la presencia del concepto de dignidad en los más relevantes Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Luego abordamos el tema de la dignidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto en la Convención Americana como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la segunda parte, nos detenemos específicamente en la dignidad del ser humano por nacer, con sus ámbitos de protección jurídica. Consideramos al concebido en la jurisprudencia de la CIDH y formulamos algunas reflexiones sobre las perspectivas futuras del tema en el sistema interamericano.

I. La dignidad de la persona humana y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

I.1. La dignidad de la persona humana

I.1.a) La noción de dignidad humana: alcances y fundamento

La "dignidad" de la persona humana es una de las nociones fundamentales de la antropología. Existe una conciencia general de que el "modo de ser" del ser humano no es igual que el "modo de ser" de otros seres animados o que las cosas. El hombre no es una forma de vida más sino que posee una diferencia que se desprende de esa cualidad que denominamos "dignidad". "Las personas pertenecen siempre a una especie natural determinada, pero pertenecen a ella de otro modo a como otros individuos pertenecen a su especie"². Esa noción de dignidad se tradujo en la experiencia jurídica en el reconocimiento del ser humano como "persona".

Luego de la II Guerra Mundial, la noción de "dignidad" cobrar mayor relevancia y surge la necesidad de explicitar el valor intrínseco de todo ser humano ante la gravedad de los

² SPAEMANN, ROBERT, *Personas. Acerca de la distinción entre «algo» y «alguien»*, cit., p. 37.

atropellos cometidos por el régimen nazi. Así, hoy la noción de dignidad ocupa un lugar central en todo el derecho.

Spaemann aclara que “el concepto de dignidad se refiere a la propiedad de un ser que no es sólo «fin en sí mismo para sí», sino «fin en sí mismo por antonomasia»³. Por eso, la dignidad se funda en que la persona vale en sí misma y no en tanto posee ciertas cualidades o sirve para ciertos fines.

En la vida jurídica, la noción de dignidad presenta algunas dificultades en su aplicación, por la disparidad de criterios en torno a su significado⁴. Podemos decir que hay una fuerte tensión en torno al alcance y utilidad de la noción de dignidad⁵. La postura más extrema ha sido dada en bioética por Macklin, quien afirmó que "la dignidad es un concepto inútil en bioética"⁶. Por nuestra parte, coincidimos con Roberto ANDORNO en torno a la importancia de la dignidad en tanto es como la última barrera contra la alteración de algunas características básicas de la especie humana que podría ocurrir con prácticas como la clonación reproductiva o las intervenciones sobre la línea germinal⁷.

Ilva Hoyos considera que hay tres modos de hablar sobre la dignidad humana: i) la dignidad funcional, es decir, aquella que refiere al merecimiento que corresponde una persona por los papeles o funciones que desempeña o por las acciones que realiza en la sociedad; ii) la dignidad referida a la autonomía, que responde al pensamiento kantiano en virtud del cual la autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional; y iii) la dignidad referida al ser, entendida pues como la eminencia que corresponde a la persona, es decir, quien subsiste en una naturaleza que de suyo dice perfección⁸.

En el plano de los principios, dos grandes posturas se enfrentan en torno a la noción misma de dignidad de la persona humana. Para una postura, la dignidad se deriva de la autonomía personal y por tanto está condicionada al ejercicio de la autonomía. Para otra postura, la dignidad deriva del mismo hecho de ser humano, es ontológica, y por tanto se reconoce a todo ser humano, ya sea que pueda ejercer o no una autonomía personal. En bioética, se suele asimilar la dignidad a la noción de autonomía, pero ello acarrea graves riesgos porque termina limitando la protección jurídica al ser humano que goza de autonomía. Así, paradójicamente, los seres humanos que no poseen autonomía o la tienen limitada y como tales requieren mayor protección, terminan en los hechos excluidos de los sujetos comprendidos en la noción de "dignidad".

³ SPAEMANN, ROBERT, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en AA.VV., *El Derecho a la Vida*, C.I. MASSINI y P. SERNA (Editores), Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A. - EUNSA, 1998, p. 91.

⁴ Ver en general MELTZER HENRY, Leslie, "The Jurisprudence of Dignity", 160 U. PA. L. REV. 169 (2011); GREEN, Ronald M., *Babies By Design: The Ethics Of Genetic Choice* (2007); KATEB, George, *Human Dignity* (2011); MEILANDER, Gilbert, *Neither Beast Nor God: The Dignity of the Human Person* (2009); PINKER, Steven, "The Stupidity of Dignity", NEW REPUBLIC, May 28, 2008, at 28, 30.

⁵ Ver en general: CALO, Zachary R., *Human Dignity and Health Law: Personhood in Recent Bioethical Debate*, 26 NOTRE DAME J.L., ETHICS & PUB. POL'Y 473 (2012) (argumentando en p. 499, que la dignidad es importante porque provoca el trabajo de definir cómo nos entendemos a nosotros mismos y las obligaciones de nuestra vida común). Un libro reciente sobre el tema: *Human Dignity in Bioethics: From Worldviews to the Public Square* (Stephen DILLEY & Nathan J. PALPANT eds., 2013).

⁶ MACKLIN, Ruth, "Dignity Is a Useless Concept", 327 BRIT. MED. J. 1419 (2003).

⁷ ANDORNO, Roberto, "Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics", 34 J. MED. & PHIL. 223, 228 (2009).

⁸ HOYOS, ILVA MYRIAM, *De la dignidad y de los derechos humanos. Una introducción al pensar analógico*, Bogotá, Editorial Temis S.A. - Universidad de La Sabana, 2005, p. 162-173.

José Chávez-Fernández Postigo considera que la discusión entre la dignidad como autonomía y la dignidad como condición ontológica se supera desde la idea de dignidad como libertad ontológica, evitando caer en una concepción meramente estática de la dignidad ontológica e incorporando el elemento dinámico de la libertad, sin incurrir en los problemas que encierra la visión que absolutiva la autonomía⁹.

En síntesis, la referencia a la dignidad expresa esa centralidad de la persona humana, esa inviolabilidad y sacralidad que exige de parte de todos un respeto y reverencia y que ha de traducirse en normas de derecho positivo que la resguarden, garanticen y promuevan. La dignidad humana es la raíz del derecho a la vida y a la personalidad.

1.1.b) La dignidad en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

La dignidad humana tiene un lugar central en la consolidación del derecho internacional de los derechos humanos. El tema ha sido suficientemente estudiado¹⁰ y aquí nos limitamos a realizar algunas sintéticas referencias, con particular referencia al campo de la bioética¹¹.

La dignidad es la piedra angular de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En efecto, el preámbulo comienza con una afirmación muy clara: “*considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”. En el mismo sentido dispone: “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*” (artículo 1).

La vinculación de la “dignidad” con los derechos humanos se advierte en diversas disposiciones de otros Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Podemos mencionar, entre otros, la dignidad vinculada con el “*derecho a la seguridad social*”

⁹ Chávez-Fernández Postigo, José, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano*, Lima, Palestra, 2012, p. 92.

¹⁰ Ver en general la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 1), la Convención Americana de Derechos Humanos artículos 5, 6 y 11; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 1; BARROSO, Luis Roberto, "Here, There and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse", 35 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 331 (2012) (quien sostiene que establecer la naturaleza jurídica de la dignidad humana y sus contenidos mínimos puede ser útil para estructurar el razonamiento jurídico en casos difíciles). Señalamos que no compartimos todas las opiniones de BARROSO en este artículo, especialmente las vinculadas con el aborto y el matrimonio de personas del mismo sexo.

¹¹ UNESCO, Universal Declaration on Bioethics and Human Rights art. 3(1), E.S.C. Res. 36, 33d Sess., U.N. Doc. SHS/EST/BIO/06/1, Oct. 19, 2005, http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (“Human dignity, human rights and fundamental freedoms are to be fully respected.”) See Ethics Education Programme, UNESCO, CASEBOOK ON HUMAN DIGNITY AND HUMAN RIGHTS (2011), <http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001923/192371e.pdf> (emphasizing the importance of dignity as a foundation for rights) stating, at p. x:

Dignity refers to the minimum dignity which belongs to every human being. The notion of dignity is used to mark a threshold, a kind of respect and care beneath which the treatment of any human being should never fall. Unlike merit as an embodiment of publicly recognized personal achievements, a person is dignified as a human being as such. Human dignity appears to perform a distinct role, as the source from which human rights are derived, or as a reason for promoting human rights. The rights are needed and expected to secure and uphold the dignity of the human person.

(artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), a la remuneración equitativa por el trabajo (artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), al trato durante la privación de libertad (artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), al respeto a la honra y al reconocimiento de la dignidad (artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos), a la prohibición de la tortura (Preámbulo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño), a la promoción del niño mental o físicamente impedido (artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño), a las medidas disciplinarias en la escuela (artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño), a la recuperación del niño maltratado (artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño), al niño que infringe leyes penales (artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

En tal marco, nos detendremos ahora a considerar la dignidad en el sistema Interamericano de Derechos Humanos.

I.2. La dignidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

I.2.a) La dignidad humana en la Convención Americana de Derechos Humanos

En la Convención Americana de Derechos Humanos, encontramos tres referencias a la dignidad: en el artículo 5 sobre derecho a la integridad física y psíquica; en el artículo 6 sobre trabajo forzoso de personas privadas de la libertad y en el artículo 11 sobre protección de la honra y la dignidad.

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias

excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

2. *Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.*

3. *No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:*

a. *los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;*

b. *el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;*

c. *el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y*

d. *el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.*

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*

2. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*

3. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

Siguiendo lo señalado anteriormente, podemos advertir que en los tres casos, el uso del término la dignidad se vincula con la noción de "dignidad" como condición ontológica inherente a todo ser humano. En el artículo 5.2, 2. luego de prohibir las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes se explicita las condiciones a respetar en la privación de la libertad y se habla de la "dignidad inherente al ser humano". El término "inherente" posee una directa relación con lo "natural", como explica el Diccionario de la Real Academia Española: "Que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello". En el caso del artículo 6, la noción de dignidad vuelve a referirse al "recluso" y a la situación de "trabajo forzoso" y se vuelve a exigir que no se afecte ni su "dignidad" ni su "capacidad física e intelectual". Ambas referencias a los reclusos son importantes para resaltar que la Convención está poniendo especial cuidado en que las personas que han cometido delitos y por tanto han incurrido en actos que no se condicen con la "dignidad moral" (en términos de Ilva Hoyos), no obstante conservan siempre la "dignidad ontológica" y por tanto no pueden ser objeto de torturas y malos tratos. En el caso de la protección de la "honra y dignidad" del artículo 11, la expresión puede interpretarse como referida a la "dignidad ontológica", como también a la dignidad como "autonomía", como veremos a continuación en el estudio de la

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el marco de este artículo, se tiende a incluir dentro de la protección de la dignidad todo lo referido a la vida privada y ello se vincula con la autonomía y el desarrollo del propio proyecto vital.

I.2.b) La dignidad humana en la jurisprudencia de la CIDH

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aplicado la noción de dignidad a las situaciones marcadas en los artículos 5 para referirse a problemas en las condiciones de detención de personas privadas de la libertad, en casos de torturas, violaciones. En cuanto a la dignidad y el artículo 11, se han dictado sentencias sobre diversos casos.

Dignidad y condiciones de la privación de libertad: el primer caso que refiere a la dignidad en los términos del artículo 5 de la Convención Americana es el "Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador" (Sentencia de 12 de noviembre de 1997 - Fondo). Allí se afirma: "la sola constatación de que la víctima fue privada durante 36 días de toda comunicación con el mundo exterior y particularmente con su familia, le permite a la Corte concluir que el señor Suárez Rosero fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, más aún cuando ha quedado demostrado que esta incomunicación fue arbitraria y realizada en contravención de la normativa interna del Ecuador. La víctima señaló ante la Corte los sufrimientos que le produjo verse impedido de la posibilidad de buscar un abogado y no poder ver o comunicarse con su familia. Agregó que, durante su incomunicación, fue mantenido en una celda húmeda y subterránea de aproximadamente 15 metros cuadrados con otros 16 reclusos, sin condiciones necesarias de higiene y se vio obligado a dormir sobre hojas de periódico y los golpes y amenazas a los que fue sometido durante su detención. Todos estos hechos confieren al tratamiento a que fue sometido el señor Suárez Rosero la característica de cruel, inhumano y degradante" (n. 91) y por eso se condena al Estado por violación del artículo 5.2 de la Convención Americana (n. 92). El tema vuelve a aparecer en el Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala (Sentencia de 27 de noviembre de 2003 - Fondo, Reparaciones y Costas) donde además existieron torturas, "situación que impone un deber especial de investigación por parte del Estado". En el Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú (Sentencia de 25 de noviembre de 2004 - Fondo Reparaciones Y Costas) se recuerda que "la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal". En ese caso, la persona fue mantenida "durante un año en régimen de aislamiento celular continuo, en una celda pequeña, sin ventilación, sin luz natural, sin calefacción, con mala alimentación y deficientes medidas sanitarias. Durante el primer año de detención se restringió severamente su derecho a recibir visitas". En el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú (Sentencia de 8 de julio de 2004 - Fondo, Reparaciones y Costas), también se trataba de detención ilegal y arbitraria, al igual que en el Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú (Sentencia del 25 de noviembre de 2005). En el caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú (Sentencia de 25 de noviembre de 2006 - Fondo, Reparaciones y Costas) se condenó al Estado porque "todos los internos que fueron sometidos durante ese prolongado período a la referida desnudez forzada fueron víctimas de un trato violatorio de su dignidad personal" (n. 305) y fue particularmente grave para "seis mujeres internas" quienes también fueron víctimas de violencia sexual. En el caso García Prieto y otro vs. El Salvador (Sentencia del 20 de noviembre de 2007, se consideró al Estado responsable de violación del artículo 5.1. de la Convención por el

incumplimiento del deber de investigar las amenazas y hostigamientos sufridos por el señor José Mauricio García Prieto Hirlemann y la señora Gloria Giralte de García Prieto. En el caso Familia Barrios vs. Venezuela (Sentencia del 24 de noviembre de 2011 - Fondo, Reparaciones y Costas), se recuerda que la "infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta" (n. 52). Y ello violenta el artículo 5 y debe considerarse como tal "todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida".

Detención ilegal y arbitraria: El 8 de julio de 2004, en el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú (Sentencia de 8 de julio de 2004 - Fondo, Reparaciones y Costas), se consideró que se había violado la protección de la honra y dignidad por la detención ilegal de los hermanos, especialmente por su incomunicación y la ilegalidad y la arbitrariedad de la detención. Aquí confluyeron tanto el artículo 5 como el 11 de la Convención Americana. Se afirmó: "182. En lo que respecta al artículo 11 de la Convención, está probado que las presuntas víctimas fueron tratadas como "terroristas", sometiénolas a ellas y a su familia al odio, desprecio público, persecución y a la discriminación, por lo cual se ha conformado una violación del artículo 11 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de la familia mencionados en los párrafos 67.t y 67.u de la presente Sentencia."

Denegación de justicia e intimidación: En 2004, en el "Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala" (Sentencia de 29 de abril de 2004 - Fondo), la Corte condenó a Guatemala por las violaciones cometidas por agentes del Estado guatemalteco mediante la denegación de justicia y otros actos de intimidación y discriminación en perjuicio de los sobrevivientes y familiares de las víctimas de la masacre [...] Plan de Sánchez que tuvo lugar el 18 de julio de 1982". En la condena se incluyó al artículo 11 de la Convención. En el caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México (Sentencia del 16 de noviembre de 2009 – Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas) se consideró violación del artículo 5 los actos de hostigamiento que sufrieron familiares de las víctimas". En el caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela (Sentencia del 3 de septiembre de 2012 - Fondo y Reparaciones), se consideró responsable por el hostigamiento sufrido por los familiares (art. 5).

Violencia contra la mujer: En el caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Sentencia del 31 de agosto de 2010 - - Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), se afirma que "la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es "una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres", que "trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases" (n. 108). En el caso "Masacres de Río Negro vs. Guatemala" (Sentencia del 4 de septiembre de 2012 - Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) también se trató como violación a los artículos 5 y 11 la violencia sexual contra mujeres durante un conflicto armado. Lo mismo se dispuso en el Caso "Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (Sentencia del 25 de octubre de 2012 - Fondo, Reparaciones y Costas).

Libertad de regresar al país: En el caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia (Sentencia del 3 de septiembre de 2012 - Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), se condenó al Estado por su responsabilidad en la agresión perpetrada contra el señor Vélez Restrepo por miembros del Ejército el 29 de agosto de 1996 mientras se encontraba grabando los acontecimientos ocurridos en una de las “marchas cocaleras” en el Caquetá, en el ejercicio de sus funciones como camarógrafo de un noticiero nacional". También se afirmó que "el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho de circulación y residencia del señor Vélez Restrepo y los miembros de la familia Vélez Román, lo cual incluye el deber de establecer las condiciones y medios que les permitan regresar de forma segura y con dignidad. Ello constituye a su vez una restitución del derecho vulnerado".

Honra y proceso judicial: La primera referencia a la protección de la honra y la dignidad (art. 11) en la jurisprudencia de la CIDH la encontramos en el "Caso Cesti Hurtado Vs. Perú" (Sentencia de Fondo del 29 de septiembre de 1999). Se discutía si la detención y proceso judicial contra un acusado de diversos delitos afectada el artículo 11. En la sentencia, la CIDH acuña una fórmula que luego se repetirá en otros fallos: "La Corte considera que un proceso judicial no constituye, por sí mismo, una afectación ilegítima del honor o de la dignidad de la persona. El proceso sirve al objetivo de resolver una controversia, aunque ello pudiera acarrear, indirectamente, molestias para quienes se hallan sujetos al enjuiciamiento con los demás, o prácticamente inevitable que así sea de sostenerse otra cosa, quedaría excluida de plano la solución de los litigios por la vía contenciosa. Por otra parte, la sanción aplicada al cabo de este proceso tampoco se dirige a menoscabar esos valores de la persona, en otros términos, no entraña o pretende el descrédito del reo, como ocurrió en el caso de una pena infamante, que suspende precisamente a esa intención. Por ello, la Corte considera que, en el presente caso, no se comprobó que hubo una violación, per se, del artículo 11 por parte del Estado peruano". En el "Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia" (Sentencia de 27 de noviembre de 2008 - Fondo, Reparaciones y Costas), se consideró violada la integridad física porque el Estado no adoptó medidas razonables y necesarias para prevenir la protección de los derechos a la vida, libertad e integridad personal de quienes denunciaron a la sociedad acerca de los vínculos entre el paramilitarismo y algunos agentes estatales" (n. 95). Sin embargo, no se consideró violado el artículo 11 dado que para la Corte "un proceso judicial no constituye, por sí mismo, una afectación ilegítima del honor o de la dignidad de la persona".

Dignidad y vida privada: En el "Caso Escué Zapata Vs. Colombia" (Sentencia de 4 de julio de 2007 - Fondo, Reparaciones y Costas), la Corte sostuvo "que si bien el artículo 11 de la Convención se llama “Protección de la Honra y de la Dignidad”, éste tiene un contenido más amplio que incluye la protección del domicilio, de la vida privada, de la vida familiar y de la correspondencia" (n. 91). En el Caso Escher y Otros vs. Brasil (Sentencia de 6 de julio de 2009 - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), se consideró violación del derecho a la vida privada, a la honra y a la reputación de las presuntas víctimas por la responsabilidad del Estado por la interceptación y grabación de conversaciones telefónicas, por la difusión de su contenido y por la negativa del Poder Judicial de destruir el material grabado. En el caso Fernández Ortega y otros vs. México (Sentencia del 30 de agosto de 2010 - Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), se consideró que, si bien el artículo 11 de la Convención Americana se titula “Protección de la Honra y de la Dignidad”, "su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada" y aclaró luego: "el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones

exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos" (n. 129).

Reparación de la dignidad: En el caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina* (Sentencia del 29 de noviembre de 2011 - Fondo, Reparaciones y Costas), se consideró que la difusión del fallo en diversos medios resultan medidas de reparación suficientes y adecuadas ante el pedido de restablecer la dignidad y el respeto de las víctimas frente al agravio de haber sido injustamente condenados (considerandos 109-110). En el caso *Gelman vs. Uruguay* (Sentencia del 24 de febrero de 2011 – Fondo y Reparaciones) también se recuerda que la Corte "ha valorado favorablemente aquellos actos realizados por los Estados que tienen como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos³¹⁷, tales como los mencionados en el párrafo precedente" (n. 265).

Dignidad e igualdad: En el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (Sentencia del 24 de febrero de 2012 - Fondo, Reparaciones y Costas), se afirma que "sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación", "la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona" (considerando 79) y respecto al artículo 11 de la Convención Americana, que, si bien esa norma se titula "Protección de la Honra y de la Dignidad", su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada. La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás. (considerando 162)

Dignidad e interés superior del niño: Sobre la noción de dignidad, hay que citar la Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que en el acápite VII sobre el interés superior del niño se afirma: "Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño" (n. 56). Esta opinión consultiva fue citada en el caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia (1 de julio de 2006) y en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (Sentencia del 24 de febrero de 2012 - Fondo, Reparaciones y Costas).

En el análisis de la jurisprudencia, podemos formular algunas conclusiones:

- si bien la CIDH no define la noción de dignidad, subyace en la mayoría de las sentencias una visión ontológica de la dignidad, como valor inherente al ser humano.
- la mayoría de las sentencias se refieren a situaciones de tortura o condiciones indignas de detención y por tanto se refieren a la protección de la dignidad vinculada con la integridad física;
- la relación entre dignidad y autonomía se puede apreciar en las sentencias referidas a la vida privada, que constituye un ámbito de despliegue de la autonomía.

II. La dignidad de la persona por nacer y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

II.1. La dignidad del ser humano por nacer

II.1.a) La persona por nacer y su dignidad personal

Luego de considerar la dignidad del ser humano y analizar la Convención Americana y la jurisprudencia de la CIDH en torno a esa noción, nos detenemos ahora a considerar la dignidad del ser humano por nacer, es decir, la etapa desde la concepción hasta el nacimiento.

Los datos que ofrecen las ciencias biológicas son coincidentes en señalar que desde el momento que el espermatozoide penetra el ovocito, se forma un nuevo organismo, el cigoto, que opera como una nueva unidad y comienza su desarrollo en un proceso gradual, autónomo, irreversible, caracterizado principalmente por su progresividad creciente, para alcanzar un fin estructural y funcional. "El cigoto es una célula peculiar: está dotado de una nueva estructura de información genética, procedente pero distinta de la de sus progenitores, y que con el inicio de la emisión del mensaje genético le comunica una identidad individual... El cigoto es, por tanto, el estado unicelular de un organismo pluricelular, una totalidad corpórea que tiende intrínsecamente a un desarrollo completo. Dicho de otra forma: la célula con fenotipo cigoto es un viviente y no simplemente una célula viva"¹².

Existe una sólida tradición jurídica, que se remonta al derecho romano, de reconocimiento de derechos para el concebido. El concebido hereda a su padre en caso de muerte y en general se considera una violación al derecho a la vida quitarle la vida al concebido, como veremos que ha sucedido en la jurisprudencia de la CIDH referida a reparaciones por matanzas en América. El derecho romano acuñó la fórmula "el concebido se equipara al nacido en todo lo que lo beneficie" y ello ha sido receptado, en general, por los códigos civiles.

En los países latinoamericanos, tal tradición romanista tuvo una firme expresión plasmada en establecer normativamente que una expresa protección jurídica para el concebido, y en algunos casos, en disponer que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, como ha sucedido con Argentina y ha sido ratificado en el nuevo Código Civil. Esta tradición tuvo su expresión jurídica más trascendente a nivel regional en el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone:

Artículo 4. Derecho a la Vida

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

Luego volveremos sobre el análisis de este artículo, pero sostenemos la importancia de esta norma que plasma un reconocimiento jurídico al ser humano desde la concepción. En tal sentido, ese ser humano ha de ser considerado "persona" en los términos de la

¹² LÓPEZ MORATALLA, NATALIA, IRABURU ELIZALDE, MARÍA J., *Los quince primeros días de una vida humana*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A. - EUNSA, 2004, p. 73.

Convención Americana de Derechos Humanos, pues el artículo 1.2. dice con claridad: "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

En síntesis, el concebido es un individuo humano y por tanto le reconocemos dignidad y la personalidad jurídica.

II.1. b) Ámbitos de protección jurídica de la dignidad de la persona por nacer

A menudo se limita el debate sobre la persona por nacer a la cuestión del aborto y la fecundación in vitro. Sin embargo, la protección jurídica de la vulnerabilidad y dignidad del concebido concierne a muy diversos tópicos, a saber¹³:

- El reconocimiento del por nacer como "persona", "ser humano" y "niño"¹⁴
- El derecho a la vida desde la concepción, en especial frente al aborto, la fecundación extracorpórea y las técnicas de manipulación embrionarias que destruyen embriones, como las que se destinan a generar células estaminales o a clonación.
- El derecho del por nacer a la salud, desarrollo y protección social.
- Los derechos y deberes de los padres hacia la persona por nacer, incluyendo el reconocimiento de paternidad antes del nacimiento, la pensión alimenticia prenatal, y la resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos
- La protección de la persona por nacer ante su incapacidad jurídica en caso de derechos de herencia y propiedad.
- El derecho a indemnización por muerte de la persona por nacer.

En el caso de las biotecnologías, nuevas problemáticas afectan a la dignidad de la persona humana por nacer. Por ejemplo, la patentabilidad de embriones humanos genéticamente modificados, la aplicación de técnicas de mejora de la vida (enhancement)¹⁵ o bien la aplicación de técnicas de fecundación artificial para evitar la transmisión de enfermedades graves, o por el contrario para concebir deliberadamente hijos con discapacidad.

Esta sintética enumeración permite advertir la variedad de temáticas en las que resulta importante la consideración del estatuto jurídico de la persona por nacer y el reconocimiento pleno de su dignidad y protección.

II.2. La persona por nacer en la jurisprudencia de la CIDH

II.2.a) Análisis de la jurisprudencia de la CIDH sobre La persona por nacer

¹³ Ver al respecto De Jesús, Ligia, Franck, María Inés, "Aborto y derechos prenatales en América Latina y el Caribe: un análisis comparativo de leyes y jurisprudencia relevantes tras la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Ars Boni et Aequi*, Año 10, nro. 1, pp. 11-100.

¹⁴ Ver LUGOSI, Charles I., "Respecting Human Life in 21st Century America", 48 ST. LOUIS U. L.J. 425 (2004) (quien sostiene que los por nacer son seres humanos y personas desde el momento de la concepción y que la distinción legal entre ser humano y persona debe ser abolida si vamos a vivir en una sociedad de iguales).

¹⁵ ANDORNO, Roberto, "Four Paradoxes of Human Dignity", en *Menschenwürde Und Moderne [Human Dignity And The Modern Age]* 131 (J. Joerden et al. eds., 2011).

La CIDH se ha referido en algunas ocasiones a la persona por nacer. En general, como señala Ligia de Jesús, "la Corte se ha referido a niños no nacidos como 'niños', 'menores de edad', 'hijos' y 'bebés' en al menos tres casos"¹⁶. En el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, la Corte se refiere al niño por nacer como "bebé" (apartado 67.x), cuando admite una indemnización por la muerte del niño por nacer¹⁷. En el caso del Penal Miguel-Castro vs. Perú (Sentencia del 25 de noviembre de 2006 – Fondo, Reparaciones y Costas), se refirió a los no nacidos como "niños". En el caso Goiburú y otros vs. Paraguay (Sentencia del 22 de septiembre de 2006 – Fondo, Reparaciones y Costas), se refirió a un niño como "menor de edad" al momento de la desaparición forzada de sus padres, indicando que su madre estaba embarazada.

En el caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala (Sentencia del 24 de noviembre de 2009 – Fondo, Reparaciones y Costas), se refirió a los abortos inducidos como "actos de barbarie". Finalmente, en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, señaló la obligación del Estado de garantizar el acceso a la salud prenatal: "por una parte, el Estado debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. Lo anterior no puede desligarse de la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas de la Comunidad. Los Estados deben prestar especial atención y cuidado a la protección de este grupo y adoptar medidas especiales que garanticen a las madres, en especial durante la gestación, el parto y el período de lactancia, el acceso a servicios adecuados de atención médica".

En el Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214) entre las muertes involucradas en el caso se encontraban dos bebés por nacer¹⁸. La CIDH optó por no abordar el tema, alegando que no hubo fundamentación de los representantes o de la Comisión, según se lee en el apartado 228 de la sentencia. La sentencia concluyó con una condena al Estado de Paraguay por violación del derecho a la vida. Esa sentencia, si bien no incluyó a las personas por nacer, sí se refirió a casos de recién nacidos fallecidos, incluso por causas atribuibles al período prenatal, como se advierte en el apartado 234.

El caso más trascendente es "Artavia Murillo y otros c/Costa Rica" (28/11/2012). Este fallo se limita a los casos de prohibición de la FIV. El Tribunal entendió que Costa Rica había violado los artículos 5.1 (Derecho a la integridad personal), 7 (Derecho a la libertad personal), 11.2 (Protección de la Honra y de la Dignidad) y 17.2 (Protección a la familia), en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a partir de los reclamos efectuados por un grupo de nueve matrimonios de varón y mujer que presentaron problemas de infertilidad y se consideraron afectados por la decisión de Costa Rica de limitar el acceso a la FIV, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país declarando inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud sobre FIV. La realidad del embrión humano desde su

¹⁶ DE JESÚS, Ligia M., "La Convención Americana sobre Derechos Humanos: piedra angular del derecho a la vida del no nacido en Latinoamérica y el Caribe", Revista Internacional de Derechos Humanos, 2011, Año I, nro. 1, p. 113.

¹⁷ Cfr. PAUL, Álvaro, loc. cit., quien también cita diversas opiniones personales de jueces de la CIDH que se pronunciaban favorablemente a la personalidad del por nacer.

¹⁸ Ver un comentario crítico en PAUL, Álvaro, "Controversial Conceptions: The Unborn and the American Convention on Human Rights", 9 Loy. U. Chi. Int'l L.Rev. 209, Spring/Summer 2012.

fecundación fue la que la Corte decidió someter a un análisis jurídico a fin de determinar si correspondía, bajo la Convención Americana de Derechos Humanos, reconocerle el estatuto de persona. El juicio fue negativo, alegando una interpretación según el sentido corriente de los términos, sistemática e histórica, evolutiva, y según el objeto y el fin del Tratado¹⁹.

Entendemos que en su decisión, la Corte fue injusta al no reconocer al embrión humano el trato debido a todo ser humano, sobre todo porque la misma Corte reconoce que existen dudas y controversias sobre el punto (ver apartados 176 y siguientes). Ante la duda y la controversia, la CIDH en lugar de adoptar una posición de cautela y precaución considerando la importancia de los bienes jurídicos en juego (el derecho a la vida), optó por una toma de posición que dejó fuera de la protección jurídica a una categoría de seres humanos, los embriones antes de su implantación.

El segundo aspecto preocupante de "Artavia" es la relativización del derecho a la vida. En el apartado 264 dice la CIDH: "Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general". Así, no sólo se excedió al interpretar como relativo el derecho a la vida, sino que se excedió en la formulación de consideraciones sobre toda la etapa prenatal, siendo que lo que se discutía en sentido estricto era la situación del embrión humano no implantado²⁰.

En "Artavia", la CIDH cita parcial y sesgadamente al Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Europa en el Caso "Brüstle v. Greenpeace" del 18 de octubre de 2011. En realidad, esta sentencia del TSJ se caracteriza por haber tenido a consideración dos posibles interpretaciones del término "embrión" y haber optado por la más "amplia" que garantizaba que no se patenten invenciones que destruyan embriones humanos. Así es clave el apartado 34 de *Brüstle* cuando sostiene, analizando la Directiva Europea sobre Patentes: "El contexto y la finalidad de la Directiva revelan así que el legislador de la Unión quiso excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana. De ello resulta que el concepto de «embrión humano» recogido en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva debe entenderse en un sentido amplio". *Brüstle* es importante porque opta por la definición "en un sentido amplio" y también porque fundamenta la prohibición en la existencia de una destrucción de embriones que resulta una ofensa a la dignidad humana. Es cierto que *Brüstle* no se pronuncia sobre la personalidad del embrión, pero también es cierto que ese no era el tema del litigio y por tanto resulta arbitraria y sesgada la cita que realiza en ese sentido la CIDH en el caso que comentamos.

En lo que nos interesa en esta investigación, debemos señalar que la Corte en "Artavia" cita la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Vo. Vs. Francia, donde se afirma: "A diferencia del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indica que el derecho a la vida debe ser protegido "en

¹⁹ Entre muchos otros, ver De Jesús, Ligia M., Oviedo Álvarez, Jorge Andrés, Piero A. Tozzi, "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*, nro. 75, Junio 2013, p. 135-164

²⁰ Sobre el tema, nos remitimos al trabajo Herrera, Daniel y Lafferriere, Jorge Nicolás. "¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida". *La Ley Suplemento Constitucional*, 9 de abril de 2013, 16 – La Ley 2013-B

general, desde el momento de la concepción”, el artículo 2 de la Convención [Europea] es silencioso en cuanto a las limitaciones temporales del derecho a la vida y, en particular, no define “todos” [...] los cuales su “vida” es protegida por la Convención. La Corte no ha determinado el problema del “inicio” de “el derecho de toda persona a la vida” dentro del significado de la disposición y si el no nacido tiene ese derecho a la vida.” [...] La potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona – gozando de protección bajo las leyes civiles, además, en muchos Estados, tal como, por ejemplo, Francia, en el contexto de las leyes de sucesión y obsequios, y también en el Reino Unido [...] – requiere protección en el nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una “persona” con el “derecho a la vida” a los efectos del artículo 2. [...] “. No es deseable, ni aún posible tal como están las cosas en este momento, contestar en abstracto si un no nacido es una persona a los efectos del artículo 2 de la Convención” (n. 237). Y luego citan el n. 247 de la misma sentencia que dice: "Ha sido señalado que en el Caso Vo. Vs. Francia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que la potencialidad del embrión y su capacidad para convertirse en una persona requiere de una protección en nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en una “persona” con “derecho a la vida”".

Esta cita resulta paradójica. En primer lugar, porque el Tribunal Europeo reconoce que el sistema americano puede considerar persona al embrión en razón de que el artículo 4 de la Convención Americana y la CIDH desconoce esa parte del razonamiento del tribunal europeo. En segundo lugar, el Tribunal Europeo señala la necesidad de proteger la "dignidad" del embrión y la CIDH en "Artavia Murillo" no se detiene para nada a considerar qué es un embrión y cómo debe ser protegido. El enfoque da prevalencia al deseo de los adultos.

Sobre los límites de "Artavia"²¹ podemos ofrecer una síntesis. El contexto en el que la CIDH condena a Costa Rica es el de un país que prohíbe la fecundación in vitro. Además, la CIDH deliberadamente dejó fuera del caso “Artavia” los problemas más

²¹ Para mayor información al respecto, véase: Lafferriere, Jorge Nicolás, Tello Alonso, Juan, "El diagnóstico genético preimplantatorio: de nuevo sobre los límites de "Artavia Murillo", La Ley Suplemento Constitucional (en prensa); Lafferriere, Jorge Nicolás. Los límites de “Artavia Murillo” en un interesante fallo en protección del embrión humano, Doctrina judicial, La Ley, Año XXX, Número 06, 5 de febrero de 2014, p. 21-38; Herrera, Daniel y Lafferriere, Jorge Nicolás. "¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida". La Ley Suplemento Constitucional, 9 de abril de 2013, 16 – La Ley 2013-B; Quintana, Eduardo Martín, "Discurso jurídico versus ciencias biológicas y genéticas (a propósito de un fallo de la C.I.D.H. contra Estado de Costa Rica sobre fecundación in vitro)". Comentario al fallo "Caso A. M. Y Otros (Fecundación In Vitro) Vs. Costa Rica" - CIDH - 28/11/2012", Eldial.com, DC19E9, 14-2-2013; Franck, María Inés "La Corte Interamericana y la vulneración de la soberanía de los Estados", EDCrim, 22/05/2013, nro 13.243; Pucheta, Leonardo, "Naturaleza humana como construcción del derecho. Reflexiones en torno al reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la naturaleza jurídica de los embriones humanos", EDCrim, 23/05/2013, nro 13.244; De Jesús, Ligia M., Oviedo Álvarez, Jorge Andrés, Piero A. Tozzi, "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, nro. 75, Junio 2013, p. 135-164. En el plano jurisprudencial, en lo relacionado con la postura sostenida en este texto, podemos mencionar las siguientes sentencias: a) Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sentencia del 30 de julio de 2014 en la causa n° 110.803, caratulada: "L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ ACCIÓN DE AMPARO P/ APELACIÓN s/ INC."; b) Cámara Federal de Salta, Sentencia en autos "L.O., A. y otros c. Swiss Medical s/Amparo", 8 de julio de 2013; c) Cámara Federal de Salta, "M., I. N. c/ OSDE s/AMPARO LEY 16.986", Sentencia del 19/07/2014, Expediente N°: FSA 000135/2014.; d) Voto en disidencia del Dr. Hugo O.H. Llobera, en expte. "C.K.J. y o c/ M.S.A.S/AMPARO", Sala 1ra. de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, 12/11/2013.

complejos de la FIV y otros temas (considerandos 134 y 135). Igualmente, de acuerdo al artículo 68.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. Si un Estado no es parte, la jurisprudencia de la CIDH constituye una “insoslayable” o “imprescindible” pauta de interpretación y por tanto los jueces se pueden apartar (como ya lo vienen haciendo) si existen debidas razones como las que, entre otras cosas, exponemos en esta reflexión. Igualmente, afirmar que el embrión no es persona contradice el principio “*pro homine*”.

Con posterioridad, el 29 de mayo de 2013 la CIDH dictó una resolución en respuesta a un pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formulado el 27 de mayo de 2013 en torno a la situación de una madre embarazada que sufre una grave enfermedad y cuya hija por nacer padecía anencefalia (Caso BC c/El Salvador). El planteo que se llevó a sede judicial fue el de “interrumpir el embarazo” y esta interrupción se concretó sin “destrucción del feto”, sino a través de una cesárea y un nacimiento prematuro (parto inducido) de una niña que sobrevivió unas horas y luego falleció. En este caso, la resolución de la CIDH resalta que la Sala de lo Constitucional en su Sentencia manifestó que “a partir de la vigésima semana, una eventual interrupción del embarazo no conllevaría, ni mucho menos tendría por objeto, la destrucción del feto y, además, que este sería atendido con las medidas necesarias para garantizar, hasta donde fuera posible, su vida extrauterina” (considerando 15). Este punto es clave. La CIDH se apoya en la Sala Constitucional en punto a la no destrucción del feto como elemento decisivo de ponderación en la causa. Ciertamente, en la argumentación de la Sala Constitucional había otras consideraciones sobre la personalidad del *nasciturus* que no son mencionadas en la resolución de la CIDH.

En síntesis, sobre la jurisprudencia de la CIDH podemos concluir:

- la CIDH reconoce precedentes referidos a masacres y otras situaciones que involucraron a mujeres embarazadas y reconoció a las personas por nacer en su subjetividad jurídica.
- El fallo "Artavia Murillo" marca un quiebre en este sentido, particularmente grave en cuanto deja desprovisto de protección al embrión humano no implantado concebido por fecundación in vitro.
- Igualmente graves son las manifestaciones que se hacen en el fallo "Artavia Murillo" sobre el carácter relativo del derecho a la vida, en especial durante la etapa prenatal. Ello resulta contrario al principio *pro homine* y a precedentes de la propia CIDH referidos a la inviolabilidad de la vida humana.
- Cabría preguntarse si, la cita del caso "Vo. c/Francia" en los números 237 y 247 de "Artavia", no admite la posibilidad de una interpretación que sostenga que para la CIDH el embrión humano no implantado goza de dignidad pero no de personalidad. Entendemos que la dignidad siempre supone "personalidad", pero ante la gravedad de la sentencia "Artavia Murillo" sería una forma de dar algún tipo de protección al concebido.
- La sentencia "BC c/El Salvador", en tanto reconoce que el caso no involucraba "la destrucción del feto" marca un cierto límite a la idea de relatividad del derecho a la vida, aunque se trata sólo de una resolución en el marco de medidas provisionales y que tiene muchos condicionamientos ideológicos.

La irrupción de las problemáticas biotecnológicas parece impulsar un cambio en la doctrina de la CIDH y habrá que ver cuál es la tendencia futura.

II.2.b) Perspectivas jurídicas de la protección jurídica de la dignidad de la persona por nacer en el SIDH

Las perspectivas futuras de la protección de la dignidad del concebido en el SIDH se vinculan con el reconocimiento de la intrínseca dignidad del concebido y su protección jurídica ante los intereses que pretenden manipular las nociones de persona y dignidad para que respondan a intereses extraños a los de la propia persona implicada.

Como hemos visto, los ámbitos jurídicos en los que la protección de la vulnerabilidad del por nacer son variados: desde las herencias hasta la vida. Algunas reflexiones sobre este punto:

- Es necesario fortalecer y profundizar la reflexión en torno a la intrínseca relación entre dignidad y personalidad jurídicas. Parece avanzar una tendencia a disociar ambos conceptos, lo que significa una instrumentalización positivista de la personalidad jurídica, convertida en mero mecanismo técnico del legislador para otorgar o negar capacidad, y a su vez, una relativización de la noción de dignidad, que ofrece una protección susceptible de grados y por tanto que no siempre es absoluta.
- Ello nos conduce a la necesidad de reafirmar la inviolabilidad de la dignidad humana, especialmente en sus expresiones más básicas como son el derecho a la vida y a la integridad física. Sería inadmisibles un retroceso en torno a la protección de las personas detenidas en cárceles en temas como torturas o tratos crueles e inhumanos. Por ello, también es inaceptable una creación jurisprudencial de antecedentes que admitan formas de violación de la dignidad de la persona por nacer.
- La expansión de las biotecnologías lleva a plantearse las exigencias de la dignidad humana en relación a la originalidad de la transmisión de la vida humana, sobre todo ante el surgimiento de iniciativas que pretenden fijar las características de la descendencia. Con estas tecnologías, se abandona la lógica de la gratuidad y la donación que supone que la vida es un don y se asume una lógica productiva que convierte al hijo en un producto.
- Subyace en la jurisprudencia de la CIDH, especialmente luego de los casos "Atala" y "Artavia Murillo", el debate en torno a la noción de la dignidad. Mientras que la Convención Americana y la primera jurisprudencia parecen inclinarse por la noción de dignidad inherente al ser humano y por tanto ontológica, con estos últimos fallos irrumpe la noción de dignidad como autonomía.
- Ante el avance de las biotecnologías aplicadas a la procreación humana y la manipulación genética de gametos y embriones, la posición que se adopte en torno a la condición jurídica de los embriones y las personas por nacer resulta decisiva. Si se les niega la dignidad, quedan reducidos a mero material biológico disponible, con graves consecuencias a futuro, incluso para las próximas generaciones. Si se les reconoce la dignidad, se levantan necesarias y justas barreras para poner límites razonables a un poder biotecnológico que se expande.

Conclusiones

En las reflexiones precedentes hemos procurado sistematizar y ordenar un análisis de la noción de dignidad humana, tanto en sus alcances como en su fundamento. Luego, hemos procurado demostrar su presencia como concepto clave en el derecho internacional de los derechos humanos. En cuanto al sistema interamericano de derechos humanos, señalamos la relevancia de la dignidad y su presencia en la Convención Americana. Igualmente, recopilamos la jurisprudencia de la CIDH sobre la dignidad y procuramos demostrar que ella se refiere generalmente a la dignidad en su dimensión ontológica.

En cuanto a la persona por nacer, señalamos cómo posee la dignidad personal y ha sido objeto de una protección jurídica que comienza en el derecho romano y que abarca multiplicidad de ámbitos de la vida. En el caso de la CIDH, su jurisprudencia ha tenido fallos que se refieren a la persona por nacer como bebé, niño o menor de edad. El caso "Artavia Murillo" marca un quiebre en esta evolución jurisprudencial. Esperamos que sus alcances queden acotados y en futuras causas vinculadas con la persona por nacer se retome el sendero de la plena protección de su dignidad.