

Título: Los límites de Artavia Murillo en un interesante fallo en protección del embrión humano

Autor: Lafferrière, Jorge Nicolás

Publicado en: DJ05/02/2014, 21

Cita Online: AR/DOC/4414/2013

Sumario: 1. Introducción. 2. La estructura y contenido de la sentencia. 3. Los límites de "Artavia Murillo" según la sentencia de la Cámara Federal de Salta. 4. Otros límites de "Artavia Murillo". 5. Consideraciones finales sobre las técnicas de fecundación artificial.

1. Introducción

El 8 de julio de 2013, la Cámara Federal de Salta dictó sentencia en los autos "L.O., A. y otros c. Swiss Medical s/amparo" (2) acogiendo parcialmente un amparo planteado por un matrimonio que sufre de infertilidad y disponiendo la cobertura de un procedimiento de fecundación artificial, aunque fijando estrictas condiciones en atención a la protección del derecho a la vida de los embriones humanos.

Con un razonado voto del Dr. Renato Rabbi Baldi Cabanillas, la Cámara Federal de Salta abordó el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), la cuestión del estatuto jurídico del embrión humano y las técnicas de reproducción médicamente asistida. En este comentario nos focalizaremos en las consideraciones que la sentencia realiza sobre otra sentencia, la que dictó la CIDH en la causa "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica" y que ha merecido muy diversos análisis.

2. La estructura y contenido de la sentencia

a) La decisión: en la sentencia que comentamos, la Cámara Federal revocó un fallo de la Primera Instancia que había rechazado la acción de amparo presentada por un matrimonio que solicitaba "que se ordene a la demandada que proporcione la cobertura integral y total de los gastos que insuma el primer intento de inyección intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI) y en caso de resultar positiva, la cobertura integral del niño o niña por nacer, desde el embarazo, incluyendo el parto y el servicio neonatal. Asimismo peticionaron para el caso de que no se produjese el embarazo, el reconocimiento de los intentos que resulten necesarios para lograrlo". La Cámara Federal de Salta hace lugar parcialmente al amparo y ordena una cobertura limitada de la fecundación artificial.

b) Jurisprudencia anterior de la Cámara de Salta : Al respecto, la Cámara resalta que con anterioridad había tomado posición sobre la cuestión discutida en el litigio, refiriéndose al expediente "R.N.F." del 3 de septiembre de 2010 y advirtiendo que en esa ocasión la falta de fundamentación acerca de sí la técnica a emplearse sería respetuosa no sólo del derecho a la vida e integridad de la receptora, sino del o de los embriones que se requieran, sellaba la suerte de la pretensión. De acuerdo con su jurisprudencia anterior, la Cámara debería haber confirmado la sentencia de Primera Instancia y rechazado la pretensión de los actores.

c) Los hechos nuevos: Sin embargo, la Cámara señala que se ve obligada a revisar ese precedente por dos hechos nuevos:

i) Por un lado, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictado en la causa "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica" del 28 de noviembre de 2012, que sostuvo que el embrión es persona recién desde la implantación, y que la prohibición del uso de las técnicas produjo una discriminación indirecta respecto de las personas con infertilidad.

ii) Por el otro, la sanción de la ley 26.862 que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

En la nueva sentencia, sin embargo, la Cámara aclara que "se mantiene plenamente el temperamento de la jurisprudencia allí sentada en cuanto propicia el resguardo de los derechos de los embriones".

d) La cuestión de fondo sobre los efectos de las sentencias de la CIDH y la personalidad de los embriones: Luego de analizar los argumentos planteados por los actores y los demandados, la Cámara entra en lo que denomina la cuestión de fondo (considerando VII) y aborda el Fallo Artavia Murillo, desglosado en un análisis, por un lado, de los efectos de las sentencias de la CIDH en el derecho interno y, por el otro, del dictum de la CIDH, que a su vez comienza con algunas cuestiones preliminares y luego se adentra en la negada personalidad de los embriones y en la admitida posibilidad de reglamentación y adopción de medidas protectorias de los embriones.

e) La limitada admisión de la pretensión a partir de la nueva ley de fertilización: la sentencia afirma que "corresponde fijar para el caso las pautas bajo las cuales su pretensión será admitida". La Cámara señala que "el tribunal internacional sólo entendió contrario a derecho la prohibición absoluta de las FIV, más no la posibilidad de fijar límites a su utilización de consuno con los propiciados por esta Cámara en la citada causa "R., N. F.".

De allí que la última parte del considerando VII se oriente a fijar los límites de su aplicación. Igualmente, para tomar esta decisión, la Cámara considera que no puede desconocer la reciente sanción de la ley 26862 de fertilización asistida y en cuatro puntos precisa bajo qué límites se cubrirá la pretensión de los actores. Centralmente exige un consentimiento previo y libre; exige que se implanten de una vez todos los embriones concebidos y que ellos no excedan de tres.

3. Los límites de "Artavia Murillo" según la sentencia de la Cámara Federal de Salta

Como hemos adelantado, en el considerando VII la Cámara Federal de Salta analiza lo que denomina la cuestión de fondo. Allí encontramos una introducción (VII.1) y dos grandes capítulos referidos al fallo de la CIDH en la causa "Artavia Murillo" (VII.2) y a la aplicación de la nueva ley 26862 (VII.3).

Así, nos detendremos en la consideración de la cuestión de fondo referida a "Artavia Murillo", que en la sentencia está organizada en dos apartados:

-El apartado VII.2.A. se refiere a los efectos de las sentencias de la CIDH en el derecho interno;

-El apartado VII.2.B analiza el dictum de la CIDH en sus cuestiones preliminares (B.1), en la negada personalidad de los embriones (B.2) y en la admitida posibilidad de reglamentación y adopción de medidas protectorias de embriones (B.3).

3.1. Sobre los efectos de las sentencias de la CIDH en el derecho interno

La sentencia que comentamos contiene en este apartado un pormenorizado análisis de la compleja situación planteada por la aplicación en el derecho interno de las sentencias de la CIDH. Al respecto, el fallo de la Cámara de Salta muestra con claridad los límites de la pretensión de aplicar de manera irrestricta la decisión de la CIDH en el caso "Artavia Murillo". Podemos decir que, centralmente, se recurre tanto a elementos de derecho internacional como constitucional para fundar la no aplicabilidad de la doctrina de "Artavia Murillo" en el caso examinado. En definitiva, ante la cuestión de si las sentencias de la CIDH tienen o no carácter vinculante en un caso en el que el país no ha sido parte, se pronuncia por la respuesta negativa.

Veamos a continuación los fundamentos de la sentencia, que siguen en muchos pasajes al dictamen del Procurador General en la causa "Acosta" (Fallos 335:533, del 8/5/2012):

a) Argumento del art. 68.1 de la Convención Americana: el primer argumento es muy claro y contundente: dado que Argentina no fue parte en el litigio que dio lugar a la sentencia de la CIDH, no puede considerar vinculante tal decisión. Citando a Valentín Thury Cornejo, el Tribunal afirma que dado que el artículo 68.1. de la Convención Americana afirma que los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes, se entiende que a contrario sensu no hay compromiso de los Estados a cumplir con las decisiones de la CIDH en aquellos casos en que no fueron partes, o sea, la jurisprudencia legal del tribunal. Refuerza esta interpretación citando el dictamen del Procurador General en la causa "Acosta" (Fallos 335:533, del 8/5/2012), que a su vez remite a los propios dictámenes de la CIDH y a la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán respecto de las sentencias contenciosas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y recuerda que el Procurador afirmó en ese dictamen: "las decisiones de la Corte Interamericana no tienen efectos generales, erga omnes, sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado".

b) El alcance de la expresión "insoslayable pauta de interpretación": Una segunda línea argumental surge de analizar el "fecundo camino" que ha recorrido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "cuyo inicio puede encontrarse en el famoso caso "Ekmekdjian c. Sofovich" (Fallos 315:1492, de 1992), "en el que precisó que la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica debe 'guiarse' por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". La Cámara de Salta recuerda que este criterio fue seguido en las causas "Girolodi" (Fallos 318:514, 1995), "Nápoli (1998, Fallos 327:2869), "Felicetti" (2000, Fallos: 323:4131) y "Alianza" (2001, Fallos 324:3143). En este camino, el fallo se detiene en dos sentencias más recientes, "Mazzeo" (2007, Fallos 330:3248) y "Videla" (2010, Fallos 333:1657) en los que la CSJN se refiere a la jurisprudencia de la CIDH como "una insoslayable pauta de interpretación". Así, pese a que alguna doctrina interpreta que aquí se abandonó el temperamento anterior de que la jurisprudencia de la CIDH era "guía", para la Cámara Federal de Salta en realidad hablar de "insoslayable pauta de interpretación" no significa darle carácter vinculante, sino que es "una manera —quizás más enfática pero no diversa- de considerarla una 'guía' respecto de la inteligencia que debe otorgarse al Pacto". En el mismo sentido interpreta la Cámara de Salta los alcances de la sentencia de la misma CIDH en la causa "Almonacid Arellano c. Chile" (2006).

c) El peligro de incurrir en una petición de principio : otro argumento al que recurre la Cámara de Salta, tomado del dictamen del Procurador en la causa "Acosta", es el que sostiene que la CIDH corre el peligro de incurrir en una petición de principio si afirma que sus decisiones son vinculantes, por la propia autoridad de la

CIDH. Así, es necesario encontrar "razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia".

d) La CSJN como intérprete supremo de la Constitución: en conexión con el argumento anterior, y siguiendo al mismo dictamen del Procurador en la causa "Acosta", la Cámara de Salta afirma que: "la Corte Interamericana tendrá la última palabra sobre la interpretación de la Convención en los procesos internacionales seguidos en el sistema interamericano. Pero en los procesos judiciales internos, la CSJN es el último intérprete del derecho constitucional y ello incluye también a los instrumentos internacionales incorporados en el bloque de constitucionalidad". Y completa afirmando que de lo contrario la CIDH se habría convertido en "intérprete supremo de una porción del derecho constitucional argentino... en contra de lo dispuesto por los arts. 108 y 116 de la Constitución Nacional".

e) Los alcances de la expresión "en las condiciones de su vigencia" para los constituyentes argentinos de 1994: un posible argumento en contra de lo sostenido estaría dado por la forma en que se interpreta la expresión "en las condiciones de su vigencia" que se incorporó en la reforma constitucional de 1994 en el art. 75 inc. 22 para referir a la forma en que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos adquirían jerarquía constitucional. Así, la línea argumental sería la siguiente: si los Tratados se incorporaron "en las condiciones de su vigencia", ello supondría que se le otorga validez suprema a lo que diga el intérprete último del Tratado. Sin embargo, la Cámara Federal de Salta, nuevamente con base en el dictamen del Procurador en la causa "Acosta", rechaza esta postura por tres grandes motivos: i) por un lado, porque la Convención Constituyente no tenía atribuciones para modificar las normas de la Constitución relativas a la organización y atribuciones del Poder Judicial de la Nación, de modo que no puede interpretarse que se hayan modificado los citados arts. 108 y 116 de la CN; ii) por otro, porque los redactores de la cláusula durante los debates de la Convención Constituyente quisieron dar otro sentido a esa expresión "en las condiciones de su vigencia". Así, con cita del convencional Barra se enfatiza que esa expresión tiene la intención de incorporar los tratados "tal y como fueron incorporados al ordenamiento argentino... Es decir, la manifestación internacional del consentimiento obligacional de nuestro país —lo que se hace, y por lo tanto, esto integra necesariamente el acto o tratado- con las reservas y declaraciones interpretativas, si las hubiese". Y más categóricamente dice Rosatti, convencional de 1994, "no me consta en absoluto que la expresión "en las condiciones de su vigencia" de los tratados internacionales haya sido interpretada en la Convención Constituyente de 1994 implicando la subordinación del orden local a las interpretaciones que en ámbitos internacionales se realicen sobre tales documentos"; iii) y el tercer argumento de la Cámara Federal señala que si se acepta esta interpretación que otorga primacía a la jurisprudencia internacional en base a la expresión "en las condiciones de su vigencia", ello significaría que cada vez que cambia la jurisprudencia de los órganos internacionales, ello significaría una reforma de la Constitución y la Convención de 1994 no estaba habilitada a modificar la forma en que se reforma la Constitución.

f) El carácter no vinculante y de "fuerza moral" de las decisiones de la CSJN : un argumento adicional es expresado por la Cámara Federal de esta forma: si ni siquiera las decisiones de la CSJN poseen carácter vinculante y sólo ostentan "una fuerza moral" (Fallos 330:4040, 332:1488, entre muchos otros), entonces no cabe predicar semejante concepto de las sentencias de un tribunal internacional fuera del referido alcance del art. 68.1 del Pacto.

g) El derecho comparado: otro argumento de la sentencia de la Cámara Federal de Salta se refiere a la postura que se adopta en el derecho comparado. Así, cita una decisión del Máximo Tribunal mexicano que señaló que los criterios de la CIDH son "orientadores" para todas las decisiones de los jueces mexicanos (TA; 10ª. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, t. 2, p. 550, www.scjn.gob.mx). Al respecto, como veremos en el apartado siguiente, existen otros antecedentes de derecho comparado que refuerzan esta interpretación.

h) El margen de apreciación de los Estados: junto con la cita al Tribunal Mexicano, la sentencia salteña refiere a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de DDHH y la doctrina del margen de apreciación de los Estados. En efecto, citando la sentencia dictada en el caso "Handyside c. Reino Unido" del 7 de diciembre de 1976, aclara que este "margen de apreciación", "busca, por el debido reconocimiento al orden interno de cada estado, otorgar deferencia al criterio de protección que en ese ámbito sea acordado a los derechos fundamentales". Al respecto, es notable que la CIDH en su sentencia en "Artavia Murillo" ha soslayado la consideración del "margen de apreciación" aunque citó jurisprudencia de la Corte Europea de DDHH que se basaba en esa idea. (3)

i) No desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno: el último argumento de la sentencia salteña se refiere al caso en que el propio país condenado y obligado a cumplir el fallo por el art. 68.1 del Pacto considere que las decisiones de la CIDH impongan una medida que "implique desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno". En tal caso ni siquiera el fallo condenatorio contra el propio estado

sería obligatorio, siguiendo en este punto al dictamen del procurador en la causa "Acosta", que a su vez cita el voto del juez Fayt en la causa "Derecho".

Por todas estas razones la Cámara Federal de Salta concluye que la sentencia dictada en la causa "Artavia Murillo c. Costa Rica" por la CIDH "carece de fuerza vinculante respecto de la decisión que aquí se toma".

3.2. Las razones de la Cámara Federal para apartarse de la decisión de la CIDH en "Artavia Murillo" sobre la personalidad de los embriones humanos

Una vez que la Cámara Federal de Salta demostró que la jurisprudencia de la CIDH no era "vinculante", sino que sirve de "insoslayable pauta de interpretación", se dedica a fundamentar las razones por las cuales se apartará de la decisión de la CIDH en "Artavia Murillo" en tanto negó personalidad jurídica a los embriones humanos. La Cámara Federal de Salta sigue, en lo fundamental, la misma estructura de la sentencia de la CIDH en "Artavia" y responde a sus planteos señalando lo que considera son sus errores. Así, se estructura en torno a los cuatro ejes en base a los cuales se interpreta la disposición de la Convención Americana de DDHH en torno a la expresión "concepción" incluida en su artículo 4. (4) Esos cuatro ejes son: la interpretación formulada por la CIDH a) conforme al sentido corriente de los términos; b) sistemática e histórica; c) evolutiva; y d) de acuerdo con el objeto y el fin del tratado.

a) El término "concepción" y su interpretación conforme al sentido corriente de los términos: la Cámara Federal de Salta dedica el apartado más largo de su sentencia a considerar cómo deben interpretarse las menciones que hace el tratado a "la concepción" y al "ser humano" según el sentido corriente de los términos.

-En primer lugar, la Cámara salteña considera "desacertada" la conclusión de la CIDH cuando se refiere a la significación de "concepción" en el Diccionario de la Real Academia y demuestra que al momento de redactarse el art. 4 de la Convención nada decía sobre la implantación.

-Igualmente señalan que la problemática del uso de concepción y fecundación se vinculan con la FIV y esta técnica no estaba creada al momento de la Convención.

-Se critican también las afirmaciones de la CIDH porque la misma reconoce que ya hay desde la fecundación una "célula diferente" y no niega su condición de humanidad.

-Así, enfatiza la Cámara de Salta, que las células de ese embrión son "totipotentes", es decir, que contienen a todo el ser humano.

-Además, se critica a la postura de la CIDH que niega personalidad al embrión porque antes de la implantación no se puede reconocer el embarazo, y señala la Cámara de Salta que tal afirmación no se aplica en la reproducción asistida porque in vitro se crean las células con todas las características de un propia de un ser humano.

-Hoy se está estudiando la secreción de proteínas que hace el embrión humano que permitirían detectar un embarazo incluso antes de la anidación.

-Por otra parte, crítica a la CIDH porque transforma en sustancial una condición accidental, como es el hecho de que el embrión no puede desarrollarse fuera del seno materno.

-También señala la incoherencia en que incurre la CIDH cuando sostiene que no se puede otorgar prevalencia a cierto tipo de literatura al momento de interpretar el derecho a la vida, y luego se apoya en una de las posturas en disputa.

-Cuando la CIDH señala que la vida empieza en la implantación, la Cámara salteña denuncia que se realiza una "caprichosa amputación de un proceso que es un continuum, y que se inicia (he aquí, pues, donde principia la 'concepción'), justamente, con el encuentro del óvulo y el espermatozoide".

Dentro de este mismo apartado, luego de estas críticas directas a la sentencia de la CIDH, la Cámara Federal de Salta abre una serie de párrafos encabezados por la siguiente afirmación: "desde la perspectiva de la teoría de los derechos humanos la decisión de tomar a la implantación como el momento a partir del cual se le reconocería personalidad al embrión, admite objeciones metodológicas y sustantivas".

-En primer lugar, la Cámara de Salta critica a la CIDH porque "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". (5)

-Concluir que el embrión no puede ser entendido como persona, tal como hace la CIDH, representa para la Cámara de Salta "una involución en el alcance que el derecho a la vida ha alcanzado en éste ámbito".

-Además, no hay una razón de fondo que justifique que el embrión no es persona, pues "nada nuevo se va añadir al ser concebido desde la fecundación, sólo tiempo y desarrollo".

-Para la Cámara de Salta, afirmar como lo hace la CIDH que la protección de la vida se posee según su desarrollo o grado de madurez, "entrañan una arbitraria selección de quien es —o no- persona en función de un criterio taxativamente vedado tanto por la filosofía sobre la que se basa la moderna concepción de los derechos humanos, como por los textos constitucionales". Cita aquí a Kant para señalar que las personas son "fines en sí mismos" y al Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño y su art. 2. Y en definitiva, sostienen que el desarrollo o la madurez en nada influyen respecto al reconocimiento de la personalidad, y todo el sistema vela por la protección de los vulnerables.

b) La interpretación sistemática e histórica del término concepción: En el punto ii) de este apartado de la sentencia de Salta, se critica a la CIDH afirmando que una lectura atenta de las intervenciones de los delegados previas a la aprobación de la Convención permite arribar a una diáfana conclusión en el sentido que los Estados estaban preocupados por garantizar la protección del derecho a la vida sin distinciones y también que el tema sobre el que giraba la discusión era el aborto. (6) También critica a la sentencia de la CIDH cuando sostiene que la protección del art. 4.1. se realiza en atención a la mujer embarazada. (7) Es concluyente en este punto la Cámara de Salta al recordar que en el art. 4.5. de la Convención se prohíbe la pena de muerte de la mujer encinta. Por otra parte, explica que hay dos individuos diferenciados en el caso de la mujer embarazada. Como bien dice Quintana, "la Corte en ningún momento niega que los embriones concebidos 'in vitro' son seres humanos, pero concluye que no son personas humanas, olvidándose así de lo dispuesto por el art. 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: 'Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica', además de lo dispuesto en la Convención Americana de D.H.". (8)

c) La interpretación evolutiva del término concepción: en este punto, la Cámara de Salta se detiene en el argumento dado por la CIDH, en tanto se justifica la postura de la sentencia "Artavia" en tanto "ninguno de los Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida". Aquí la Cámara de Salta entiende que el art. 4 no solamente no excluye, como principio, las técnicas bajo examen, sino que su admisión por lo ya dicho está suponiendo que el embrión es persona". Cita al respecto diferentes fallos de la justicia en Argentina que reconocen al embrión como persona, como así también la ley alemana sobre fecundación in vitro.

d) La interpretación de acuerdo con el objeto y el fin del tratado de la concepción: aquí comienza con una crítica sutil a la CIDH que en una frase referida a la necesidad de armonizar el interés del embrión con los de "otras personas, especialmente la madre" parece reconocer con la expresión "otras" que el embrión es persona. (9) Pero más allá de ello, en este punto señala con fuerza cómo debió aplicarse el principio pro homine en el caso y ello llevaba a sostener la personalidad del embrión desde la fecundación.

4. Otros límites de "Artavia Murillo"

En el apartado anterior reseñamos los argumentos que llevaron a la Cámara Federal de Salta a considerar que la sentencia "Artavia Murillo" de la CIDH no tenía carácter vinculante y a apartarse de su decisión en punto a la personalidad de los embriones humanos.

En este apartado, nos proponemos agregar otros límites jurídicos de la sentencia "Artavia" que es importante remarcar y que surgen de estudios doctrinales varios:

a) Objeciones a la FIV excluidas por la CIDH de la sentencia "Artavia Murillo": En el capítulo VII de la sentencia se aclara que algunos argumentos presentados por Costa Rica no fueron considerados por la Corte de manera directa. De esta manera, cabe concluir que la discusión de estos puntos puede dar lugar a una nueva evaluación de la situación de la fecundación in vitro. Los temas mencionados en el punto 134 de la sentencia son: "i) los posibles riesgos que la práctica podría producir en la mujer; ii) alegadas afectaciones psicológicas en las parejas que acuden a la técnica; iii) presuntos riesgos genéticos que se podrían producir en los embriones y en los niños nacidos por el tratamiento; iv) los alegados riesgos de embarazos múltiples; v) los supuestos problemas que implicaría la crioconservación de embriones, y vi) los posibles dilemas y problemas legales que podrían generarse por la aplicación de la técnica". Al respecto, señala Alvaro Paúl Díaz que en virtud de esta exclusión de temas realizada por la CIDH "no sólo (se) dejaron fuera ciertos argumentos -lo que contrasta con la posición maximalista de la Corte-, sino que también limitaron las posibilidades de defensa del Estado. Esto tampoco es coherente con la posición de la Corte frente a los alegatos de los peticionarios y la Comisión, a quienes no se impone más límite que el referirse a hechos relatados en el informe de fondo de la Comisión". (10) Igualmente, debe tenerse presente que la demanda contra Costa Rica está entablada por nueve casos de infertilidad de matrimonios entre varón y mujer en los que no hubo dación de gametos por parte de terceros. Ello también limita los alcances del fallo en momentos en que se discuten normas que exceden en mucho esa casuística limitada y que pretenden legitimar todo deseo reproductivo.

b) La supremacía constitucional: En el Sistema Interamericano, algunos países han señalado los límites de la

jurisprudencia de la CIDH con base en la supremacía de la Constitución local, como ha ocurrido recientemente en México (Suprema Corte, Sesión pública nro. 89 de septiembre de 2013) o en Uruguay (Suprema Corte de Justicia en sentencia del 22 de febrero de 2013). [\(11\)](#) La Suprema Corte de Uruguay dijo textualmente: "si bien está fuera de toda discusión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos —naturalmente en el ámbito de sus competencias- tampoco puede desconocerse que la intérprete última de la Constitución de la República Oriental del Uruguay es la Suprema Corte de Justicia". [\(12\)](#)

c) La jurisprudencia y sus límites como fuente del derecho: es la tesis propuesta por Eugenio Palazzo para analizar los límites de la sentencia de la CIDH. Este autor analiza "las interrelaciones" entre las fuentes de derecho, y señala que la fuente más alta son los "principios generales del derecho", citando el voto del juez Maqueda en el caso *Arancibia Clavel*, que fue adoptado por la mayoría de los jueces de la Corte Suprema en el caso *Mazzeo*: "existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula, y que es conocido actualmente, dentro de este proceso evolutivo, como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países, independientemente de su eventual aceptación expresa". [\(13\)](#)

d) Aplicación de una jurisdicción extra-Convención Americana de Derechos Humanos y recurso al *soft law*: en su fundada crítica a la sentencia "*Artavia*", Alvaro Paúl Díaz señala que la CIDH recurre a Tratados Internacionales que no están sujetos a la jurisdicción de la misma CIDH, como ser "la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; un artículo del Protocolo de San Salvador..., y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que no hace ninguna mención al sistema de peticiones individuales de la Corte... Algo similar puede decirse respecto del establecimiento de los derechos reproductivos". [\(14\)](#) Igualmente, este autor señala que la CIDH falla apelando al *soft law* y a decisiones jurisprudenciales nacionales e internacionales. Esta técnica puede ser necesaria en caso de cumplirse ciertas condiciones específicas. Sin embargo, tiene inconvenientes que recomiendan que su uso sea muy excepcional y que se deje en claro cuál es el valor que se le está dando a estos instrumentos. Uno de los problemas que presenta esta técnica es que pone al mismo nivel instrumentos vinculantes y no vinculantes, como si tal diferencia -fundamental en derecho internacional- fuera poco importante. Además, el tratar al *soft law* como derecho aplicable puede generar en los Estados una mayor desconfianza al momento de aprobar documentos no vinculantes y tratados internacionales programáticos". [\(15\)](#) Al respecto, se señala muy especialmente que la CIDH no brinda un criterio claro sobre el mecanismo de selección de tales instrumentos o sentencias. Por ejemplo, la falta de prolijidad en los criterios para la elección de fuentes, se advierte por la consideración dada en "*Artavia*" a sentencias de Colombia o EE.UU. en torno al estatus del embrión, haciendo omisión a sentencias de los Tribunales Constitucionales de Perú o Chile, o de la misma CS de Argentina en el caso "*Portal de Belén*", que esgrimen tesis contrarias a las de la Corte IDH respecto de la protección del concebido.

e) El derecho a fundar una familia y la fecundación *in vitro*: bien señala María Inés Franck que en definitiva, en la sentencia "*Artavia Murillo*" "el derecho verdaderamente anulado... es el derecho a la vida. Una familia puede fundarse también a través de la adopción. Es falso que la negación del acceso a la fecundación *in vitro* anule los "derechos reproductivos" (y sabemos que esta expresión es inexistente en el sistema internacional, debido a la no aceptación que genera en muchos países)". [\(16\)](#) Por su parte, Jorge Scala ha argumentado fundadamente que "la FIV no previene, no cura ni trata ninguna enfermedad", [\(17\)](#) pues se trata de una técnica que suplanta a las personas pero no ataca las causas de la infertilidad. Igualmente, hemos señalado que la sentencia "*Artavia Murillo*" absolutiza la noción de autonomía creando un pretendido derecho a la fecundación *in vitro* que no sólo vulnera el derecho a la vida, sino que se enmarca en una mentalidad biotecnocientífica que cosifica al ser humano y degrada la transmisión de la vida humana. [\(18\)](#) Igualmente, señala Miryan Andújar que " El reconocimiento de un pretendido derecho al hijo nos conduce a su instrumentalización ya que no sería un fin en sí mismo, sino un medio destinado a satisfacer el deseo de los adultos. Pretensión que resulta inadmisibles considerando la inalienable dignidad del ser humano en todo su ciclo vital". [\(19\)](#)

f) La sentencia "*Artavia Murillo*" contradice la tradición jurídica latinoamericana: a través de un documentado estudio, Carolina Rosas y María Inés Franck demuestran cómo la sentencia "*Artavia Murillo*" resulta contraria a la tradición jurídica de los países latinoamericanos en punto al comienzo de la existencia de la persona humana. [\(20\)](#) Vale señalar que la sentencia también se aparta, en lo que concierne al derecho a la vida, de las sentencias anteriores de la misma CIDH, como lo hemos afirmado en un trabajo anterior. [\(21\)](#) Finalmente debemos decir que la sentencia de la Corte IDH no solo resulta contraria a la tradición jurídica latinoamericana,

sino también a las Constituciones Políticas de varios países de la región que reconocen un estatus de protección jurídica al embrión humano, estableciendo que la vida es protegida desde el primer momento de la existencia del ser humano.

g) Tendencia "maximalista" de la CIDH: otra crítica que se realiza a la sentencia "Artavia" refiere a su carácter "maximalista", es decir, "ella busca dilucidar los más mínimos detalles de los hechos y utiliza las demandas que se le presentan para tratar de extender al máximo su jurisprudencia". En virtud de este "maximalismo", se señala que, por un lado, resulta difícil "saber cuál es la ratio decidendi y cuál es el obiter dicta del caso. Esta distinción es fundamental para un tribunal que aspira a que sus precedentes sean aplicados por los organismos internos de los Estados parte (aunque esta pretensión es jurídicamente discutible y difícil de llevar a cabo)". (22)

h) La indeterminación jurídica en la que queda el embrión no implantado: la CIDH afirma que el embrión no puede ser considerado persona humana, pero no dice nada sobre qué es un embrión humano. Esta desprotección supone una grave injusticia hacia una categoría de seres humanos que no sólo son excluidos de la personalidad jurídica, sino que ni siquiera se define cuál es su status. Con agudeza pregunta Siro de Martini: "¿Qué los hará humanos? ¿Cómo pasaría un ser vivo no humano a ser humano? ¿Quién le daría la humanidad? En primer término, ¿puede un ser no humano darse a sí mismo la humanidad? ¿Puede quien no tiene dar lo que no tiene?". (23) Desde ya, ha faltado a lo largo de toda la sentencia de la CIDH una reflexión antropológica más de fondo, incluso en razón de que desde el momento mismo en que se forma el cigoto surge el cuerpo humano, que es la persona misma. (24)

i) Arbitrariedad de la sentencia: en un profundo estudio, los juristas Ligia de Jesús, Jorge Andrés Oviedo Álvarez y Piero Tozzi señalan: "La sentencia fue especialmente arbitraria porque, entre otros, declaró que el embrión humano concebido no es persona ni sujeto de derechos y redefinió la "concepción" como implantación en el útero materno, en lugar de la fertilización, que es el sentido corriente que se le da al término, dejando así a los embriones humanos creados en tubos de ensayo completamente desprotegidos por la Convención Americana, tratado que explícitamente protege la vida del no nacido". (25)

j) Conflicto de intereses en uno de los peritos que sustentan la sentencia "Artavia": bien se ha señalado que no es conveniente que la CIDH "haya basado gran parte de sus afirmaciones biológicas, exclusivamente, en los dichos del perito Fernando Zegers Hochschild, sin tener en cuenta la prueba científica en contrario. Al hacerlo, la Corte ni siquiera se planteó el hecho de que tal perito tenía un grado de interés en el juicio mucho más fuerte de lo recomendable. En efecto, si bien el perito Zegers tiene gran conocimiento técnico en el tema de la FIV, él se dedica en forma profesional a la misma y ha sido miembro directivo de organizaciones destinadas a promoverla. Esto no quiere decir que las afirmaciones de Zegers deberían haber sido descartadas, sino que deberían haber sido ponderadas a la luz de las demás pruebas existentes y con la precaución de quien está frente a un experto con intereses que van más allá del simple saber científico". (26)

5. Consideraciones finales sobre las técnicas de fecundación artificial

La sentencia que comentamos concluyó haciendo lugar parcialmente al amparo y disponiendo una aplicación limitada de las técnicas. Se trata de un intento de procurar armonizar la pretensión de los actores con los derechos de los embriones concebidos por estas técnicas, motivada por la reciente sanción de la ley 26862 de acceso integral a las técnicas de reproducción médicamente asistida. Las restricciones que dispuso la sentencia de Salta se concentraron sobre todo en la prohibición de cualquier crioconservación o destrucción de embriones y buscaron que sólo se conciban hasta tres embriones y que todos los embriones concebidos sean transferidos.

No profundizaremos el análisis de esta disposición final y nos permitimos disentir con la sentencia. Entendemos que la técnica extracorpórea supone un procedimiento que de suyo acarrea un alto riesgo para los embriones humanos que no justifica su autorización. (27) Está en juego el derecho a la vida y a la integridad física y de allí que era posible pensar un rechazo de la técnica. Queda abierta la cuestión de la legitimidad de la ley 26862 (28) y en este punto entendemos que se puede cuestionar su constitucionalidad. (29) Igualmente, el procedimiento de fecundación extracorpórea en sí mismo supone una experimentación que no respeta la originalidad de la transmisión de la vida humana y la somete a mecanismos técnicos y de control según una lógica productiva.

Las técnicas de fecundación artificial se han impuesto a través de "hechos consumados" y forzando luego la redefinición de criterios y nociones jurídicas básicas, como la de dignidad y persona humana. Lo sucedido en la sentencia "Artavia Murillo" es un ejemplo de esa ilegítima modificación de un término tan elemental como el de "concepción", para acomodarlo de tal forma que no impida a los intereses biotecnológicos seguir imponiendo su lógica. Así, es positivo que se haya dictado una sentencia en Argentina que pone algunos límites a este nuevo

poder biotecnológico que necesita cauces jurídicos seguros y firmes en resguardo de la dignidad y derecho a la vida de la persona humana.

(1) Agradezco a Juan Tello Mendoza su asistencia en la investigación para compilar diversos materiales vinculados con la sentencia "Artavia Murillo".

(2) Publicado online en AR/JUR/33815/2013.

(3) Sobre el tema de la sentencia "Artavia" y el margen de apreciación de los Estados, ver Franck, María Inés "La Corte Interamericana y la vulneración de la soberanía de los Estados", EDCrim, 22/05/2013, nro 13.243.

(4) Para un estudio sobre la interpretación del art. 4.1. en torno al término "concepción" con anterioridad a la sentencia "Artavia Murillo" de la CIDH ver PAÚL DÍAZ, Álvaro, "Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación", Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 1, 2012, pp. 61 — 112. Ver también 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. 109-138; DE JESÚS, Ligia M., "Revisiting Baby Boy v. United States: Why the IACHR Resolution did not effectively undermine the Inter-American System on Human Rights 'Protection of the Right to Life from Conception'", Florida Journal of International Law, 2011, Vol. 23, pp. 221-275.

(5) Sobre el principio pro homine, ver NIETO, María Bibiana, GARCÍA DELFINO, María Victoria, "La aplicación del principio pro homine en la determinación del comienzo de la persona humana", Ponencia en la Comisión n. 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2013, disponible en www.jndc.com.ar

(6) Sobre el tema de los antecedentes de la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación del art. 4.1. sobre el derecho a la vida ver: BACH DE CHAZAL, Ricardo, "'Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica'. Un revés para el derecho", ED, 29/05/2013, nro 13.248 quien realiza un pormenorizado estudio de antecedentes y afirma sobre ese texto: "se pretendió acuñar una fórmula de carácter general y de suficiente amplitud como para cobijar el derecho a la vida de "todo ser humano", de modo que ningún supuesto pudiera quedar fuera de una enumeración casuista, lo cual -evidentemente- también tutela a las personas por nacer desde el primer instante de su existencia". Sobre el tema del derecho a la vida y el aborto ver IRIBARNE, Héctor P., "Acerca de la despenalización del aborto", Revista Derecho Privado, Año I Nro. 1. Ediciones Infojus, p.151. Id Infojus: DACF120039.

(7) Sobre el problema de considerar al derecho a la vida como un derecho relativo, ver Zabaleta, Daniela, "El caso "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica": la palabra "concepción" y la vida como un "derecho relativo", EDCrim, 22/05/2013, nro 13.243.

(8) 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

(9) En un comentario crítico a la sentencia "Artavia Murillo", Alvaro Paúl Díaz afirma: "la sentencia afirma que existe un derecho a la vida no absoluto del ser humano implantado, pero posteriormente recomienda una interpretación según la cual la vida prenatal es considerada como un mero interés donde no existe una titularidad al derecho a la vida" (PAÚL DÍAZ, Álvaro, "La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso 'Artavia'", EDCrim, 22/05/2013, nro 13.243). En un sentido parecido afirma Pucheta: "el tribunal (CIDH) no cuestiona la existencia de un ente perteneciente a la especie humana (que eventualmente se implante en el útero materno, crezca y nazca), sino que establece un doble estándar en función de su desarrollo morfológico-funcional" (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).

(10) PAÚL DÍAZ, Álvaro, "La Corte Interamericana in vitro...", op. cit.

(11) Ver una compilación de antecedentes realizada por María Inés Franck a través del Observatorio Internacional de Políticas Públicas y Familia en www.observatoriointernacional.com

(12) Suprema Corte de Justicia del Uruguay(SCUruguay), M. L., J. F. F., O. — Denuncia — Excepción de inconstitucionalidad arts 1, 2 y 3 de la ley 18831, 22/02/2013, UY/JUR/3/2013.

(13) PALAZZO, Eugenio Luis, "La jurisprudencia internacional como fuente del derecho. Reflexiones a partir del caso Artavia Murillo (fecundación in vitro)", DJ 07/08/2013, 5, AR/DOC/1967/2013

(14) PAÚL DÍAZ, Álvaro, "La Corte Interamericana in vitro...", op. cit.

- (15) PAÚL DÍAZ, Álvaro, "La Corte Interamericana in vitro...", op. cit.
- (16) FRANCK, María Inés, "La Corte Interamericana y la vulneración de la soberanía de los Estados", EDCrim, 22/05/2013, nro 13.243.
- (17) SCALA, Jorge, "¿Quo vadis Corte Interamericana de Derechos Humanos?", EDCrim, 23/05/2013, nro 13.244.
- (18) LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y un injusto fallo sobre el embrión humano ante las biotecnologías", Revista de Derecho de Familia y las Personas, La Ley, Buenos Aires, Marzo de 2013.
- (19) ANDÚJAR, Miryan, "Instrumentalización del embrión humano: ante los deseos de los adultos y la falta de límites en los avances biotecnológicos", en <http://centrodebioetica.org/2013/01/instrumentalizacion-del-embrión-humano-ante-los-deseos-de-los-adultos-y-la-falta-de-limites-> (último acceso: 12-11-2013).
- (20) ROSAS, Carolina, FRANCK, María Inés, "Artavia Murillo y la tradición jurídica de los países latinoamericanos acerca del comienzo de la existencia de la persona", Ponencia en la Comisión n. 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2013, disponible en www.jndc.com.ar. Ver CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo, "Las perplejidades de los Derechos Humanos (A propósito del fallo de la Corte IDH en el caso 'A. M. y Otros c. Costa Rica')" Comentario al fallo "A. M. y Otros c. Costa Rica", Eldial.com, DC19EA, 14-2-2013.
- (21) HERRERA, Daniel A. 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, Sup. Const. 2013 (abril), 09/04/2013, 16 - LA LEY, 2013-B, 415.
- (22) PAÚL DÍAZ, Álvaro, "La Corte Interamericana in vitro...", op. cit.
- (23) DE MARTINI, Siro M.A., "La renovada tentación de Prometeo", EDCrim, 22/05/2013, nro 13.243.
- (24) ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa y LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "La identidad cuerpo-persona y el estatuto jurídico del embrión humano en el proyecto de Código", ED, 248-1024.
- (25) DE JESÚS, Ligia M., OVIEDO ÁLVAREZ, Jorge Andrés, TOZZI, Piero A., "El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana", Prudentia Iuris, nro. 75, Junio 2013, p. 135-164.
- (26) PAÚL DÍAZ, Álvaro, "La Corte Interamericana in vitro...", op. cit. Un análisis científico del caso puede verse en Koch, Elard, "Corte Interamericana y el inicio de la vida: un acto de acrobacia inconsistente", publicado en <http://www.chileb.cl/perspectiva/corte-interamericana-y-el-inicio-de-la-vida-acto-de-acrobacia-inconsistente-por-elard-koch/> (último acceso: 12-11-2013).
- (27) Sobre nuestras propuestas para una regulación jurídica de las técnicas aplicadas a la procreación humana, ver LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida", en Revista El Derecho, Buenos Aires, 2006, Tomo 219, p. 858.
- (28) LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "La ley 26862 y el decreto 856/2013 sobre acceso integral a la reproducción médicamente asistida: cuestiones no resueltas", ErreparNews, Agosto de 2013; Basset, Úrsula C., "Procreación asistida y niñez. ¿Regulación o desregulación?", LA LEY, 2013-D, 872, AR/DOC/2112/2013.
- (29) Marrama, Silvia E., "Interpretación armónica, análisis crítico y propuestas de reforma de la ley nacional 26.862", El Derecho, 7 de noviembre de 2013, nro. 13.359, p. 1.

Información Relacionada

Voces:

TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ INTERPRETACION JUDICIAL ~ JURISPRUDENCIA ~ SENTENCIA EXTRANJERA ~ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ~ ENFERMEDADES ~ INFERTILIDAD ~ TRATAMIENTO MEDICO ~ ASISTENCIA MEDICA ~ COBERTURA MEDICA ~ MEDICINA PREPAGA ~ ACCION DE AMPARO ~ MATRIMONIO ~ DERECHOS HUMANOS ~ DERECHO A LA VIDA ~ PROVINCIA DE SALTA ~ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS ~ TRATADO INTERNACIONAL ~ DERECHO A LA DIGNIDAD ~ BIOETICA ~ PROTECCION DE LA FAMILIA

Fallo comentado: [Cámara Federal de Apelaciones de Salta ~ 2013-07-08 ~ L. O., A. y otros c. Swiss Medical s/ amparo](#)