

Título: La Corte Interamericana de Derechos Humanos y un injusto fallo sobre el embrión humano ante las biotecnologías

Autor: Lafferrière, Jorge Nicolás

Publicado en: DFyP 2013 (marzo), 01/03/2013, 179

Cita Online: AR/DOC/593/2013

(1)

## 1. Introducción

La sentencia del 28 de noviembre de 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) condenando al Estado de Costa Rica por considerarlo responsable de la vulneración de diversos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos en un caso vinculado con la situación de los embriones humanos ante la fecundación in vitro (FIV), constituye un grave exceso jurisdiccional del tribunal internacional y despierta justificadas inquietudes sobre el funcionamiento mismo del sistema interamericano de Derechos Humanos de cara a los desafíos planteados por las biotecnologías.

Se trata del primer caso en que la Corte se pronuncia sobre controversias vinculadas con las biotecnologías y su relación con el derecho a la vida, como lo reconoce la misma sentencia en el apartado 172: "Hasta el momento la jurisprudencia de la Corte no se ha pronunciado sobre las controversias que suscita el presente caso en lo que respecta al derecho a la vida".

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.

Recién publicada la sentencia, tuvimos ocasión de realizar un primer comentario sobre la misma a modo de columna de opinión. (2) Nos remitimos en lo sustancial a esa columna, especialmente en lo concerniente al resumen de la línea argumental del fallo. En esta oportunidad nos extenderemos en las reflexiones desde la perspectiva de la justicia en torno a dos aspectos: las afirmaciones de la sentencia sobre el estatuto jurídico del embrión humano en el sistema americano y el supuesto derecho al acceso a la FIV. Nos proponemos considerar si es justa la sentencia en atención al respeto debido al embrión humano y si existe en justicia un deber de proveer servicios de FIV a las personas que así lo reclaman.

## 2. La justicia debida al embrión humano

La CIDH tuvo ante sí de manera directa al embrión humano. En el capítulo VI sobre los "Hechos" afirma la CIDH:

"65. Sobre el desarrollo embrionario en la FIV, existen cinco etapas de dicho desarrollo que duran en total cinco días. En primer lugar, se seleccionan los óvulos maduros, los cuales son fecundados, por lo que se da paso al desarrollo del cigoto. En las primeras 26 horas de desarrollo el cigoto se divide en dos células, las cuales posteriormente se dividen en cuatro células en el día dos, y finalmente se vuelve a dividir para formar ocho células en el día tres. En el día cuatro, se habla de Morula y del día cuatro al día cinco, el embrión llega a su estado de Blastocisto. Los embriones pueden permanecer en cultivo hasta cinco días antes de ser transferidos al útero de la mujer. Por lo tanto, el embrión puede ser transferido desde el día dos y hasta el día cinco. Dependiendo de la caracterización morfológica y dinámica de la división celular, se toma la decisión respecto de cuando transferir el embrión. La transferencia embrionaria puede ser directamente al útero o a las trompas de Falopio. A los 12 días de la transferencia embrionaria, se sabe si la mujer quedó embarazada a través de marcadores".

La realidad del embrión humano desde su 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, como sabemos, fue negativo, alegando una interpretación según el sentido corriente de los términos, sistemática e histórica, evolutiva, y según el objeto y el fin del Tratado.

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). Es decir, 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.

Así, quisiéramos enfatizar esta perspectiva, para señalar que la justicia exigía reconocer al embrión humano el carácter de persona y proteger su derecho a la vida. Diversas razones nos mueven a ello y a continuación señalamos algunas de ellas:

a) La omisión del problema antropológico:

La noción clave que la Corte soslayó es la de "ser humano", pues el artículo 4.1. de la Convención Americana sobre el derecho a la vida desde la concepción debe interpretarse a la luz del artículo 1.2. que sostiene que "persona es todo ser humano". Si bien en el apartado 173 afirmó "la Corte procede a analizar el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general"", la CIDH no analizó nunca qué se entiende por ser humano y sólo se atuvo, casi como si fuera un aspecto técnico, a determinar qué se entendía por concepción. Dos pasajes son claves en este punto:

"La Corte observa que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término "concepción". Una corriente entiende "concepción" como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende "concepción" como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión" (apartado 180)

"Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo" (apartado 186)

Es decir, la CIDH reconoce que una postura sostiene que en el momento de la fecundación existe un "organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión" y que la otra postura ubica a la concepción en la implantación "debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión". Esta postura también enfatiza que "si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo". La CIDH opta por esta última postura.

Ahora bien, es imposible resolver qué se entiende por concepción sin una visión antropológica. Sin profundizar el tema, [\(3\)](#) la clave es la presencia de un "cuerpo individual", sobre el que se puede afirmar una individualidad distinta del padre o de la madre. La CIDH no toma al ser humano en sí mismo, sino en tanto está en relación con su madre que le brinda "los nutrientes necesarios". Ahora bien, no queda claro cuál es el fundamento de tal visión, fuera de una mera conveniencia a los fines de facilitar la admisibilidad de la FIV. Por un lado, al decir que sus posibilidades de desarrollo son "nulas" sin el concurso de su madre, parece indicar que se es persona desde el momento en que se reciben todos los elementos para el desarrollo. Pero justamente la implantación no marca el inicio del "cuerpo", sino que marca un cambio de lugar. Es siempre el mismo "individuo-organismo-cuerpo" el que controla todo el proceso de crecimiento y desarrollo iniciado en la fecundación. No hubo cambio de mando.

En cambio, la otra postura que menciona la CIDH tenía una visión antropológica más sustancial, al sostener que la presencia de un "organismo" distinto del padre y de la madre justificaba la consideración de un ser humano y de una persona humana. Si hay organismo, hay un cuerpo, y por tanto hay un individuo y hay persona, porque la persona es su cuerpo. [\(4\)](#) Nos parece que la CIDH acomoda la definición de ser humano al interés previo que asumió de manera arbitraria: la supuesta potestad jurídica de realizar FIV. Por otra parte, determinar el origen de la vida es determinar el "comienzo de la existencia" y entonces nos preguntamos si un embrión ya fecundado no es un ser "existente" y "vivo". La implantación no marca el "comienzo de una existencia". En definitiva, la CIDH priva de justicia al embrión no implantado.

b) La CIDH optó por la interpretación más restrictiva:

La Corte reconoce la existencia de dudas y controversias en torno al momento en que comienza la persona, pero fue más allá de una duda razonable y se inclinó por la visión más acotada de tal interpretación. En efecto, al asumir la posición que indica que la vida empieza en la implantación, opta por la visión más restringida. Esta opción genera fuerte preocupación.

Imaginemos que se trata de interpretar los alcances de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y concretamente la protección merecida por chicos con Síndrome de Down. ¿No correspondería en tal caso procurar una interpretación amplia? Si un niño es discapacitado por Síndrome de Down luego del nacimiento, ¿no lo sería desde la concepción? Todas las discapacidades con base genética tienen su origen en el momento mismo de la formación del cigoto. La solución del caso "Artavia Murillo" conduce a una peligrosa relativización de la personalidad humana, sujeta al criterio de su capacidad de la decisión de los adultos que les dan los nutrientes necesarios. La regla in dubio pro homine del artículo 29 de la Convención Americana aparece dada vuelta en perjuicio del ser humano.

En este punto, 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.

Aún más, en Brüstle el TSJ Europeo toma en consideración el hecho de que la descripción de la patente no decía nada sobre la destrucción de embriones y aclara que esa táctica omisiva no podía cambiar la decisión de proteger a los embriones humanos: "No incluir en el ámbito de exclusión de la patentabilidad enunciada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva una información técnica reivindicada, basándose en que no menciona una utilización de embriones humanos, que implica la previa destrucción de los mismos, tendría por consecuencia privar de efecto útil a la referida disposición permitiendo al solicitante de una patente eludir su aplicación mediante una redacción hábil de la reivindicación" (nro. 50).

c) El derecho a la vida relativizado:

En el apartado 259, la CIDH incorpora una de las más graves definiciones de esta injusta sentencia. En efecto, allí se afirma:

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

El tema del carácter "no absoluto" del derecho a la vida se repite luego en el apartado 264. La CIDH realiza aquí una relativización del derecho a la vida sumamente preocupante, porque justamente la vida es un derecho que no admite grados: se tiene o no se tiene. Su afectación es irreparable y la manera en que la CIDH ha resuelto el caso "Artavia Murillo" abre dudas sobre la protección de la integridad física de todos los habitantes del suelo americano.

d) Más allá de lo pedido en relación a la vida prenatal:

En el fallo que comentamos, la CIDH fue más allá de lo pedido inicialmente, y se pronunció sobre la protección de la vida durante toda la etapa prenatal y no sólo durante la etapa de embrión. En efecto, 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 implantado.

e) Sin margen de apreciación de los Estados:

En la sentencia, la CIDH fue más allá de lo que se discutía e impuso una única visión sin respetar cualquier posible margen de apreciación de los Estados. En efecto, el mismo artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que el derecho a la vida "estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción". La mención a "la ley" remite a las intervenciones de los Estados miembro y tendría que haber sido reconocido el margen de apreciación con el que cuenta Costa Rica para adoptar las decisiones favorables a la protección de la vida desde la concepción. Las decisiones objetadas por la CIDH cumplen perfectamente con todo lo dispuesto por el art. 4.1. de modo que la CIDH, al menos, tendría que haber respetado esa decisión. Así, en cambio, unos pocos jueces imponen a todo un continente su propia visión del inicio de la vida con grave violación de la dignidad humana.

Justamente en el fallo *Evans v. The United Kingdom* (Application no. 6339/05, 10 de abril de 2007) la Gran Cámara de la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo en el apartado 77 que si bien el margen de apreciación de los Estados se restringe cuando está en juego una importante faceta de la identidad y la existencia individual, en cambio cuando no hay consenso dentro de los Estados miembros, tanto por la importancia relativa del interés en juego o por los medios de protegerlo, en particular cuando el caso genera "temas éticos y morales sensibles" "el margen de apreciación es más amplio" y cita "*X, Y and Z v. the United Kingdom*", 22 April 1997, § 44, Reports of Judgments and Decisions 1997-II; "*Fretté v. France*", no. 36515/97, § 41, ECHR 2002-I; entre otros). Nuevamente, la CIDH cita *Evans*, pero omite la importancia que ese fallo daba al "margen de apreciación" y que justamente refería a los temas de alta sensibilidad ética y moral. La aplicación de la FIV es, sin lugar a dudas, uno de esos casos de alta sensibilidad ética y moral que, al menos, ameritaban respeto por el margen de apreciación ejercido por Costa Rica y expresamente alegado.

f) Más allá de la FIV:

la gravedad de esta sentencia está dada porque en sus términos la CIDH fue más allá de lo que se discutía en el caso concreto y determinó que el embrión no era persona con pretensiones de pauta general. Ello abre un interrogante sobre otras situaciones distintas de la FIV en las que poderosos intereses pretendan apropiarse y explotar la vida humana en sus primeras fases.

En efecto, desde hace años y sobre todo luego de la secuenciación completa del genoma humano, los embriones humanos se han convertido en material biológico apetecido por poderosos intereses y fuertes polémicas se plantean en torno a temas tales como la investigación para obtener células estaminales embrionarias, la clonación, la partenogénesis, la experimentación en embriones humanos, el diagnóstico preimplantatorio, la selección de embriones con fines eugenésicos. La sentencia de la CIDH ciertamente se aplica al caso concreto resuelto, pero hubiera sido deseable que se formularan las aclaraciones correspondientes para que en eventuales litigios surgidos en torno a éstas y otras problemáticas no se pueda invocar *Artavia Murillo* como precedente sobre el estatuto jurídico del embrión.

3. Las exigencias de la justicia en torno a la procreación humana y las biotecnologías

La decisión de la CIDH acomoda la definición de embrión humano a las exigencias de las biotecnologías aplicadas a la reproducción humana, en este caso puntual, a la FIV. Ello significa una profunda e inaceptable alteración del sistema de derechos humanos y del sentido de justicia, como hemos visto, pues subordina la crucial noción de persona humana a poderosos intereses previos. Ahora bien, la sentencia merece una ulterior reflexión en orden a determinar si existe una exigencia de justicia que imponga el deber de legalizar como derecho humano el recurso a la FIV. Para ello, analizamos cómo procede la argumentación de la CIDH en este punto y ponderamos esos argumentos a la luz de la justicia debida en relación a la procreación humana y las biotecnologías.

3.1. El razonamiento de la CIDH detrás del supuesto derecho a la FIV

Como hemos visto, la CIDH invierte el orden del razonamiento: en lugar de considerar como punto de partida la inviolabilidad de la vida humana del embrión y analizar si la FIV implicaba algún tipo de afectación de ese derecho a la vida, el Tribunal parte de un supuesto derecho de los matrimonios accionantes a recurrir a la FIV, analizando si la interferencia realizada por Costa Rica sobre tal presunto derecho había sido proporcionada o no. <sup>(5)</sup> A continuación presentamos cuáles son los derechos que, según la CIDH, estarían afectados en el caso,

a partir de los números 141 a 151 del Capítulo VIII de la sentencia:

Derecho a la vida privada, autonomía y maternidad:

La CIDH parte del derecho a la vida privada, al que une con la "libertad", de modo que interpretando de forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana señala que "incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido" y "constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones" (n. 142). Hasta aquí tenemos una concepción amplia de privacidad y libertad, pero sin ninguna mención a la cuestión de la FIV y admitiendo que la privacidad puede ser limitada por ley. En el número siguiente la CIDH conecta la privacidad con la "autonomía", afirmando: "el concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad" (n. 143). Aquí se introduce el tema de la "maternidad": "la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico" (n. 143).

Vida privada y derecho a fundar una familia:

Un segundo enfoque de la sentencia se basa en el derecho a "fundar una familia", vinculado con "el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas" (n. 144). Así, la CIDH enfatiza que la Convención Americana "cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria" -145-: el artículo 11.2 y el artículo 17, y afirma citando al Comité de Derechos Humanos que "la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia" -145-.

Vida privada y salud reproductiva:

La CIDH introduce en este punto de su sentencia conceptos ajenos a la Convención Americana, afirmando que "el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho" -146-. Y nuevamente concluye que "la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos" -146-.

Vida privada y el derecho a la integridad física y mental y regulación de los servicios de salud:

La CIDH conecta la vida privada con "la protección de la integridad física y psicológica". Citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que "si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza como tal el derecho a un nivel específico de cuidado médico, el derecho a la vida privada incluye la integridad física y psicológica de la persona, y que el Estado también tiene la obligación positiva de garantizar a sus ciudadanos esa integridad" (n. 147). "Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica" (n. 147). En los siguientes apartados, la CIDH se refiere a la responsabilidad de los Estados "de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal" -148-. Con citas a documentos extraños al sistema interamericano, abunda sobre la llamada "salud reproductiva", entendiendo que ella entraña "el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos" -148-. Nuevamente en el 149 afirma: "La salud reproductiva implica además los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables".

Derecho a acceder a la tecnología médica:

Finalmente, esta conexión con la salud se relaciona con "el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho" -150-. Aquí cita el artículo XIII de la Declaración Americana y el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador y concluye: "del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la

prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona" -150-

En síntesis, la argumentación se fundamenta inicialmente en el derecho a la privacidad, y desde allí pasa por la autonomía y la libertad, el derecho a fundar una familia, la salud reproductiva, la integridad física y mental y el acceso a la tecnología médica, para concluir afirmando que el acceso a la FIV es un derecho.

### 3.2. La FIV, ¿una exigencia de justicia?

La CIDH hace confluír dos grandes enfoques para construir este presunto derecho al acceso a la FIV: por un lado, la autonomía; por el otro, la salud. Ahora bien, la redacción conecta ambos enfoques, de modo que no se puede decir que tal supuesto derecho surja sólo de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la privacidad, pues hay un componente de salud explicitado; pero tampoco se trata sólo de una pretensión de acceso a la salud, pues la argumentación parte de la autonomía y la privacidad. Con estas precauciones sobre los dos enfoques subyacentes, proponemos algunas reflexiones críticas sobre las exigencias de la justicia en torno al recurso a la FIV. Formularemos centralmente los interrogantes que nos suscita el tema y que queremos dejar planteados, esbozando algunas primeras consideraciones que ciertamente requieren mayor profundización.

a) ¿Es la FIV una técnica médica? ¿Es una técnica segura, eficaz y asequible o es experimental? ¿Qué margen de sufrimiento provoca la FIV en sí misma? ¿Quién responde por la frustración que la FIV misma produce en las personas que se someten a esa biotecnología?

Toda la línea argumental de la CIDH reposa sobre la presunción de que la FIV es una técnica médica segura, eficaz y asequible (ver n. 148). Sin embargo, nos permitimos afirmar que, al menos en la sentencia difundida, la CIDH no ha profundizado en la consideración del tema y ha asumido acríticamente la FIV sin cuestionar muchos de sus supuestos logros, que en realidad no son tales.

En primer lugar, la FIV no es una técnica médica de curación de la infertilidad o esterilidad. (6) De hecho, las personas luego de la FIV continúan padeciendo la misma enfermedad o patología que impedía la fecundación lograda in vitro. Aún más, en el caso que comentamos, algunos de los matrimonios accionantes lograron tener hijos por vía natural y simultáneamente plantearon el acceso a la FIV.

Por otra parte, es indudable que hoy muchos recurren a la FIV por motivos que no son de salud, como ser la búsqueda de un niño con ciertas características genéticas, o bien por tratarse de mujeres solas u otras variantes. En estos últimos casos no puede afirmarse que la FIV sea una "terapia" médica, pues no hay infertilidad o esterilidad médicamente determinadas.

Además, la FIV en muchos sentidos es una técnica experimental, que no ha sido suficientemente consolidada y que tiene grandes tasas de fracaso, como lo revelan los mismos casos narrados en la sentencia de la CIDH. Los sufrimientos de los que da cuenta la CIDH también son inherentes a los procesos estresantes a los que la FIV somete a los matrimonios. No profundizaremos el tema pues excede el acotado margen de este trabajo, pero existen diversas publicaciones científicas sobre los problemas de las técnicas. (7)

El mismo hecho de que muchos de los países de América no tengan legislación sobre la FIV, que la CIDH interpreta como una aceptación de la práctica, puede ser también interpretado como revelando los problemas que encierra la técnica y las dudas que aún subsisten sobre su seguridad y sobre sus implicancias para el embrión humano y para las personas que se someten a la técnica.

b) ¿Qué margen de problemas acarrea la FIV para los niños concebidos? ¿Existen alternativas a la FIV que no impliquen la destrucción de embriones humanos?

En Gran Bretaña se dieron a conocer recientemente datos que consignan que por cada mujer que recurre a la FIV se utilizan 15 embriones y que el total de embriones eliminados desde 1991 ascendió a 1,7 millones. (8) La CIDH no consideró estos problemas y equiparó las pérdidas embrionarias de la FIV con las pérdidas naturales. Ello no es válido desde lo ético y jurídico, pues en el caso de la FIV existe una manipulación de todo el proceso que no es axiológicamente neutra. En efecto, no se trata de actos involuntarios o que escapen al "control" de los padres o médicos, como puede suceder con una pérdida involuntaria del embarazo. Se trata de situaciones deliberadamente buscadas y en las que el obrar humano es susceptible de una valoración ética. En este caso, la valoración es negativa, por las altas tasas de pérdidas involucradas y que son evitables.

Justamente la CIDH admitió de manera acrítica la FIV y no consideró las alternativas que no implican destrucción de embriones humanos y que también se ordenan a la conformación de una familia, como ser la adopción. En este caso, se conjuga el mejor interés del niño con la situación de infertilidad o esterilidad de los padres, de modo que se evita caer en un giro adultocéntrico. También podemos mencionar las técnicas ordenadas a la cura de la esterilidad o infertilidad sin necesidad de recurrir a la FIV. (9)

c) ¿Existió realmente una voluntad de reconocer este supuesto derecho al firmarse la Convención Americana? ¿La interpretación evolutiva no tiende a transformar los derechos humanos en meras fórmulas retóricas dejadas al arbitrio interpretativo de minorías ideologizadas?

La CIDH extrae un derecho al acceso a la FIV de textos de la Convención Americana sobre vida privada y familiar y sobre integridad física y mental, redactados en 1969 cuando todavía no existía la FIV. De este modo, la CIDH no sólo hace un "acto de acrobacia" -en palabras del científico chileno Elard Koch- (10) respecto al inicio de la vida, sino también a la inclusión de un tema tan controvertido como la FIV en la normativa interamericana de Derechos Humanos. Tengamos en cuenta que la especificidad de las biotecnologías reclamó en Europa el dictado de una Convención propia, en Oviedo, en abril de 1997. También la UNESCO ha dictado declaraciones sobre bioética y en todos los casos con expresiones sumamente generales, para no generar conflictos con los países ni afectar la soberanía, imponiendo desde organismos burocráticos regionales o globales unos puntos de vista que no reflejen las convicciones de los ciudadanos afectados.

Pero parece que en América el camino elegido por la CIDH es otro: el debate se reduce a una discusión en una sede judicial, sin participación diplomática, con unos pocos peritos y con una Corte que se inclina por la opinión de uno de ellos, Zegers, que presenta un indudable conflicto de intereses por ser dueño de un laboratorio dedicado a la FIV en Chile. En este punto, la CIDH ha olvidado que el principio de subsidiaridad es clave en el armado de un sistema de justicia global.

d) La transmisión de la vida humana, ¿puede quedar sometida a parámetros técnicos? ¿Es conforme a la dignidad de la persona? ¿No genera una forma de subordinación del concebido hacia sus padres? ¿Es el niño un producto?

El punto crucial que la sentencia de la CIDH no consideró es la técnica FIV en sí misma considerada. En efecto, si bien no aparece como un tema mencionado, no se puede escapar a la reflexión de los jueces que lo que está en juego detrás de la FIV no es la mera privacidad, sino el acto más trascendente que pueden hacer dos seres humanos: transmitir la vida. En efecto, la transmisión de la vida humana no puede quedar equiparada sin más a meros procedimientos técnicos ordenados a la consecución de un nuevo "cuerpo humano". Una tal visión de la procreación supondría la equiparación de las personas humanas con el mundo animal o más aún vegetal.

Hoy en día, la FIV es un mecanismo que supone la manipulación de gametos humanos engendrando un nuevo ser y prescindiendo de los valores humanos claves de la procreación humana, como son el amor, la donación mutua, la gratuidad, el don. En la procreación humana, el hijo es un don porque la procreación humana se realiza a través de la unión íntima de un varón y una mujer que se donan mutuamente y que son capaces de engendrar por la ordenación intrínseca del acto en la complementariedad de los sexos. Pero justamente porque dar origen a un nuevo ser no puede ser el fruto de un acto mecánico, sólo esa unión íntima de varón y mujer garantiza la gratuidad que impide considerar al niño como el fruto de un hacer. La FIV al prescindir de estas valoraciones conduce a la introducción de una lógica productiva en la generación del nuevo ser, que viene a la vida como resultado de un acto técnico y por tanto sometido a parámetros de control y evaluación. Así, bajo la lógica de la FIV, crecen los casos de búsqueda de un niño con características deseadas (como esas dos mujeres sordas que por FIV engendraron un niño sordo) (11), o para satisfacer deseos de otros.

Esta lógica productiva supone una alteración de la dignidad de la persona del hijo, no porque el niño pierda en algo su dignidad ontológica, sino porque lo coloca bajo una forma inaceptable de subordinación en relación a los adultos que fueron quienes "decidieron" su "producción". El tema es de creciente preocupación mundial, al punto que aún autores como Jürgen Habermas levantan su voz ante los excesos que puede significar la posibilidad de "fijar" las características de la persona que viene a la existencia: "con la decisión irreversible que una persona toma sobre la composición deseada del genoma de otra persona, surge un tipo de relación entre ambas que cuestiona la suposición hasta ahora obvia de autocomprensión moral en personas que actúan y juzgan autónomamente". (12) Y explica que "una programación eugenésica de propiedades y disposiciones deseables provoca reparos morales si fija a la persona afectada a un determinado plan vital, si coarta específicamente su libertad para elegir una vida propia". (13)

En definitiva, admitir sin más la FIV supone introducir una forma de transmisión de la vida humana que se aparta de valores humanos y espirituales fundamentales y coloca en riesgo la misma dignidad humana del concebido, con graves consecuencias sociales.

e) ¿Cuáles son los intereses en juego detrás de la FIV? ¿Qué tipo de sociedad modela la FIV? ¿Qué concepción de persona y derechos humanos subyacen a la decisión de imponer la FIV en todo el continente?

Finalmente, en este rápido repaso por algunas exigencias de justicia no suficientemente consideradas en la sentencia de la CIDH, no podemos dejar de mencionar los poderosos intereses de la industria biotecnológica que se ven notablemente beneficiados por esta invisibilización del embrión humano y esta pretensión de

consagrar el acceso a la FIV como un derecho humano, fuera de toda normativa expresa de los instrumentos normativos del sistema interamericano. Estos intereses particulares imponen una visión particular del ser humano, profundamente materialista. En efecto, junto con la lógica de manipulación de la vida que subyace en la FIV, se verifica una tendencia a considerar al cuerpo humano como mera materia biológica sobre la cual ejercer las operaciones biotecnocientíficas. El ser humano pierde peso ontológico, se descompone en sus partes biológicas y se codifica a través del genoma, de modo que se convierte en la ocasión para ejercer el imperativo biotecnológico.

Así, la sociedad pierde calidad humana, al equiparar todo el fenómeno físico de la vida y transformar a la vida humana en un mero recurso más. Ciertamente, la sentencia no hace estas afirmaciones, pero son temas subyacentes y hacia los que inexorablemente conduce la recepción acrítica de la FIV. En el mundo, la introducción de la FIV en 1978 no se ha limitado a los casos de infertilidad o esterilidad. Ese era el debate central durante los años 80 o 90. Desde la secuenciación completa del genoma humano en el año 2000, la FIV se aleja de la pretendida finalidad médica y se convierte en mecanismo para cumplir el deseo reproductivo. Así, los embriones humanos a los que la sentencia niega el carácter de persona se convierten en material codiciado y las posibilidades biotecnológicas de configurar las características de la descendencia gracias a la FIV generan dinanismos de búsqueda de la mejora de la raza, exclusión de los menos aptos, selección de los más deseados y otras formas de eugenesia. La transmisión de la vida humana a través de la FIV escapa a la mera privacidad e ingresa en terrenos que son moralmente relevantes y que en los que hace falta hacer opciones que preserven el respeto a la dignidad humana.

#### 4. Conclusiones

A lo largo de este comentario, hemos procurado demostrar que en la sentencia *Artavia Murillo* la CIDH no respetó las exigencias de justicia hacia el embrión humano y hacia la procreación humana.

En lo que respecta al embrión humano, la CIDH fue más allá de una duda razonable y se inclinó por la visión más acotada sobre el inicio de la vida, acomodada en función de los intereses biotecnológicos que quería privilegiar. Además, fue más allá de lo pedido y se pronunció sobre la protección de la vida durante toda la etapa prenatal y no sólo durante la etapa de embrión. También fue más allá de lo que se discutía e impuso una única visión sin respetar cualquier posible margen de apreciación de los Estados. Igualmente, fue más allá de los precedentes internacionales e impuso la visión más restringida de inicio de la vida. Además, afirmó que el embrión no era persona sin aclarar que ello no tiene incidencia en otras situaciones distintas de la FIV (células estaminales, clonación, partenogénesis, experimentación en embriones humanos, diagnóstico preimplantatorio, selección de embriones con fines eugenésicos).

En lo que respecta a la procreación humana y las biotecnologías, la sentencia de la CIDH asume de manera completamente acrítica estos procedimientos, soslayando que no se trata de terapias en el sentido estricto, que son técnicas experimentales, que no respetan los criterios de seguridad, eficacia y asequibilidad, que tienen riesgos para la vida del concebido y también para las personas adultas involucradas y sobre todo que no respetan los valores involucrados en la procreación humana. Poderosos intereses biotecnológicos se benefician con la sentencia, que supone un empobrecimiento social de la concepción de persona y un deterioro en el respeto de la dignidad.

(1) Director de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Profesor de Derecho Civil (UBA y UCA), Director del Centro de Bioética, Persona y Familia, Profesor de Bioderecho del Instituto de Bioética-UCA, miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

(2) LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "Invisibilizar al embrión ante los intereses biotecnológicos", *LA LEY*, 31-12-2012, p. 1.

(3) En este punto, destacamos la tesis doctoral de Daniel Herrera, *La Persona y el fundamento de los derechos humanos*, Buenos Aires, EDUCA, 2012.

(4) VERSTRAETE, Miguel, "El cuerpo como identidad de ser", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, año 3, n° 1, enero-febrero 2011, p.193-199. Conferencia de apertura del XV Simposio sobre Derecho de Familia, presentación del Tratado de Derecho de Familia de Eduardo A., Sambrizzi, 8 tomos, *La Ley*, 2010; organizado por el Instituto de Derecho Civil "Profesor Dr. Guillermo A. Borda", FCJS, FCS, Universidad de Mendoza, 12 y 13 de agosto de 2010. Desarrolla Verstraete: "...El cuerpo es palabra y ésta su somática figura. Soy cuerpo, por ende lógos encarnado. De allí que el cuerpo no es un medio ni un instrumento para...; ni lo que se posee, ni de lo que se dispone. En tanto se hace uso de él, se lo desomatiza cosificándolo y cosificándose en cuanto enajenación de sí.", p. 198.



(5) Destacamos en este sentido la notable disidencia del Juez Eduardo Vio Grossi en el caso Artavia Murillo que estamos comentando, que pone de relieve este problema en la lógica de argumentación y defiende la vida desde el primer momento de su existencia.

(6) Catalina E. Arias de Ronchietto enfatiza el carácter biotecnocientífico de las técnicas, que usurpan el título de médicas sin que se cumplan las notas propias de esa disciplina: ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, "La injusticia de la criopreservación ¿médica? de embriones", conferencia en el Seminario "Ética y justicia en la asignación de recursos", Consejo Académico de Ética en Medicina, Buenos Aires, 6 de julio de 2009.

(7) Ver por ejemplo, DAVIES, Michael y otros, "Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects", *New England Journal of Medicine*, 10.1056/NEJMoa1008095, May 5, 2012.

(8) <http://www.abc.es/sociedad/20130103/abci-embriones-destruccion-inglaterra-201301021916.html> (último acceso: 5-2-2013).

(9) Ver por ejemplo la NaPro Tecnología, <http://www.naprotechnology.com/> (último acceso: 5-2-2013).

(10) 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: 5-2-2013).

(11) Cfr. HARVARD LAW REVIEW, "Regulating preimplantation genetic diagnosis: the pathologization problem", *Harvard Law Review*, Jun2005, Vol. 118 Issue 8, p. 2782.

(12) HABERMAS, Jürgen, *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Traducción de R.S. Carbó, Buenos Aires, Paidós, 2004, p. 87.

(13) HABERMAS, Jürgen, *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Traducción de R.S. Carbó, Buenos Aires, Paidós, 2004, p. 84.

## Información Relacionada

### Voces:

TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ INSEMINACION ARTIFICIAL ~ IMPLANTE EMBRIONARIO ~ PERSONA POR NACER ~ FETO ~ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS ~ DERECHO A LA VIDA ~ BIOTECNOLOGIA ~ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ~ COSTA RICA ~ RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ~ DECRETO NACIONAL ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS ~ COMPETENCIA INTERNACIONAL ~ PRINCIPIO DE AUTONOMIA PERSONAL ~ DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA ~ DERECHO A LA INTEGRIDAD MORAL ~ PROTECCION DE LA FAMILIA ~ INTERPRETACION DE LA LEY ~ TRATADO INTERNACIONAL ~ ESTADO PARTE ~ CONCEPCION EN EL SENO MATERNO ~ VOLUNTAD PROCREACIONAL ~ TRATAMIENTO MEDICO ~ DERECHO A LA SALUD ~ INFERTILIDAD

Fallo comentado: [Corte Interamericana de Derechos Humanos ~ 2012-11-28 ~ Artavia Murillo y otros \("fecundación In Vitro"\) c. Costa Rica](#)