

La Corte Interamericana y la vulneración de la soberanía de los Estados¹

Por María Inés Franck²

I.- Antecedentes

El 28 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) vs. Costa Rica.

Los antecedentes, brevemente expuestos, son los siguientes: el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, autorizaba en Costa Rica la práctica de la FIV para parejas conyugales y regulaba su ejecución. Entre otras medidas establecía que, en casos de fertilización in vitro, quedaba absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento, que todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento deberían ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsiguientes de la misma paciente o de otras pacientes.

La FIV fue practicada bajo estos parámetros en Costa Rica entre 1995 y 2000. En ese lapso nacieron 15 costarricenses. Sin embargo, en marzo de 2000 la técnica fue declarada inconstitucional mediante sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, básicamente por atentar contra el derecho a la vida y la dignidad del embrión humano, protegido en Costa Rica y por la Convención Americana de Derechos Humanos desde el momento de la concepción.

En el año 2001, el Dr. Gerardo Trejo Salas elevó el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Luego de elaborar el informe pertinente, este organismo lo remitió a la Corte Interamericana en julio de 2011. En noviembre de 2012, entonces, la Corte emitió la sentencia final condenando al Estado de Costa Rica.

II - Estructura de la sentencia e interrogantes obligados

Tras subestimar las excepciones preliminares presentadas por Costa Rica (falta de agotamiento de recursos internos, extemporaneidad de la petición presentada por una de las parejas demandantes y la incompetencia de la Corte Interamericana para conocer de hechos sobrevinientes a la presentación de la petición), la Corte realiza un análisis e interpretación de los artículos 4, 7 y 11 del Pacto de San José de Costa Rica, que la lleva a determinar, por cinco votos contra uno, que la Sala Constitucional de Costa Rica “partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios” (§316).

¹ Este artículo in extenso fue publicado en “El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia” de la Universidad Católica Argentina, en su sección Política Criminal, el 22 de mayo de 2013, pág. 2 al 7.

² Lic. en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales (UCA), Abogada (UCA), Profesora Pro Titular de la Facultad de Ciencias Sociales de la UCA, Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Secretaria Académica de la Facultad de Derecho Canónico de la UCA.

¿A través de qué camino la Corte Interamericana llega a fallar de una manera tan aparentemente contradictoria con la letra misma de la Convención y contra la legislación (incluso constitucional) de gran parte de los Estados americanos? Intentaremos aquí resumir los fundamentos del fallo para encarar luego una crítica de lo que, a nuestro juicio, aparecería como una manipulación ideológica y fraudulenta del Derecho y cierto desprecio por las legislaciones de los mismos Estados que generaron la Convención.

III - Resumen de la sentencia y análisis crítico

1) El alcance del derecho a la vida privada y familiar (art. 7° de la Convención)

En primer lugar, la CIDH se propone determinar el alcance de los derechos a la vida privada y familiar, y su relación con otros derechos convencionales, en lo relevante para resolver la controversia (§136). Interpreta así en forma amplia el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de modo que el ámbito de la privacidad incluya un concepto de libertad en un sentido extenso, “como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido”, es decir “el derecho de toda persona a organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones” (§142). Con respecto al concepto de libertad, la CIDH entiende a ésta como “la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones” (§142). Así, “la protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo (...). 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 vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás (...). Además (...) 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” (§143). Así, “la Corte considera que el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas” (§144). “Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia” (§145). “Así, 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) (El resaltado es nuestro).

Afirma también la CIDH que “en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas” (§147). Ya que “los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud (...). Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica” (§147).

En el marco de la definición amplia de salud utilizada por la OMS, se hace uso también del concepto de “salud genésica”, según la cual “la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento” (§148). Se cita aquí el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) cuando indica que “debieran proporcionarse técnicas de fecundación

in vitro de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas” (§149). En relación a este tema, la CIDH estipula que “el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho”, mencionando explícitamente un supuesto “derecho al goce de los beneficios del progreso científico” (§150). Entonces, “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).

2.- La interpretación del art. 4° del Pacto de San José de Costa Rica

La CIDH analiza luego el principal argumento del Estado costarricense, esto es, que el Pacto de San José de Costa Rica establece una protección absoluta del derecho a la vida de la persona por nacer.

Es ésta la parte más extensa del fallo, dedicada 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’. Explicita la necesidad de interpretar estos términos conforme al sentido corriente que deba atribuírseles en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, “el cual es la eficaz protección de la persona humana”. Adelanta la utilización de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (§173).

a) Interpretación “según el sentido corriente de los términos”.

Según el sentido corriente de los términos, la Corte interpreta que, “cuando la Convención, en el art. 1.2 determina que “persona es todo ser humano” y, a su vez, en el art. 4.1 establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida (...), en general, a partir del momento de la concepción”, debe valorarse los términos “concepción” y “ser humano” a partir de la literatura científica (§176). Argumenta que “la definición de ‘concepción’ que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado”, ya que “antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer” (§179). En este sentido, continúa la Corte, “en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término ‘concepción’. Una corriente entiende la ‘concepción’ como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. 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 la implantación del óvulo fecundado en el útero”, ya que esta implantación “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” (§180).

Para apoyar la segunda corriente citada, la Corte menciona la intervención del perito Fernando Zegers-Hochschild³. El Dr. Zegers, a su vez, fundamenta su teoría

³ El Dr. Fernando Zegers-Hochschild es dueño de un Centro de Fecundación Asistida en el exclusivo barrio Las Condes, en Santiago de Chile y, por lo tanto, parte interesada en la resolución de la Corte. Llama la atención que el único perito extensamente citado por la Corte Interamericana en esta sentencia sea tan altamente cuestionable.

basándose en una particular interpretación de la definición de ‘concepción’ del Diccionario de la real Academia Española (concepción: acción y efecto de concebir – concebir: quedar preñada la hembra – fecundar: unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser). También cita la Corte la teoría de Zegers que sostiene que “la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión”, ya que “sólo hay evidencias de la presencia de un embrión, cuando éste se ha unido celularmente a la mujer y las señales químicas de este evento pueden ser identificadas en los fluidos de la mujer”, detectándose la presencia de la hormona Gonadotropina Coriónica recién “siete días después de la fecundación, con el embrión ya implantado en el endometrio” (§181).

Varias son las apreciaciones que pueden hacerse sobre este punto. En primer lugar, es dable observar que, apoyada en los dichos del objetable perito Fernando Zegers-Hochschild, la Corte relativiza la evidencia científica sobre el cigoto como organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Y da como cierta la posición que identifica “concepción” con “implantación”. La implantación, afirma la Corte citando al perito Zegers-Hochschild, es el verdadero primer momento porque es allí donde se conecta el cigoto con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión. Olvida la Corte que en el cigoto YA HAY vida, porque ya se produjo el primer y único salto cualitativo que es la unión de los dos gametos. La conexión con la madre permite que esa vida se siga desarrollando, dado que este desarrollo comenzó antes de la implantación. Arbitrariamente, y tomando por cierto el argumento de quien no puede calificarse precisamente de imparcial en la resolución del caso, la Corte concluye afirmando que la vida humana no principia en la concepción. Así, la Corte *per se* define -sin tener atribuciones para hacerlo- el comienzo de la vida humana en un momento que no incomode éticamente la práctica de la fecundación *in vitro*, en contradicción con las Constituciones y legislaciones protectoras de la vida humana desde el primer momento, que tenían la mayor parte de los países americanos que firmaron el Pacto de San José de Costa Rica en 1969. Que el único perito mencionado en estos temas sea uno tan discutible en cuanto a sus intereses personales, tiende un manto de sospecha en cuanto a la imparcialidad de la sentencia.

La “madurez” requerida por la Corte Interamericana para ser considerado un ser humano. La Corte afirma también que existe una discusión “respecto al momento en que se considera que el embrión ha alcanzado un grado de madurez tal como para ser considerado ‘ser humano’” (§183). Y afirma que, “respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa”, afirmando que “no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte parece claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena”, pero “estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten (§185).

Al leer estos considerandos no podemos menos que pensar en cierta temeridad necesaria para pretender definir a partir de qué momento la vida engendrada por dos seres humanos está lo suficientemente madura como para ser considerada “ser humano” también ella. El término “madurez” aparece como particularmente infeliz: ¿qué grado de “madurez” debe tener un individuo de la especie humana para que los jueces reconozcan en él un “ser humano”? ¿Quién define ese momento? ¿A qué tipo de “madurez” nos referimos: física, psíquica, social? Así como la salud está definida

por la OMS según parámetros físicos, psíquicos y sociales, ¿también la "madurez" humana cae bajo esos mismos parámetros? ¿Estamos todos nosotros "maduros" como para que se nos reconozca el derecho a la vida? Esta frase de la Corte parece bastante peligrosa, cuando menos confusa.

La Corte achaca a las concepciones pro vida la consideración de un óvulo fecundado como una "vida humana plena". Esta idea es absurda y de ninguna manera es sostenida por quienes se oponen a la manipulación de la vida humana en sus primerísimos principios: ¿cuándo una vida humana es plena? ¿Nos consideramos, nosotros adultos, personas humanas plenas en todo sentido? La plenitud es un camino que todos recorremos desde el primer momento de nuestra concepción hasta nuestra muerte, y difícilmente la alcanzamos. Siempre se puede ser y estar mejor, más pleno. Aquellos que defienden la vida desde la concepción de ninguna manera intentan imponer "creencias", porque no se trata aquí de creencias sino de razones científicas de peso que nos indican científicamente la realidad de la vida que no existía antes de la unión del óvulo con el espermatozoide, pero que después de ese momento ya es una entidad distinta de la madre y de todos los demás seres humanos. Es verdad que depende de la madre para alimentarse, crecer y sobrevivir pero, ¿qué niño no lo hace? No parece justa la acusación de querer imponer creencias, cuando justamente la Corte es quien está imponiendo una determinada "creencia" a países soberanos que ya hicieron una opción en ese sentido como pueblos libres.

La interpretación de la Corte del término "concepción". A pesar de lo afirmado, "la Corte considera que es procedente definir (...) cómo debe interpretarse el término 'concepción'. 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. (...) 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 (§186). "En este sentido, la Corte entiende que el término 'concepción' no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede". Antes de la detección de la Gonadotropina en el cuerpo de la mujer "es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esa unión se perdió antes de la implantación. Asimismo, ya fue señalado que, al momento de redactarse el artículo 4° de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación. Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación" (§187).

Parece reconocer aquí la Corte que en la fecundación se inicia la vida del embrión, su comienzo. Aquello que diferencia la fecundación de la implantación sería que la implantación es más fácilmente detectable y a partir de allí estamos seguros de la presencia de una nueva vida humana. Pero, justamente, el hecho de que lo capturemos en la implantación, implica que existía desde antes de ese momento. Captar algo es independiente de su existencia. Pueden no captarse nunca realidades que ya existen, pero si se las capta es porque antes ya comenzó su existencia. La insistencia en partir del "entendimiento" o "entender" para afirmar la existencia o no de una vida humana muestra la perspectiva absolutamente adultocéntrica de este criterio, que descuida los derechos e intereses de los más pequeños.

En efecto, contradictoriamente con sus afirmaciones en los puntos anteriores, los jueces reconocen que “la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación”. Eso significa que el primer momento, aquel a partir del cual se quiso proteger la vida humana, comienza en la fecundación y que la implantación es un segundo momento fundamental para el desarrollo del embrión. También dice el Tribunal americano que “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’”. La razón por la que la Corte termina quitándole peso a esta realidad científica es que “si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas”.

Observemos el peligro antropológico de una definición como la anterior. En buena lógica, si somos coherentes, podemos generalizar el razonamiento de la siguiente manera: cada vez que un individuo humano depende por completo de otro para desarrollarse o sobrevivir, la ley no le garantiza la protección debida a una persona humana; más todavía: no se trataría de una persona. La enumeración de las situaciones en que se da esta dependencia podría ser abrumadora, dado que el ser humano existencialmente depende de otros siempre, en mayor o menor grado. Pensemos en los enfermos graves, en los niños pequeños, en los ancianos, en las personas con problemas psicológicos serios, y tantas otras. Se podría objetar que la Corte se refirió sólo a la persona por nacer, y no a todos los casos posibles. Peor aún: la Corte realizó entonces una aberrante discriminación, con la pretensión de extender esta discriminación a todo el continente americano de modo pretendidamente obligatorio, en un avasallamiento judicial sin precedentes.

La siguiente razón por la que la Corte no reconoce el estatus de persona al embrión humano recién concebido es porque el embarazo se detecta generalmente a partir de la implantación. El dato es relativo, ya que depende cien por ciento del avance de la ciencia y de la técnica para detectar la presencia de algo que ya existe en sus primerísimos estadios. En algún momento será posible detectarlo desde la concepción; ¿perderán entonces vigencia las conclusiones de la Corte? ¿Se reconocerá entonces que sus pretensiones eran injustas y anti científicas? Porque, de todas maneras, la existencia de algo es independiente de que pueda ser detectado por ciertos medios. Dice bien la Corte cuando afirma que “antes de la detección de la Gonadotropina en el cuerpo de la mujer “es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide”: la unión ya ocurrió antes de su detección. Realmente parece injusto pensar que debemos proteger a un ser humano recién cuando percibimos su existencia; es decir, que la entidad del otro (un niño muy pequeño en este caso) esté legitimada absolutamente por la perspicacia del observador (un adulto generalmente).

Finalmente, la misma definición de la Real Academia Española, citada en la sentencia, abona la tesis de que no era demasiado conocida en esa época la diferencia entre la concepción y la implantación de un ser humano. Así, “concepción” se asimilaba al primer momento de la existencia de un ser humano, más allá de las teorías e ideologías e intereses que pudieran sobrevenir al respecto. De todas maneras, no parece ser la RAE la mejor fuente para fundamentar conceptos científicos y técnicos.

b) La interpretación histórica del PSJCR: referencia a los Trabajos preparatorios.

En cuanto a la interpretación histórica de los términos de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención, la Corte se refiere, dentro del sistema interamericano de derechos

humanos, a los Trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la Convención Americana. En cuanto a los Trabajos preparatorios de la Declaración Americana, la Corte establece que los mismos “no ofrecen una respuesta definitiva sobre el punto en controversia” (§200). En cuanto a los Trabajos preparatorios de la Convención Americana, la Corte reseña un apretado debate entre las delegaciones de los países en torno a la inclusión de la frase “en general”, y “en general, desde el momento de la concepción”. República Dominicana, por ejemplo, propiciaba la eliminación de la frase completa (“en general, desde el momento de la concepción”), ya que propugnaba una redacción igual al art. 6(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para una mayor coherencia con el sistema universal. Brasil, por su parte, opinaba que la expresión “en general, desde el momento de la concepción” era “vaga y por eso no tendrá eficacia para impedir que los Estados Partes en la futura convención incluyan en sus leyes internas los más variados casos de aborto” y que la cláusula correspondía a “materia que debía ser dejada a la legislación de cada país” (§208). Las delegaciones de Ecuador y Venezuela propusieron eliminar sólo el término “en general” ya que sostenían que “en cuanto el derecho a la vida, desde el momento de la concepción del ser humano, no puede haber concesiones” (§210). Al aprobar el texto actual de la Convención, México hizo una declaración interpretativa, aclarando que consideraba que “la expresión ‘en general’ no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida a partir del momento de la concepción, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados” (§212). El proyecto uruguayo de Convención, por su parte, establecía que “todo ser humano tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción” (§215). Finalmente, la CIDH “concluye que los trabajos preparatorios indican que no prosperaron las propuestas de eliminar la expresión ‘y, en general, desde el momento de la concepción’, ni las de las delegaciones que pedían eliminar sólo las palabras ‘en general’.

Debemos decir que un análisis más completo e integral de los Trabajos preparatorios de la Convención nos muestra que la intención del art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica fue proteger la vida desde el primer momento, llámese éste “concepción” o “fecundación”, y en ese espíritu el Tratado fue ratificado por la mayoría de los Estados americanos.

En efecto, observaciones hechas por países como Brasil nos ilustran claramente este punto. La delegación del brasileña deja sentado que, con respecto al actual artículo 4.1 del Pacto, deben eliminarse “las palabras: ‘... y, en general, a partir del momento de la concepción’”. En consecuencia el párrafo 1 del Artículo 3 quedaría así redactado: “Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Contrariamente a lo que da a suponer el reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la razón por la que Brasil redacta esta enmienda es porque “en Brasil, el Código Civil protege los derechos de la criatura en gestación desde la concepción (Art. 4º) y el Código Penal reprime la provocación injustificada del aborto, pero faculta su práctica en los casos de estupro o de no haber otro medio de salvar la vida de la gestante (Art. 128). El párrafo 1 del Artículo 3 del proyecto dispone que el derecho a la vida debe ser protegido por la ley ‘en general desde el momento de la concepción’. Esta cláusula final es vaga y por eso no tendrá eficacia para impedir que los Estados Partes en la futura convención incluyan en sus leyes internas los más variados casos de aborto.

Dicha cláusula podrá, por lo tanto, provocar dudas que dificulten no sólo la aceptación de este artículo, como su aplicación, si prevaleciera la redacción actual.

Mejor será así que sea eliminada la cláusula 'en general desde el momento de la concepción', pues es materia que debe ser dejada a la legislación de cada país"⁴.

Queda claro aquí que las preferencias del Estado brasilero se inclinan por la protección de la vida desde el primer momento, objetando de la redacción del Tratado la poca claridad a este respecto. En última instancia, y para evitar ambigüedades, la posición de Brasil es clara: que cada Estado regule el tema con libertad.

También el delegado de Venezuela, por su parte, al observar ese mismo artículo estimó que "en cuanto al derecho a la vida, desde el momento de la concepción del ser humano, no puede haber concesiones y que juzga inaceptable una Convención que no consagre dicho principio"⁵.

En cuanto a Costa Rica, el país sancionado en este último fallo, vemos que en el Acta de la Segunda Sesión Plenaria (20 de noviembre de 1969) consta que "la Delegación de Costa Rica, igualmente solicitó que constara en acta la declaración siguiente: 'La Delegación de Costa Rica, como justo homenaje a sus venerados patricios, que haciendo gala de arraigados sentimientos humanitarios, hace aproximadamente una centuria, abolieron de la legislación patria la pena capital; y para ser consecuente con la idiosincrasia de nuestro pueblo, mantiene inquebrantable adhesión al principio de la inviolabilidad de la vida humana, consagrado en el Artículo 21 de la Constitución Política de la República⁶, y por ende, deja constancia de que no puede aceptar, y en esa materia salva su voto, preceptos que no tiendan a garantizar, **en forma absoluta**, ese sagrado principio'" (el resaltado es nuestro).

Está claro que la intención de Costa Rica al obligarse por el Pacto de San José fue la protección absoluta de la inviolabilidad de la vida humana desde la concepción.

Así, de un plumazo, la interpretación "viviente" de un Tratado hecha por una Corte en base a los argumentos de un perito cuya profesión y probablemente medios de vida se basan en la práctica de la fecundación *in vitro*, lo lleva a afirmar exactamente lo contrario a lo que querían adherir los Estados soberanos al momento de firmarlo.

De nada modifica este hecho el malabarismo poco inteligible de la Corte Interamericana en cuanto a que la "concepción" al momento de la firma del Tratado es equivalente a la "implantación" hoy en día. Afirma el médico e investigador chileno Elard Koch que "Ningún científico serio, cualquiera sea su credo (...) puede refutar que la 'fecundación' marca el comienzo de una nueva vida humana, siendo esta premisa verdadera tanto para la concepción espontánea, como para la concepción a través de la fecundación *in vitro*. Sin embargo, contra esta lógica elemental, la CIDH ha explícitamente intentado circunscribir la 'concepción' al momento de la 'implantación' del embrión en el útero materno, dejando en el limbo el momento de la 'fecundación' que da origen al embrión y todo el proceso de desarrollo previo a su anidación en el útero"⁷.

⁴ Observaciones y enmiendas al proyecto de Convención Americana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por el Gobierno de Brasil.

⁵ Observaciones y enmiendas al proyecto de Convención Americana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por el Gobierno de Venezuela.

⁶ El art. 21 de la Constitución política de Costa Rica afirma textualmente que "la vida humana es inviolable"

⁷ Koch, Elard; "Corte Interamericana y el inicio de la vida: acto de acrobacia inconsistente"; en Chile B - Realidades en perspectiva. Cfr. <http://www.chileb.cl/perspectiva/corte-interamericana-y-el-inicio-de-la-vida-acto-de-acrobacia-inconsistente-por-elard-koch/>

c) La interpretación sistemática de los artículos de referencia de la Convención.

Al referirse a la interpretación sistemática de la Convención y la Declaración, la CIDH argumenta que “la expresión ‘toda persona’ es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer” (§222). Por todo esto, “la Corte concluye que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión” (§223).

Seguidamente, la Corte analiza el Sistema Universal de Derechos Humanos, comenzando por la Declaración Universal. Sin fundamentar su afirmación, la Corte afirma que “estima que según los trabajos preparatorios de dicho instrumento, el término ‘nacen’ se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración. Los redactores rechazaron expresamente la idea de eliminar tal término, de modo que el texto resultante expresa con plena intención que los derechos plasmados en la Declaración son ‘inherentes desde el momento de nacer’. Por lo tanto, la expresión ‘ser humano’, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido (§224). Posteriormente se refiere la Corte a los Trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos concluyendo, a pesar de que la expresión “a partir del momento de la concepción” referida al derecho a la vida fue rechazada por 31 votos en contra, 20 a favor y 17 abstenciones, que “los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas” (§225).

Con respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño, la Corte establece que, a pesar de que en el Preámbulo de dicha Convención se señala que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, “los Trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida” (§231). Sin embargo, reconoce la Corte que “ante la dificultad de encontrar una definición de ‘niño’ en el art. 1 del Proyecto, se eliminó la referencia al nacimiento como inicio de la niñez” (§232).

Así, sobre el punto de la interpretación sistemática, la Corte sienta que “de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana” (§244).

En mi impresión, la Corte incurre en el error de confundir la titularidad de los derechos con el ejercicio de los mismos. Es claro que una persona por nacer no puede ejercer por sí mismo los derechos de los cuales es titular, sino que ese ejercicio está delegado en su representante mientras su titular no pueda hacerlo. Ésta es la naturaleza jurídica del instituto de la representación, que se aplica no sólo a los niños por nacer sino a los menores y los incapaces en general. Evidentemente que una

persona por nacer no puede reclamar nada por sí; ello es parte de su incapacidad jurídica.

Respecto al análisis que hace la Corte Interamericana de la Declaración Universal de Derechos Humanos, concluyendo que se quiso colocar *ex profeso* el inicio de la protección en al nacimiento, este argumento puede utilizarse a favor del reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción/fecundación en nuestro sistema americano: es un claro punto en que nuestros Estados han querido soberanamente diferenciarse del sistema internacional: en América la vida humana está protegida desde la concepción en forma clara, a diferencia del sistema internacional de derechos humanos en que esta protección no parece clara, aunque el mismo resultado de la votación en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que determinó que la expresión “a partir del momento de la concepción” fuera rechazada, nos habla de un debate internacional intenso y no satisfactoriamente resuelto: de 68 votos, sólo 31 prefirieron excluir esa expresión: el resto (treinta y siete Estados de los sesenta y ocho representados) no se manifestaron en ese mismo sentido.

Nos toca ahora abordar el falaz argumento de que no sería el niño el objeto de la protección jurídica en el sistema americano, sino la mujer embarazada, y que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer. Claramente en algunas circunstancias se contraponen los intereses de la mujer y del niño no nacido; ¿cómo resuelve en ese caso la Corte el conflicto de intereses y derechos? ¿Cómo resolverlo si consideramos que todo se canaliza a través de la mujer? ¿No consiste esta teoría en la invisibilización conveniente y demasiado fácil de una de las partes en conflicto? Son sencillas así las cosas para el Derecho: sólo hace falta tener en cuenta los derechos del más grande, del más fuerte, del que se puede manifestar mejor y más completamente.

Además tampoco es cierto que la protección de los derechos del no nacido pase sólo por la mujer. El mismo Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño nos demuestra que el sujeto de la protección puede ser muchas veces el niño por nacer: “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Al niño, no sólo a la madre, se predica el deber de otorgar protección jurídica.

Asimismo, la eliminación de la referencia al nacimiento como principio de la niñez en la Convención de los Derechos del Niño, nos muestra amplio consenso americano en cuanto a que la vida y los derechos del no nacido deben ser también protegidos.

Afirma también la Corte que no es posible desprender la conclusión de que el embrión deba ser considerado persona a partir de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana. Sorprendentemente, los jueces no aluden a la conclusión más obvia en este punto: ante la existencia de una importante cantidad de Estados que pretendían proteger en el sistema americano la vida humana desde el primerísimo momento de su existencia (porque así la protegían en su legislación interna) se optó por una fórmula que en su interpretación corriente favorecía esta protección (“en general”) y, en última instancia, se reconocía implícitamente en el Tratado (y explícitamente en los Trabajos preparatorios) la soberanía legislativa de cada Estado al respecto. La Corte no se pronuncia sobre el punto de la soberanía y del margen de apreciación de cada Estado sobre este punto, a pesar de que se trata de una consideración fundamental en la interpretación de los Tratados en general. Volveremos sobre ello más adelante.

Así, es obligatorio interrogarnos lo siguiente: en cuanto a las interpretaciones en general, si el Tratado, por obra de la interpretación, se llega a transformar en lo contrario de lo que dice literalmente y lo opuesto a aquello a lo que los Estados quisieron, en su momento, obligarse, ¿siguen los Estados obligados por él? ¿Están obligados justamente por lo contrario a lo que quisieron adherir en su momento? ¿No habría que pensar en discutir nuevamente el sistema de tratados (discusión que, en cuanto al Sistema Interamericano sabemos se está dando en la actualidad)? Las Convenciones no pueden ser cáscaras vacías que sean interpretadas según la ideología de turno de los Comités de interpretación y de los jueces. ¿No debería haber un mínimo de sentido en cada norma en sí, que ninguna interpretación pueda cambiar, al menos como regla general?

d) Interpretación evolutiva.

La Corte se aboca luego a la interpretación evolutiva de los mencionados artículos de la Convención Americana, aclarando que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (§245). Asimismo, “en el presente caso, la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención” (§246).

Con respecto al estatus legal del embrión, la Corte cita el art. 18 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina (Convenio de Oviedo), adoptado en el marco del Consejo de Europa: Art. 18: experimentación con embriones *in vitro*: 1. Cuando la experimentación con embriones *in vitro* esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión. 2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación.

La interpretación que de esta norma hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que “el Convenio de Oviedo (...) se cuida de definir el término ‘toda persona’, y su informe explicativo indica que, en ausencia de unanimidad acerca de la definición, los Estados miembros han decidido permitir al derecho interno hacer las precisiones pertinentes al efecto de la aplicación de esta Convención” (Caso *Vo. Vs. Francia*, 2004, párr. 84) (§249).

La CIDH trae a colación también el Caso “*S.H. y otros Vs. Austria*” (2011), en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “consideró permisible la prohibición de practicar la FIV con óvulos y espermatozoides donados por terceros, resaltando que ‘el poder legislativo austriaco no ha excluido la procreación artificial por completo (...). Éste intentó reconciliar el deseo de hacer disponible la procreación médicamente asistida con la inquietud que existe entre importantes secciones de la sociedad acerca del papel y las posibilidades de la medicina reproductiva contemporánea, lo que da lugar a cuestiones morales y éticas de naturaleza muy sensibles’ (párr. 104) (§251).

En conclusión, la Corte deduce que “las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida” (§253).

En el Caso de Costa Rica, la Corte advierte que se trata del “único país de la región y, por tanto, no practica la FIV” (§254). “La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios” (§256). “En este sentido, dicha práctica generalizada está asociada al

principio de protección gradual e incremental –y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona” (§256).

Llamativamente, la Corte Interamericana no menciona en este punto otras consideraciones del mismo fallo citado (“*S.H. and Others v. Austria*”), en las cuales aparece con claridad la decisión de respetar el margen de apreciación de los Estados en estos casos. Así, en los considerandos 93, 94, 97 y 100 de ese caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos argumentó textualmente que:

*“al determinar la extensión del margen de apreciación de los Estados al decidir los casos relacionados con el Artículo 8 de la Convención, deben tenerse en cuenta una cantidad de factores. Cuando está en juego una faceta particularmente importante de la existencia o la identidad de un individuo, el margen autorizado a los Estados será normalmente restringido (ver **Evans**, más arriba, § 77 y los casos allí mencionados). En los casos en que, de todas maneras, no haya consenso entre los Estados Miembros del Consejo de Europa, así como a la importancia relativa del interés en juego o sobre los mejores modos de protegerlo, particularmente en los puntos en que el caso se toque con temas morales o éticos sensibles, el margen deberá ser mayor (ver **Evans**, citado más arriba, § 77; **X., Y. y Z. v. el Reino Unido**, citado más arriba, § 44; **Frette v. Francia**, no. 36515/97, § 41, ECHR 2002-I; **Christine Goodwin v. el Reino Unido** [GC], no. 28957/95, § 85, ECHR 2002-VI; y **A. B. and C. v. Irlanda**, citados más arriba, § 232). Debido a su contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus propios países, las autoridades del Estado están, en principio, en mejor posición que los jueces internacionales para dar una opinión, no sólo del “contenido exacto de los requerimientos de la moral” en sus países, sino también sobre la necesidad de establecer restricciones en orden a alcanzarlos (ver **A. B. and C. v. Irlanda**, *ibid.*, y otras referencias). Existirá generalmente un margen de apreciación más amplio acordado si el Estado debe realizar un balance entre una contraposición del interés público con los derechos convencionales (ver **Evans**, citado más arriba, § 77, y **Dickson**, citado más arriba, § 78). (...) Dado que el recurso al tratamiento FIV alcanzó y alcanza aún temas morales y éticos sensible contrapuestos a un conjunto de crecientes desarrollos médicos y científicos, y dado que las cuestiones alcanzadas por el caso se relacionan con áreas donde no existe aún consenso entre los Estados Miembros, la Corte considera que el margen de apreciación del que dispone el Estado demandado debe ser amplio (ver **X, Y and Z v. el Reino Unido**, citado más arriba, § 44). (...). La Corte considera que las preocupaciones relacionadas con consideraciones morales o con la aceptación social deben ser tomadas seriamente en consideración un ámbito tan sensible como la procreación artificial.*

Asimismo, la Corte Interamericana tampoco menciona el Preámbulo de la Directiva 2004/23/EC del Parlamento Europeo y del Consejo del 31 de marzo de 2004 (mencionada en el considerando 44 del fallo “*S.H. y otros v. Austria*”), en la cual se establecen Parámetros de calidad y seguridad para la donación, extracción, comprobación, procesamiento, preservación, almacenamiento y distribución de tejidos humanos y células, buscando proteger los aspectos de calidad y seguridad de los tejidos humanos y las células utilizadas en aplicaciones humanas, donde se expresa lo siguiente:

“(12) Esta Directiva no debería interferir con las decisiones realizadas por los Estados Miembros relativas al uso o no uso de un específico tipo de célula humana, incluyendo células germinales y células madre embrionarias. Si, de todas maneras, algún uso particular de estas células fuera autorizado en un Estado Miembro, esta Directiva requerirá la aplicación de todas las provisiones necesarias para proteger la salud pública, dado el riesgo específico de estas células, basado en los conocimientos científicos y su particular naturaleza y garantía respecto de los derechos

fundamentales. Aún más, **esta Directiva no debería interferir con las provisiones de los Estados Miembros respecto a la definición de los términos legales “persona” o “individuo”**. (El resaltado es nuestro).

La doctrina jurisprudencial del margen de apreciación de los Estados tiene una arraigada tradición en las sentencias del Tribunal Europeo. Así, en “Frette v. Francia”, del año 2002, números 39-43, se afirma que:

“La Corte considera natural que las autoridades nacionales, cuyo deber en una sociedad democrática es también considerar, dentro de los límites de su jurisdicción, los intereses de la sociedad como un todo, deban gozar de un amplio margen de apreciación cuando deben legislar en estas materias. En razón de su contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades nacionales están en principio mejor situadas que una corte internacional para evaluar necesidades y circunstancias locales. Dado que en este caso están involucrados temas tan delicados, intervenir en áreas donde hay tan pocos puntos comunes de acuerdo entre los Estados miembros del Consejo de Europa y, en general, la ley parece estar en un estadio de transición, debe dejarse un amplio margen de apreciación a las autoridades de cada Estado”⁸.

También en “Evans v. el Reino Unido”, considerandos 46-65 (2006):

“La Corte recuerda también que en Vo v. Francia [GC], no. 53924/00, § 82, ECHR 2004-..., sostuvo que, en ausencia de consenso europeo en cuanto a la definición científica y legal del inicio de la vida, el tema de cuándo comienza el derecho a la vida entra dentro del margen de apreciación en el cual la Corte generalmente considera que los Estados deberían tener en esta esfera.

(...) La Corte observa que no existe un consenso internacional en cuanto a la regulación de los tratamientos de FIV o a la utilización de embriones producidos mediante estos tratamientos. Tal como se deduce del material comparativo resumido arriba (considerandos 31-39), mientras que algunos Estados han adoptado legislación específica en esta área, otros no han legislado o han legislado sólo parcialmente, apoyándose en cambio en principios legales generales y en consideraciones éticas profesionales.

(...) Dado que la utilización de los tratamientos FIV alcanzan aspectos éticos y morales sensibles contrapuestos a un conjunto de crecientes desarrollos médicos y científicos, y considerando que las cuestiones alcanzadas por este caso se relacionan con áreas donde no existe aún consenso entre los Estados Miembros, la Corte considera que el margen de apreciación del que dispone el Estado demandado debe ser amplio. Considerando todo esto, la Corte no puede aceptar la distinción introducida por los demandantes entre la intervención del Estado en el campo de los tratamientos FIV, por un lado, y la regulación de dichos tratamientos, por el otro. Las dos cuestiones están inseparablemente relacionadas y el amplio margen de apreciación del Estado debe en principio incluir a ambas en su decisión de intervenir en el área y, una vez que interviene, a las reglamentaciones detalladas que se emitan para alcanzar un equilibrio entre los intereses públicos y privados contrapuestos.

(...) La Corte recuerda que en numerosas ocasiones previas ha concluido que la adopción por parte de un Estado de legislación reguladora de importantes aspectos de la vida privada los cuales no permiten sopesar intereses contrapuestos en las

⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos; la traducción es nuestra

circunstancias de cada caso individual, no es contraria a los requerimientos del Artículo 8 de la Convención”.

Llama también poderosamente la atención que la Corte Interamericana haya ignorado totalmente esas consideraciones al negarse categóricamente a pronunciarse sobre dicho margen de apreciación.

Con respecto al estatus del embrión, que la Corte pretende definir a partir del Convenio de Oviedo y de algunas consideraciones parciales de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debemos llamar la atención sobre lo incompleto de la cita de estos documentos en la sentencia de la CIDH. Así, el mencionado fallo de la Gran Cámara en “*Greenpeace vs Brüstle*”, del año 2011, está sólo parcialmente citado, y de una forma tal en que es mutilado del significado que se le quiso dar en su momento. En efecto, en “*Greenpeace vs Brüstle*”, sentencia sobre las posibilidades de patentabilidad de embriones humanos, leemos:

“De este modo, todo óvulo humano, a partir de la fecundación, deberá considerarse un «embrión humano» en el sentido y a los efectos de la aplicación del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva, habida cuenta de que la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano” (considerando 35) (El resaltado es nuestro).

“También debe atribuirse esta calificación al óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura, y al óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis. Aunque en puridad estos organismos no hayan sido objeto de fecundación, cabe considerar, tal como se desprende de las observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia, que por efecto de la técnica utilizada para obtenerlos, son aptos para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano, de la misma manera que el embrión creado por fecundación de un óvulo” (considerando 36) (El resaltado es nuestro).

De esta forma, vemos que es muy diferente el tratamiento que el Tribunal Europeo da al embrión humano a partir de la fecundación, incluso in vitro, que el que pretende darle la Corte Interamericana en la sentencia que estamos comentando.

e) Interpretación teleológica.

Finalmente, la CIDH se dedica a la interpretación teleológica del art. 4.1 de la Convención, es decir, la interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado, infiriendo que la finalidad de dicho artículo “es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula ‘en general’ tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos” (§258). “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 de forma absoluta” (...). Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada ‘protección más amplia’ en el derecho interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos” (§259).

En el considerando 260, la CIDH parecería reconocer que el embrión es una persona, cuando alude a “algunos ejemplos jurisprudenciales en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero donde se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre” (§260).

Como conclusión de todas estas argumentaciones referidas a los diversos métodos de interpretación, la Corte sostiene la existencia de “resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. 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 que 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” (§264).

Aquí la Corte Interamericana se dedica a interpretar el art. 4.1 del Pacto (“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida..., en general, a partir del momento de la concepción”) de modo tal que llegue a hacerlo decir que el derecho a la vida no debe ser respetado siempre desde la implantación. La mayor parte de sus argumentos han sido ya analizados en los puntos anteriores. Quisiera sólo detenerme en algunas consideraciones que en buena lógica surgen con la sola lectura de los razonamientos del Tribunal.

En primer lugar, según la Corte el término “en general” significa que el derecho a la vida es relativo con respecto al embrión. Pero sinceramente no se entiende por qué ese “en general” implica la relatividad del derecho a la vida sólo para el embrión; si leemos bien el artículo en cuestión, vemos que ese “en general” estaría afectando a **toda vida humana**, no sólo la del embrión. De modo que el argumento de la Corte, librado a su propia dinámica, implica que **toda vida humana es relativa**, no sólo la del embrión. En efecto, toda persona, según el Pacto, tiene derecho a que se respete, en general, su vida. ¿Cuándo comienza ese respeto “en general” al que obliga el Pacto? En la concepción. Pero este respeto “en general” continúa a lo largo de la vida de la persona: no sólo debe respetársele el derecho a la vida, “en general”, desde la concepción hasta el nacimiento, sino hasta su finalización. Pero siempre estaríamos hablando de un respeto “en general”, es decir, según la Corte Interamericana, relativo. ¿Por qué debería ese “en general” afectar sólo a la vida humana desde la concepción hasta la implantación o el nacimiento, siendo que el texto del Tratado afirma que ese “en general” es para toda la vida humana?

Es muy grave esta afirmación porque significa que los seres humanos, según los jueces de la Corte Interamericana, sólo somos acreedores de un respeto a la vida “en general”, pero no necesariamente en todos los casos. Vemos como, librado a sí mismo, el argumento de estos Jueces nos lleva a un absurdo jurídico y moral: si la vida humana no es respetada desde el principio, no habría razón para que se la respete a partir de un determinado momento.

Afirma la Corte Interamericana que el objeto de la cláusula “en general” sería permitir que, ante un conflicto de intereses, se pueda invocar excepciones a la protección del derecho a la vida. Se profundiza más todavía la peligrosidad de su argumento: ¿es, entonces, el derecho a la vida el único derecho relativo? ¿Cualquier

otro derecho puede poner límites y en definitiva cercenar el derecho a la vida? ¿Por ser el único derecho en cuyo enunciado figura la cláusula “en general” (y la razón de esa cláusula fue, como vimos, jerarquizar y proteger ese derecho lo más posible) sería la vida el único derecho relativo o al menos el más relativo de todo? ¿Qué pasa con los demás derechos? ¿Son absolutos, entonces? ¿Es absoluto el derecho de fundar una familia, a tal punto que puede relativizar el derecho a la vida de otro? ¿Basta, para relativizar el derecho a la vida, cerrar los ojos a la evidencia científica y poner un comienzo de la vida a partir del momento en que se nos hace patente, momento que en realidad es posterior al real? ¿No existe una jerarquía objetiva entre los derechos, o la jerarquía –si es que la hay- es solamente subjetiva, es decir, según las características del sujeto que los invoca (edad, sexo, posición social y económica)?

Precisamente, como veremos a continuación, estas “características de los sujetos” (edad, sexo, posición social y económica) son las invocadas para justificar pretensiones jurídicas a las que se les da el carácter de absolutas.

Parecería haber demasiados cabos sueltos en el razonamiento de la Corte Interamericana, no sólo jurídicos sino también científicos, y de mera lógica y sentido común.

3) La desproporcionalidad de la interferencia del Tribunal costarricense en la vida privada de los ciudadanos

Antes de la conclusión final sobre el fondo del caso, la Corte analiza la proporcionalidad de la medida de prohibición, considerando que “la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja” (§272). Si bien la Corte reconoce que un derecho puede ser restringido por los Estados, esta restricción no debe ser abusiva o arbitraria. “En el presente caso, la Corte ha resaltado que ‘el derecho a la vida del embrión’ como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana, razón por la cual no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de la ley” (...) “el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedida en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión” (§273).

La Corte Interamericana parte aquí de su propia interpretación del art. 4 del Pacto de San José, según la cual el derecho a la vida del embrión no tiene sustento en esta normativa. Hemos analizado este argumento a lo largo del presente análisis, concluyendo que, al momento de ser ratificado el Tratado por los Estados, fue precisamente el interés por proteger la vida humana desde el primer momento, concretamente contra iniciativas como la legalización y la práctica del aborto, el incentivo que llevó a colocar esa cláusula.

Asimismo, sobre la decisión de una pareja de tener un hijo biológico y el pretense derecho a alcanzar ese objetivo (digo “pretense” porque ni siquiera las más avanzadas técnicas reproductivas pueden asegurar la satisfacción de ese derecho) son tratados por la Corte Interamericana sin siquiera considerar la presencia posible de una tercera persona, un hijo o una hija.

Tampoco hay que menospreciar el perjuicio que la absolutización de este presunto derecho causa a un instituto tan noble como el de la adopción. En efecto, si

la fecundación in vitro se transforma en un derecho absoluto que debe el Estado incluso subvencionar económicamente, ¿qué incentivos tendrán las personas para adoptar un niño ajeno, pero que necesita desesperadamente una familia? La falsa oferta de una técnica que promete engendrar exitosamente “hijos propios” en todos los casos, ¿no implicará de por sí una disminución del aliciente para hacerse cargo de un niño abandonado o huérfano que ya está presente en este mundo, y para darle lo que tanto necesita?

La Corte afirma sin ambages que el sacrificio de los derechos involucrados aquí es desmedido en relación con las ventajas para con el embrión. ¿Es la protección del derecho a la vida de la persona por nacer, entonces, de inferior importancia que la pretensión de tener hijos biológicos? ¿Hasta dónde llegaremos para satisfacer esa pretensión? ¿Ante qué principio y ante qué realidad nos detendremos finalmente?

4) La discriminación indirecta en este caso, según la Corte Interamericana

Sostiene la Corte que, además de esta interferencia severa que habrían sufrido las parejas “en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos”, también habrían existido “impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, aspectos relacionados con o alegado por las partes respecto a la posible discriminación indirecta en el presente caso” (§284).

Por ‘discriminación indirecta’ la Corte entiende “que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas (...) aún si no fue dirigido específicamente a ese grupo” (§286) con intención de discriminar. “La Corte considera que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta” (§287).

a) La infertilidad asociada a la discapacidad reproductiva.

Según la OMS la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (§288). La Corte considera la infertilidad involuntaria como una discapacidad (§289). Así, “se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, actitudinales o socioeconómicas” (§291). “Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial” (§292).

b) La discriminación por el género en la prohibición de la FIV:

También habría habido en este caso, según la CIDH, discriminación indirecta en relación al género: “la Corte observa que la OMS ha señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidas únicamente por su capacidad reproductiva, la femineidad es definida muchas veces a través de la maternidad. En estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo” (§296). “El peso de su autoculpabilización aumenta en un grado extremo cuando surge la prohibición de la FIV. Las presiones familiares y sociales constituyen una carga adicional que

incrementa la autculpabilización” (§298). “Por otra parte, si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas” (§299).

c) Discriminación en razón de la situación económica.

La Corte afirma también que habría habido discriminación indirecta en relación con la situación económica (§303).

En un comentario general a estos considerandos de la sentencia, podemos decir en primer lugar que, si como afirma la Corte Interamericana, discapacitado es “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad”, o que se vea afectado por ciertos límites o barreras “actitudinales o socioeconómicos”, inmediatamente constatamos que no hay discapacitado mayor que la persona por nacer. En efecto, ni siquiera goza del reconocimiento de su personalidad o del respeto de su derecho de representación. Las barreras actitudinales, sociales y económicas son las que más las alejan de las demás personas, ya que no pueden manifestarse, mostrarse ni ejercer ningún tipo de acto jurídico. Deberían entonces, como predica la Corte Interamericana para los adultos discapacitados, ser titulares “de una protección especial”, debido a esa importante discapacidad.

En segundo lugar, se menciona la carga que padece socioculturalmente la mujer que no puede tener hijos y que, para evitar esa carga, es necesario reconocerle el derecho a los tratamientos de fecundación *in vitro*. La Corte sostiene aquí exactamente lo contrario que mantuvo hace menos de un año en el fallo “*Atala Riffo y niñas vs Chile*” de febrero de 2012. En efecto, allí se desestima la carga que padecen socioculturalmente tres niñas por ser obligadas a vivir con su madre lesbiana y su pareja, y se las sacrifica en aras de que la sociedad chilena aprenda a no tener prejuicios y actitudes discriminatorias. Allí se afirma textualmente que:

119. La Corte considera que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad (...). Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios (...)

120. El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos (...). En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.

121. (...) Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad (...).

En el caso de Costa Rica, por el contrario, no se insta a las mujeres afectadas a llevar adelante esa carga porque es la sociedad la que debe aprender a no tener preconceptos y a aceptar a todas las personas y formas de vida, sino que

inmediatamente los jueces optan por posibilitarles evitar ese mal momento para que puedan vivir más plenamente sus vidas y no estén expuestas a la condena social. Interesante, inexplicable y veloz viraje en la jurisprudencia de la Corte Interamericana...

Sostiene también la Corte Interamericana en el fallo que estamos analizando que la decisión del Estado de Costa Rica discrimina a las mujeres especialmente, ya que es a ellas a quienes se les practican las técnicas y, por lo tanto, son ellas las más afectadas por la prohibición de la fecundación *in vitro*. Al respecto, creo que la Corte cae en un sofisma: no es la prohibición de Costa Rica la que discrimina a las mujeres, sino la misma técnica de fecundación *in vitro* la que lo hace sometiendo solamente a ellas a procedimientos duros e invasivos. Nada de eso va a cambiar con la autorización de la fecundación *in vitro*: no son los varones nunca los más afectados por las técnicas, sino las mujeres siempre. Las mismas técnicas son discriminatorias.

5) Desestimación de la importancia de las pérdidas embrionarias en la FIV

Se dedica luego la Corte a profundizar el argumento basado en la pérdida embrionaria que implica la FIV, observando que “existe un debate científico sobre las tasas de pérdida de embriones en el proceso natural y de reproducción asistida” (§308). “No le corresponde a la Corte determinar cuál teoría científica debe prevalecer en este tema (...). Para el Tribunal es suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente es concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones” (§309). “Tomando bajo consideración que la pérdida embrionaria ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, el argumento de la existencia de manipulación consciente y voluntaria de células en el marco de la FIV sólo puede entenderse como ligado al argumento (...) en torno a la protección absoluta del derecho a la vida del embrión, el cual ha sido desvirtuado en secciones anteriores de la presente Sentencia” (§310). Vuelve a citar aquí la Corte el testimonio del perito Fernando Zegers-Hochschild, dueño de una clínica de FIV en Chile, quien afirma que “es fundamental desde una perspectiva biomédica diferencias lo que significa proteger el derecho a la vida de lo que significa garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualquier regulación social o jurídica” (§311). La Corte termina afirmando que “la Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV” (§311).

Nuevamente basándose en el perito Zegers-Hochschild, cuyo interés personal en la descalificación del embrión como persona humana es evidente, la Corte se aferra a la existencia de abortos espontáneos para justificar la pérdida embrionaria debida a la fecundación *in vitro*.

Se olvida que esas cifras son escalofrantes. Para citar sólo un ejemplo, un informe del Ministerio de Sanidad de Italia del año 2011, con referencia a datos del 2009, brinda estadísticas oficiales sobre la efectividad de las técnicas extracorpóreas⁹:

- 39.775 parejas comenzaron un ciclo de FIVET o ICSI
- **Hubo 43.257 extracciones, obteniéndose 285.042 óvulos**, con un promedio de 6,6 óvulos por extracción.
- **Se obtuvieron en total 99.258 embriones como resultado de la fecundación**
- De estos, fueron transferidos 91.921 embriones de la probeta al útero materno.

⁹ Fuente: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1568_allegato.pdf

- Se implantaron con éxito 9.940 embriones de los transferidos. Sólo el 3.5% de los óvulos extraídos y sólo el 10% de los embriones iniciales terminaron implantándose.
- **Los nacidos vivos fueron 8.043.** Es decir, de los embriones totales (99.258) sólo nacieron el 8.1%.
- Con respecto a la cantidad de óvulos extraídos (285.042), si sólo 8043 resultaron en un nacimiento, quiere decir que la tasa de éxito por óvulo extraído es más baja aún: $8043 / 285.042 = 0.028$, aproximadamente un 3%
- Sin considerar todavía que 7.337 embriones fueron crioconservados

Además, y recurriendo una vez más a la lógica del sentido común, sabemos que no es lo mismo padecer hechos naturales que no estamos en posición de impedir que generen las circunstancias artificiales para que se den esos padecimientos. Entra aquí la mano del hombre, su inteligencia y su voluntad y, por lo tanto, la posibilidad de realizar un juicio ético (cosa que no ocurre en el caso de las pérdidas naturales inevitables).

Para decirlo de un modo más comprensible y a través de una comparación: a pesar de que en la realidad se den accidentes de automóviles, no nos es lícito hacer experimentos en la ruta de modo tal que puedan ocurrir las consecuencias de un accidente. No es válido argumentar que los accidentes se dan de la misma manera; nuestro deber es intentar evitar los accidentes y no provocar otros nuevos. No es lícito generar artificialmente el proceso que terminará en la muerte de embriones, arguyendo que de todas maneras se pierden embriones en los embarazos naturales.

6) La conclusión de la Corte y la condena al Estado de Costa Rica

Como conclusión de esta parte, la Corte afirma que “la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV” (§314).

Teniendo en cuenta todo lo dicho, “la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional” (§316).

Finalmente, en su parte resolutive, la Sentencia, además de desestimar las excepciones preliminares del Estado de Costa Rica, decide que “el Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto” (§2). “El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia” (§3). “El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación” (§4). “El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta sentencia, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma” (§9). “La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta

Sentencia (...), y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma” (§10).

Analizando la conclusión de la sentencia de la Corte Interamericana, podemos concluir nosotros también lo siguiente:

- El derecho verdaderamente anulado aquí 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)
- La negativa de la Corte Interamericana de abordar la cuestión del margen de apreciación de los Estados en estos temas constituye una omisión imperdonable. Este margen de apreciación, actualmente, está guiando la jurisprudencia del Tribunal Europeo en este tipo de sentencias. Al esquivar el bulto, la Corte Interamericana está considerando el tema desde un punto de vista muy reducido y parcial. Y está dando un mensaje muy difícil a los Estados americanos que de buena fe firmaron el Pacto y se sometieron a la jurisdicción de la Corte. En efecto, les está diciendo que el margen de apreciación que conceden los tribunales europeos y que el mismo Pacto de San José quiso resguardar, no les será reconocido.
- Al obligar al Estado de Costa Rica a financiar los tratamientos de fecundación *in vitro*, la Corte Interamericana dispone además de nuestros ya exhaustos fondos públicos, en países donde la problemática económica y social es cada vez más compleja y acuciante.
- Por último, la Corte Interamericana está intentando obligar a Costa Rica a legislar en un determinado sentido –muy preciso- en materia de fecundación *in vitro*. Y, al hacerlo, pretende obligar a todo el continente americano firmante del Pacto de San José. Solamente esta pretensión es ya humillante para nuestros países; esperemos que no se agregue a esta humillación la indignidad de una actitud servil.