

LA RENOVADA TENTACIÓN DE PROMETEO¹

Por Siro M. A. De Martini

1. Prometeo en nuestros tiempos

En la mitología griega, Prometeo era uno de los Titanes, raza de dioses que habrían gobernado la Tierra durante una mítica edad de oro. A estos los sucedieron los dioses del Olimpo quienes, encabezados por Zeus, enfrentaron y vencieron a los Titanes a quienes enviaron a profundas y terribles regiones. Sin embargo, Prometeo se salvo de la derrota y de la pena con el viejísimo artilugio de cambiar de bando a tiempo.

Su fama universal se debe a que, engañando a los dioses y, en particular, a Zeus, robó el fuego (y según algunas versiones las artes), que entregó a los hombres para que pudieran progresar. De allí que fuera considerado protector de la civilización humana.

Esta acción acarrió a los hombres, como castigo, el que tuvieran que padecer toda clase de penurias y enfermedades. A Prometeo, Zeus lo castigó haciendo que fuera encadenado en lo alto de una montaña en donde una especie de águila debía devorarle el hígado. Al ser Prometeo inmortal, su hígado volvía a crecerle por la noche por lo que, cada día, el águila volvía a comérselo. Este castigo –que habría de durar por siempre- llegó sin embargo a su fin, cuando Heracles lo liberó matando al águila².

En la antigüedad Prometeo fue honrado como gran benefactor de los hombres pero, con el transcurrir de los siglos, cada vez más se lo fue identificando con una suerte de arquetipo del hombre que no teme a Dios o a los dioses (llegando incluso a despreciarlos) y que se atreve a usurpar el poder de Dios, y a realizar cosas divinas. Entre estas, por supuesto, está en primer término la definición del bien y del mal, y la idea de que está en manos del hombre transformar el mundo a su gusto, manipulando la naturaleza y sus leyes.

“La seguridad y la obstinación del espíritu creador no conoce límites”, escribe Jaeger a propósito de Prometeo³. Esta falta de límites que toda la cultura griega condenó y cuyas nefastas consecuencias mostró una y otra vez quizás, sobre todo, en su teatro; puede sintetizarse en la frase inmortal de Solón, considerado en la antigüedad uno de los siete sabios de Grecia, extraordinario legislador, filósofo y poeta: “Pero lo más difícil es llegar a la percepción inteligente de la invisible medida, al hecho de que todas las cosas llevan consigo límites”⁴.

Como escribí en otra ocasión⁵, la idea que está en la base de toda la cultura griega es ésta de que todas las cosas llevan consigo límites. El límite es parte de ellas mismas. No es algo que se les agrega y que podrían no tener. Todas las cosas tienen

¹ Este artículo 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. 17 al 21.

² Existen diversas versiones de este mito. Las principales pueden consultarse en Hesíodo (“Teogonía y Los trabajos y los días”), Esquilo (“Prometeo encadenado”) y Platón (“Protágoras”).

³ Al analizar el “Prometeo encadenado” de Esquilo. En “Paideia: los ideales de la cultura griega”, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, p. 245.

⁴ Fragmento 16.

⁵ “Acerca de los límites del Derecho”, en ED del 10/6/09.

límites. Este es un hecho dado. Esto es un descubrimiento de la estructura del ser, de la íntima legalidad del universo.

Nuestra inteligencia es capaz de percibir esa medida invisible, de descubrir los límites de cada cosa. Y eso, este conocimiento, es una de las expresiones más altas de la sabiduría que puede alcanzar el hombre.

Cuando uno habla de límites vienen inmediatamente a la mente los límites físicos, y también los biológicos. No puedo atravesar esa pared, no puedo volar por mis propios medios, no puedo engendrar antes de cierta edad, no puedo vivir esta vida para siempre. Es decir, reconocemos con facilidad los límites impuestos por la materia, por la configuración de los cuerpos, por la finitud de nuestra naturaleza.

Pero los griegos descubrieron que todas las cosas, no sólo algunas, llevan consigo límites. Y, lo que es aún más importante, esos límites no son sólo físicos o biológicos sino morales, jurídicos y políticos.

Por fin, y por ventura es esto lo más importante, concibieron que los límites intrínsecos de la realidad han sido impuestos por los dioses, esto es –más allá, por cierto, de la inexistencia de los dioses concretos en los que creían- que los límites son cosas divinas ante las cuales el hombre debe detenerse. Si no lo hace, sufrirá las inexorables consecuencias.

Prometeo, entonces, es castigado y, más aún, los hombres que recibieron sus beneficios. Si los griegos lo honraron fue por los beneficios que trajo a los hombres, beneficios que permitieron desarrollar la civilización. Y también conocer sus límites. No lo honraron por su espíritu burlón y tramposo. Pero nunca Prometeo, ni sus cultores griegos, pretendieron suplantarse a Zeus ni traspasar la invisible medida que recorre el universo.

Decía que los tiempos modernos han modificado esta imagen de Prometeo – del mismo modo que han olvidado, o despreciado, las claves más profundas de la sabiduría griega-. Prometeo ya no es un dios, es el hombre mismo dispuesto a suplantarse a Dios.

Es interesante, para no ofrecer sino ejemplos bien disímiles, recorrer los versos del “Prometeo” de Goethe –con su marcado desprecio a los dioses-, o la tan famosa obra de Mary Shelley: “Frankenstein o el moderno Prometeo”, -en la que el moderno Prometeo es un científico que desafía las leyes de la creación-; o la llamativa escultura dorada de Prometeo en el Rockefeller Center de Nueva York, erigida en la cabecera de la fuente central⁶. ¿Cuál es el significado del endiosamiento de “Prometeo” en un lugar que puede considerarse un inmenso monumento del capitalismo? También el capitalismo político y económico busca crear un nuevo mundo: el mundo de la economía global, de la disminución de la pobreza a través del aborto, la vasectomía, la ligadura de trompas y la contracepción de los más pobres; el mundo de la primacía de los derechos individuales (de los más pudientes) sobre el bien de la comunidad; el nuevo mundo de la experimentación sobre embriones y de la selección embrionaria para mejorar la raza. Un mundo hedonista, relativista y ateo; donde los científicos –y ahora parece que algunos juristas- se asignan el papel de dios.

Ha sido Angelo Scola quien nos ha colocado cara a cara con la alternativa que nos plantea el moderno espíritu prometeico en materia de bioética: “El hombre se

⁶ En el muro que hace de fondo a la escultura puede leerse, bajo la invocación de Esquilo, esta frase: “Prometheus, teacher in every art, brought the fire that has proved to mortals a mean to mighty ends.”

encuentra ante una alternativa dramática: ¿cuál es la verdadera imagen, Prometeo o el Resucitado?...Por un lado –prosigue-, la exaltación de poder arrebatado al Otro (Dios) el fuego de la vida, desterrando así cualquier señal de heteronomía y convirtiéndose en señor. Unicuique suum: ¡el hombre para el hombre! El hombre se cree Dios. Por el otro, la posibilidad contraria: profundizar en el conocimiento que permite al hombre, por vez primera, descubrir y, en cierta forma, dominar los procesos genéticos de su propio nacimiento y desarrollo, le conduce a la aceptación más convencida de su ser criatura. Una criatura, sin embargo, cuya imagen última es el Resucitado: destinado a permanecer para siempre con su propio cuerpo”⁷.

Mucho me temo, que el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la causa Artavia Murillo, esté animado de un inequívoco espíritu prometeico. Dictado por jueces, en otras palabras, que actúan como si fueran dioses.

2. El problema.

Es poco usual que la CIDH le de un nombre a un fallo, más allá del de las partes intervinientes. Cuando lo hace (p.e. caso “Niños de la calle”) es porque desea resaltar de un modo peculiar la doctrina que se propone dejar sentada. Este caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” lleva, después de la palabra “otros” y entre paréntesis, la acotación “fecundación in vitro”. Con lo cual el Tribunal parece querer mostrarnos la importancia singular que le otorga al asunto y a lo que sobre el mismo dirá (más allá de lo necesario para resolver el caso en particular).

El mismo Tribunal ha hecho suya una caracterización de este procedimiento de fertilización artificial diciendo que la FIV es “un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”. Salvo la última parte (“el óvulo fertilizado es devuelto al útero de la mujer”), el resto describe bien este procedimiento. Sin embargo, precisamente esa última parte es la que mayor número de problemas plantea. Esto es así porque, para poder acercarse al éxito en la técnica (porcentualmente muy reducido), suelen fertilizarse aproximadamente diez óvulos, es decir, se producen diez o más seres humanos en estado embrionario, de los cuales algunos se “descartan” por padecer malformaciones, otros mueren y otros se congelan (crioconservan) y, en la mayor parte de los casos, luego mueren en ese estado de congelamiento. Lo usual, es que se implanten sólo tres. Por lo cual, mal puede decirse –como caracterización general- que “el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”⁸.

Como puede verse, en la FIV lo que ocurre es que el camino natural por el cual un espermatozoide, luego de una larga carrera - y el consiguiente proceso de selección natural- penetra un óvulo fecundándolo, es sustituido por un profesional que selecciona óvulos y espermatozoides, para luego hacer que estos fecunden a aquellos.

En el caso de Costa Rica, la norma que había sido declarada inconstitucional (Decreto Ejecutivo No. 24029-S), disponía que no podían fertilizarse más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento (art. 9º) y que “todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de

⁷ De la Introducción a Scola, Angelo (coord.): “¿Qué es la vida?”, Encuentro Ediciones, Madrid, 1999, p. 7.

⁸ Consid. 64.

la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes”.

Puede observarse, entonces, que ya la legislación del país que puede legítimamente enorgullecerse de ser el mayor defensor de la vida humana del mundo⁹, restringía considerablemente los riesgos de la FIV. Sin embargo, su Sala Constitucional fundó para la declaración de inconstitucionalidad: “El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. [...] La objeción principal de la sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos”¹⁰.

Ya en el considerando 73 se muestra el reconocimiento de la Sala Constitucional en cuanto que “todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación... el embrión es “la forma original del ser o la forma más joven de un ser...antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito...En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”.

Ahora, en lo que aquí en particular interesa, el fallo costarricense se da en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos que en su artículo 4, inc.1,

⁹ Lo mismo dice la CIDH, aunque con tono de reproche: “De la prueba que obra en el expediente, Costa Rica es el único Estado en el mundo que prohíbe de manera expresa la FIV” (Consid. 67°)

¹⁰ Consid. 76. El argumento de la Sala continúa: “No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la [FIV] implica una manipulación consciente, voluntaria de las cédulas reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos – voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta – viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas”.

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

Y conviene adelantarse a remarcar –aunque pueda resultar evidente- que la tantas veces llevada y traída expresión “en general” podría, eventualmente, referirse a la protección de la vida, pero nunca a su inicio, que la Convención reconoce (y hay que insistir en este verbo “reconocer”, porque no depende de las leyes el comienzo de la vida), a partir del momento de la concepción.

Es decir que planteado de un modo estrictamente lógico, la Sala Constitucional de Costa Rica nos está diciendo que: a) Toda persona tiene derecho a que se respete su vida desde el inicio, b) la fecundación artificial o in vitro pone, cuando menos, en riesgo la vida de personas en estado embrionario, c) por lo tanto la práctica de la FIV es inconstitucional y, en especial diríamos, es contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Antes de dejar este punto, conviene recordar el art. 1º, inc.2 de la Convención: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. Es decir, que si se niega el carácter de persona a un embrión humano, se le está negando el carácter de ser humano.

Este punto tiene particular importancia frente a otros sistemas jurídicos que hacen distinciones entre persona y ser humano (distinción que carece de todo fundamento filosófico). Es decir, que el esfuerzo de la CIDH en fundar su fallo en jurisprudencia y doctrina de otras regiones del mundo, resulta muchas veces carente de sentido por no tener otras legislaciones la sensata aclaración que tiene la americana¹¹. Hasta tal punto es esto cierto que, cuando se discutió la que luego sería la Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos de las Naciones Unidas (UNESCO) (19/10/05) se prefirió el término ser humano en lugar de persona (aunque esta designación aparezca algunas veces). Recordando la discusión, el Jefe de la Delegación de los EEUU, O. Carter Snead, de posición pro-vida, lo consideró uno de los grandes éxitos obtenidos en la Declaración. Fundamentando esta aparentemente extraña posición, Snead escribió que cuando el término persona es utilizado para definir a la clase de individuos respecto a los cuales existe alguna obligación moral, generalmente sirve más para excluir que para incluir¹².

El “problema” que se le planteaba a la Corte Interamericana de Derechos Humanos era, en lo esencial, entonces: ¿cómo fundamentar que la Convención America sobre Derechos Humanos no protege la vida de los seres humanos en su etapa inicial y, por ende, más frágil y vulnerable?¹³

¹¹ El no considerar a los seres humanos antes de nacer como “personas”, fue uno de los argumentos más fuertes que utilizó la mayoría de la Corte de EEUU en el caso Roe vs. Wade, lo que permitió abrir las puertas al aborto.

¹² Snead, O. Carter: “Assessing the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights”, en *The National Catholic Bioethics Quarterly*, vol.7, n°1, p. 69.

¹³ Toda la argumentación de la CIDH, desde un principio, tiende a justificar la licitud de la FIV y, por tanto, necesariamente, a sostener de muchos modos que mencionaremos a continuación que, el embrión humano no merece protección legal. Esta intencionalidad del fallo se advierte ya en el planteo inicial de la cuestión a resolver. En su voto en disidencia, el juez Vio Grossi señala en el punto 1.A (Perspectiva con que aborda el caso) : “Es indudable que la perspectiva desde la que la Sentencia aborda el caso influye en la conclusión a la que arriba... Al respecto, la Sentencia señala que procede, como primer asunto de fondo, “determinar el alcance de los derechos a la integridad personal, y a la vida privada y familiar, en lo relevante para resolver la controversia” (consid. 141). Y posteriormente indica que “el objeto del presente caso se centra en establecer si la sentencia de la Sala Constitucional generó una

3. La sentencia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos declara que el Estado de Costa Rica ha violado diversos derechos humanos y dispone una serie de medidas para hacerlos efectivos.

Costa Rica ha violado diversos derechos humanos en razón de haber sobreprotegido o protegido excesivamente la vida de los embriones humanos. Como la vida no es algo que pueda protegerse en demasía ya que, si como consecuencia de un procedimiento de laboratorio se pierde una vida es evidente que no se la protegió, debe decirse con mayor claridad que, la razón de la condena, es por haber protegido la vida del ser humano en su etapa embrionaria.

Si se analiza la sentencia desde el ángulo de la Fecundación in vitro, puede decirse que ésta: a) no viola ningún derecho humano de los embriones humanos; b) su prohibición, en cambio, viola los derechos humanos de otras personas (aquellos que quieren tener hijos por este procedimiento). En consecuencia, nuevamente, la CIDH está afirmando que proteger la vida de los seres humanos en su etapa embrionaria es contrario a los derechos humanos.

¿Cómo llegó la CIDH a semejante conclusión? ¿Cuáles son los presupuestos de la sentencia?

4. El poder mágico de los jueces o la gloria de Prometeo.

Ciertamente con esta sentencia, el moderno Prometeo, ha alcanzado el esplendor de su gloria. Porque los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han arrogado el poder de transformar el bien en mal y el mal en bien. De manipular las palabras y las cosas. De crear una nueva realidad a través del poder mágico de sus palabras judiciales.

¿Cómo han hecho para llegar, de una sentencia que prohibía la FIV porque afirmaba –con irrefutable e irrefutada razón- que ésta pone en riesgo o directamente mata a seres humanos en la primera etapa de su vida, a otra sentencia que condena al Estado responsable de la primera sentencia por haber violado los derechos humanos? ¿Cómo hicieron para transformar el crimen en derecho, y la protección de la vida en algo condenable?

Digámoslo con una sola palabra: modificaron la naturaleza.

Pero, ¿es, por ventura, esto posible? O, en todo caso, ¿qué queremos decir con “modificaron la naturaleza”?

Veamos. El embrión (nos referimos al humano pero otro tanto podría decirse del embrión de otros animales), se forma por la unión del espermatozoide masculino y el óvulo femenino. Con más precisión, por la penetración del espermatozoide en el óvulo. El espermatozoide aporta 23 cromosomas y el óvulo otro tanto. Al unirse tenemos un ser con 46 cromosomas propios que seguirán siendo los mismos que conformarán su identidad genética y sexual –y la de cada célula de su cuerpo- para siempre. Es decir, que lo que ese ser va a ser luego, a través de su desarrollo, ya está fundamentalmente determinado en ese momento inicial. Por supuesto, se trata de una

restricción desproporcionada de los derechos de las presuntas víctimas” (consid. 171) Los derechos de los cuales se habla son sólo los de aquellos que quisieron realizar una fecundación in vitro.

determinación biológica y caracterológica y no del uso que ese ser hará, por ejemplo, de su libertad. A partir de aquel momento primero, ese ser se irá desarrollando por sí mismo, a través de una continua división celular y siguiendo determinados patrones aunque, por supuesto, estará en permanente comunicación molecular con su madre. Y, luego de un recorrido que le llevará unos siete días, llegará al útero donde comenzará a fijarse o anidarse, continuando con este proceso unos siete días más. Allí continuará desarrollándose, en continuo contacto con su madre de la que recibirá no sólo alojamiento sino también alimentación¹⁴.

Es ésta una descripción biológica comprobada y que, como citamos y no podía ser de otro modo, la misma CIDH acepta. Sin embargo, el Alto Tribunal mágicamente “modifica la naturaleza”, sosteniendo que:

4.1. El embrión no es una persona (lo que, se recordará, es igual a decir: el embrión no es un ser humano).

Así, en el consid. 223: “Por tanto, 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”.

Consid. 244: “de ninguno de estos artículos o tratados (diversas convenciones y normativas internacionales) 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”.

Consid. 256: “el embrión no puede ser entendido como persona”.

No podemos dejar de llamar la atención sobre el citado considerando 223 en cuanto dice “que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”.

Literalmente se nos está diciendo que es la ley (el “Sistema Interamericano”), interpretado por los jueces, quien determina quien es un ser humano y quien, no. Mucha sangre ha corrido en este mundo, muchos hombres han padecido la dolorosa humillación de la esclavitud o muerto en los horrores de los campos de concentración, por ideas como ésta que sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En una entrevista que le hiciera esta misma publicación, el profesor de la UBA y reconocido defensor de los derechos humanos, Rabinovich Berkman, nos decía: “Lo asombroso es que surja hoy en día ese planteo entre nosotros. Si el embrión humano es o no un ser humano.

¹⁴ La Corte coincide con esta descripción que acabo de hacer aunque referida a la fecundación artificial. Demás está decir que, en lo esencial de la formación y desarrollo del embrión, no hay diferencia entre el embrión fecundado naturalmente y el obtenido por la FIV: “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” (consid. 65).

Algunos se enojan porque yo vinculo esta actitud con algunas típicas del nazismo, pero el verdadero nazi (no el que no entendía lo que hacía), el ideólogo, veía al judío y decía “no es un ser humano”. En los cursos en la UBA les explico a mis alumnos que el nazismo no entendía violar derechos humanos. Los que estaban excluidos por no pertenecer a la humanidad –judíos, gitanos- no tenían derechos humanos porque no eran vistos como seres humanos. El nazismo los excluye de la humanidad y por lo tanto los tortura, los mata, los veja sin que pierdan nada, porque no tuvieron nada, en ese esquema.

Lo que nosotros estamos haciendo cuando planteamos que el embrión no tenga derechos humanos porque no es un ser humano es muy parecido. Me contestaron el otro día: -bueno, pero nadie puede comparar un judío con un embrión. Les contesto: -es una cuestión de grados, porque no todos los seres humanos han sido judíos, pero todos han sido embriones. Tal vez hasta sea más obvio que el embrión es un ser humano, porque el ser humano siempre pasa por la forma de embrión. Los seres humanos vivimos cambiando, desde el momento que aparecemos hasta el momento en que nos morimos. Si no lo aceptamos, también uno tendría que plantearse si los viejos decrepitos son humanos, porque ¡son tan feos, pobres! Mi abuelo, un jurista muy destacado, falleció el año pasado, tras casi cien años de edad. De haber sido un abogado, con gran éxito durante décadas, estaba tirado en su cama, casi sin hablar.... ¿había dejado de ser humano?”¹⁵

4.2. El embrión, antes de la implantación, es un “pre ser humano”¹⁶ con derechos reducidos.

El consid. 186 dice: “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”¹⁷.

Es decir, el embrión sería un ser humano por desarrollar, algo anterior a un ser humano aunque con las características y cualidades de todo ser humano ya que, bastaría que se implante (lo que, como veremos, no es un acto que modifique su “cualidad”), para que ya pueda considerársele un ser humano.

Según el consid. 263, “la Corte concluye que el objeto y fin de la cláusula “en general” del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos”.

¹⁵ Entrevista realizada por Félix Adolfo Lamas (h) en El Derecho, 21/09/07, p.10.

¹⁶ La expresión la he tomado –con las modificaciones del caso- del cuento de Philip Dick: The prepersons” (En.: “We can remember it for you wholesale”. Orion Publishing Group. Londres, 1987.

¹⁷ La Corte ha realizado un considerable esfuerzo para tratar de demostrar –semánticamente- que cuando la Convención habla de concepción, se está refiriendo a la implantación (y no a la fecundación). El voto en disidencia del Juez Vio Grossi muestra que, con las mismas fuentes utilizadas por la Corte, se puede llegar al resultado contrario. En cualquier caso, la elaboración de la Corte en torno a la palabra “concepción” me parece pueril y poco seria. ¿Alguien puede verdaderamente dudar de que el propósito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es proteger la vida de todo ser humano? Si fuera cierto que la Convención sostiene que hay seres humanos inocentes que no tienen derecho a que se proteja sus vidas de ataques de terceras personas; si esto fuera así, entonces la Convención perdería su razón de ser y la protección de los derechos humanos se convertiría en una farsa.

Al hablar de un “balance entre derechos e intereses en conflicto” (que en este caso serían los de la protección de la vida del embrión frente al derecho de una pareja a tener un hijo), es evidente que la Corte está reconociendo –aunque disminuído- un derecho a la vida de alguien que tendría que ser algo-como-un-ser-humano. En efecto, sólo los seres humanos tenemos, propiamente hablando, un derecho a la vida.

Siguiendo con el presunto conflicto de derechos, el considerando 274 argumenta que, para que se justificara la protección absoluta de la vida en desmedro de otros derechos (volveremos sobre este punto), “la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia”.

En este caso parece sumamente claro que la CIDH –cuando escribe “protección de la vida prenatal”- se está refiriendo a la vida humana y al embrión humano, esto es, a la vida humana del embrión, con lo que aquí parece aceptar, que el embrión antes de implantarse (porque de eso se trata la causa), es un ser humano (aunque con derechos disminuídos).

¿Existen los seres humanos con derechos disminuídos? En nuestros tiempos se ha desarrollado (a partir de una doctrina de Jakobs) el llamado derecho penal del enemigo, que niega algunos derechos humanos básicos a las personas que el Estado considera enemigos (caso, por ejemplo, de las personas sospechadas de terrorismo encarceladas en Guantánamo). En otras épocas, ciertas clases de personas carecían de algunos derechos o tenían derechos fundamentales disminuídos. Sin embargo, nunca en la historia de la humanidad, se consideró que toda la humanidad pasa por una etapa de su vida en la cual tiene el derecho a la vida gravemente disminuído. Por supuesto, se trata de una doctrina elaborada por quienes ya han pasado esa etapa. Es notable, en cualquier caso, que se invoquen los derechos humanos para fundamentar pensamiento semejante.

Ahora, ¿qué implican (en materia biológica y antropológica) estas afirmaciones de la CIDH? ¿Cuáles son sus presupuestos lógicos? Es verdad que hay una clara contradicción entre ambas (el embrión no es un ser humano-el embrión es un pre ser humano), pero así lo ha dicho la Corte e, inevitablemente, debemos ajustarnos a ellas.

5. La creación mágica de la vida humana.

Hemos visto, en primer término, que la CIDH sostiene que el embrión humano no es un ser humano. Aún cuando literalmente dice que “no puede ser entendido como persona” o “que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”, lo cierto es que tanto filosófica como jurídicamente (art. 1º, inc.2 de la Convención), persona es todo ser humano.

¿Cómo es entonces que se transforma en algún momento en un ser humano? ¿Cómo se pasa del no ser (un ser humano), al ser (un ser humano)? Por supuesto que a la Corte la tienen sin cuidado estas cuestiones metafísicas que son –por otra parte y ante todo- cuestiones de sentido común. Se limita a decir lo que es lógica, filosófica y biológicamente imposible, con la ligereza o soberbia intelectual de quien se considera con autoridad suficiente para redefinir la realidad, y construir una a su gusto o acorde a sus necesidades.

Además, si con la fecundación no se origina un ser humano, tampoco puede ser ella fuente de vida humana, porque sólo el ser humano puede tener vida humana. Pero, si no hay vida en ese momento, no podría haberla después. En efecto ¿cómo pasaría de cosa a ser vivo? ¿cómo pasaría de ser algo a ser alguien?

Hemos visto, en segundo término, que la CIDH también sostiene que –antes de la implantación en el útero- el embrión es algo así como un pre ser humano. Textualmente, lo hemos ya citado: “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” (considerando 186).

Si se toma este texto de modo aislado, cabría pensar que la CIDH está afirmando que el embrión es (antes de ser implantado o anidarse) un ser humano al que le falta desarrollarse. Posición correcta y obvia porque al ser humano, en cualquier etapa de su vida, siempre le falta algún tipo de desarrollo (biológico, moral, afectivo, espiritual). Sin embargo, no es este el modo en que hay que entender la frase de la Corte. En efecto, son varios los lugares en que dice que, antes de la implantación, el embrión no está comprendido en el art.4 °, inc.1 del Convenio, esto es, que no es una persona y, si no es una persona (ya lo sabemos) tampoco es un ser humano. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la otra afirmación tajante que se limita a decir que el embrión no es un ser humano, ahora, la Corte dice que se trata de “una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano”.

Nuevamente nos encontramos frente a un irresuelto problema lógico: si antes de la implantación el embrión no es un ser humano (a pesar de ser una célula diferente, con información genética propia y única), ¿qué es? ¿ante qué clase de ser estamos?

Tanto nuestra experiencia –como la filosofía- nos hablan de tres tipos de seres vivientes: vegetal, animal y humano¹⁸. El embrión antes de implantarse –según la CIDH- no es un ser humano. ¿Existe algún motivo para pensar que el Alto Tribunal piensa que se trata de un animal o un vegetal? No, por supuesto. Nuevamente, el fervor prometeico ha creado. En este caso ha creado un nuevo tipo de seres –bastante parecidos a los humanos- pero que no son humanos. ¿Qué los hará humanos? ¿cómo pasaría un ser vivo no humano a ser humano? ¿quién le daría la humanidad? En primer término: ¿puede un ser no humano darse a sí mismo la humanidad? ¿puede quién no tiene dar lo que no tiene?

La Corte insiste en el momento de la implantación. Es éste un acto exterior al embrión que no produce ninguna modificación en su ser. ¿Acaso habríamos de pensar que para la Corte Dios interviene en ese preciso instante infundiendo un alma al embrión? No parece la Corte dispuesta a aceptar la intervención divina (o cualquier intervención externa más o menos milagrosa o mágica). Pero, aunque estos párrafos podrían ser interpretados como pura ironía, lo cierto es que, a mi juicio, encierran una verdad que debe ser dicha y analizada: un ser no puede pasar de un nivel inferior a uno cualitativamente superior (no ser humano a ser humano), sin una intervención exterior que lo posibilite. Si la Corte está queriendo decir que, en este supuesto, hay un paso de un ser humano en potencia a un ser humano en acto, tendría que explicar cómo se hace para pasar de la posibilidad de ser (potencia) al ser (acto). Ya que esto sólo puede deberse a la necesaria intervención de un ser distinto y superior.

Creo que, en realidad, lo que la Corte quiere decir en este supuesto, es mucho más sencillo y, a la vez, penoso: la idea sería que si no se implanta, el embrión no puede desarrollarse o, al menos, puede desarrollarse muy poco más (en el estado actual de la ciencia). Este hecho, es el que llevaría a la Corte a decir que no se trata de un ser humano. Con otras palabras, para ser un ser humano hay que tener la

¹⁸ Cfr. Blanco, Guillermo: “Curso de Antropología filosófica”. EDUCA, Bs. As., 2002, p. 175 y ss.

posibilidad de desarrollarse. ¿Tiene esto algo que ver con la esencia o la naturaleza del ser humano? Por supuesto que no. ¿Tiene algún fundamento biológico, filosófico, científico en general, o de sentido común, decir que lo que hace que un ser exista es que —una vez existente— pueda continuar desarrollándose? Pienso en los miles y miles de niños de temprana edad que en Latinoamérica, Asia o África, viven en un grado de indigencia que les impide desarrollarse y que, en poco tiempo, los lleva a una muerte segura. ¿No son seres humanos?

6. Los peligros del fallo de la CIDH

Mi interés radica, ante todo, en mostrar la arrogancia prometeica con que ha actuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tema de la fecundación artificial.

Sin embargo, no puedo dejar de señalar algunas otras cuestiones de extrema gravedad que aparecen en el fallo de la CIDH. Sin ánimo de agotarlas, menciono:

a. El ser humano antes de nacer no merece tanta protección como el ya nacido.

La CIDH lo llama (consid. 315), el “principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal”, y en el 256: principio de “protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal”.

Cuesta entender como un órgano del nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a quien se le ha confiado velar por el respeto y efectiva vigencia de los derechos humanos en América, pueda formular un principio tan confuso y desafortunado.

Es cuando menos confuso afirmar que a la vida se la puede proteger de un modo gradual. A la vida se la protege o no se la protege. La idea de protección gradual puede tener sentido cuando se hace referencia a derechos humanos sociales o económicos. En efecto, puede ocurrir .y ocurre- que no pueda exigirse una protección, aquí y ahora, de todos los derechos que tenemos los seres humanos. Parece prudente, en estos caso, avanzar gradualmente. Pero, ¿en el derecho a la vida, a cada vida concreta? ¿Puede, acaso, una vida dividirse en grados?

En cuanto a “incremental”, sólo puede entenderse si pensamos que la Corte está preparando su jurisprudencia para proclamar el aborto como un derecho humano. Lo que no sería para sorprenderse porque en este fallo que estamos viendo está proclamando que la defensa de la vida del hombre en estado embrionario, si no ha sido implantado en el útero materno (lo cual puede que no ocurra nunca), no es un derecho humano. Más aún, que proteger la vida del ser humano embrionario es contrario a los derechos humanos.

Esta distinción entre seres humanos cuya vida merece protección y seres humanos que pueden ser eliminados por voluntad del Estado o de un científico, se parece demasiado a la distinción entre pueblos arios y pueblos que no lo son, con las consecuencias criminales sobradamente conocidas. El eje de la distinción se ha corrido de la raza al carácter de nacido-no nacido o implantado-no implantado. La mentalidad es la de siempre: seres humanos superiores que pueden resolver sobre la vida de otros seres humanos que, por su carácter vulnerable o debilidad, no están en condiciones de defenderse. Así ha ocurrido a lo largo de la historia. Pero cuando uno lee que juristas de nota, a quienes se los ha designado para que velen por la vigencia de los derechos humanos en un continente y que cuentan, además, con un

instrumento legal que no tiene igual en el mundo –como es la Convención Americana de Derechos Humanos-, dictan una sentencia que rebosa de argumentos débiles, contradictorios y falaces que tienen como único fin permitir que se mate a seres humanos en el comienzo de sus vidas, cuando este es el caso, no se puede sino sentir una terrible desazón y pena.

b. El derecho a la vida no es el principal derecho humano y debe ceder ante otros derechos.

En el considerando 172, la CIDH ha recordado, con cita de su propia jurisprudencia, que “el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos”¹⁹. Y sigue: “En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho”.

Sorprendentemente, al avanzar en su análisis, la Corte escribe: “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” (consid. 258).

Quizás convenga volver a transcribir el art. 4.1 de la Convención: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

En el considerando siguiente, el Tribunal dice que “una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida,...sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado”.

O sea que, contrariamente a lo que surgía de su anterior jurisprudencia, la Corte interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos en el sentido de que la vida no es un derecho absoluto, que el derecho a la vida puede ceder ante otros derechos y que sostener lo contrario, esto es, que la protección absoluta de la vida humana inocente es un derecho humano absoluto, es contrario a la tutela de los derechos humanos y al objeto y fin de la Convención.

Nuevamente, semejante despropósito jurídico y moral, sólo puede entenderse a partir del desmesurado afán de la Corte por declarar la fecundación in vitro como un supremo derecho humano. Pero la fórmula empleada es general y así será citada y utilizada. Hoy son los embriones no implantados, ¿quien será mañana? En países como Holanda, se permite matar a discapacitados. ¿Hacia donde va la Corte?

c. Ciencia y naturaleza.

En los considerandos 307 a 311, la Corte extrae argumentos de una increíble comparación. Básicamente, el punto de partida es que se mueren tantos embriones humanos en el proceso natural de la vida como en el proceso de la fecundación

¹⁹ El párrafo continua: “Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción . Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna”.

artificial²⁰. Por lo tanto, se argumenta, no tiene fundamento proteger demasiado la vida de los embriones (frente a otros derechos como el de tener una familia). Porque, estadísticamente, de todos modos se hubieran muerto.

Cuesta catalogar todos los desaciertos de esta argumentación. Hay, por lo pronto en ella, una vuelta más al espíritu prometeico: el hombre es el dueño de la naturaleza, el hombre puede matar porque la naturaleza mata. Luego, aunque evidente, no puede dejar de señalarse que una cosa es la muerte que se produce porque los seres humanos somos mortales y otra, muy distinta, es la muerte provocada intencionalmente por el hombre. Por fin, y dado que esta sección alude a los peligros del fallo, habrá que preguntarse sin con este mismo argumento no se podría matar, por ejemplo, a los ancianos. Efectivamente, estadísticamente, es altamente probable que la mayor parte de la gente que hoy tiene 80 años muera antes de los 90. ¿Podríamos justificar – por el motivo que sea (por ejemplo algún futuro derecho humano a preservar nuestro patrimonio frente al costo de mantenimiento de los mayores)- a matarlos porque, estadísticamente la mayoría se va a morir?

Y una última cosa sobre este punto pero que abarca también varios anteriores: La Corte hace gala de una preocupante tendencia a la abstracción. No me refiero al proceso de abstraer por medio de la inteligencia (propio del pensamiento humano), sino a lo abstracto como opuesto a lo concreto. Reflexionemos sobre este caso: la Corte habla de muerte de embriones humanos por vía natural o por vía de manipulación médica como si se tratara de una entidad abstracta llamada “embrión humano”. Pero cada embrión es una persona distinta, única, individual, irrepetible y la vida de la que los médicos lo privan es la vida, la única vida que iba a vivir esa persona en este mundo. No, no es lo mismo un embrión que otro, no se trata de comparar cantidades. Se mueren, porque tienen que morir, multitud de personas por razones naturales. Pero se mata, concreta e intencionadamente, a personas únicas; se mata a Juan o a Pedro –aunque no tengan aún nombre formal, aunque no veamos sus rostros- que tienen, cada uno de ellos, el primerísimo de los derechos humanos de vivir su propia vida hasta su fin natural.

7. Conclusiones

En una famosa conferencia, Gonzalo Herranz reflexionaba que “hay razones para sospechar que en buena medida el destino de la humanidad vendrá fuertemente determinado por la respuesta a la pregunta de si el embrión humano es una cosa, un hombre o una entidad intermedia todavía por definir. La noción que termine imponiéndose fijará el tono moral de la sociedad del futuro. Determinará, a fin de cuentas, las relaciones interhumanas”²¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado respuesta a este grave interrogante y ha extraído de esa respuesta una muy importantes conclusión: se puede eliminar embriones humanos antes de que se encuentren implantados en el seno materno. Prohibirlo constituye una violación de los derechos humanos.

²⁰ En rigor, la Corte no se mete en cuestiones de número, simplemente señala: “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”.

²¹ Herranz, Gonzalo: “Ética de la intervenciones sobre el embrión preimplantado”. Anuario Filosófico, Madrid, 1994, (27) p. 117.

La respuesta de la Corte –movida por el claro interés de legitimar la fecundación artificial- se ha asentado en argumentos débiles, contradictorios, cuando no superficiales y arbitrarios. Se entiende que haya sido así porque la actitud del Tribunal ha sido la propia de una mentalidad prometeica, esto es, convencida de que no le toca demostrar sino definir lo que las cosas son, sin más fundamento que su propia voluntad.

De todos modos, cabe preguntarse, ¿podría haberlo hecho mejor, podría haber encontrado argumentos contundentes, razones de peso, para justificar la matanza de seres humanos en la primera e indefensa etapa de sus vidas?

Por supuesto que no. En rigor, a la Corte –supuesta su voluntad de justificar la fecundación artificial-, se le abrían dos caminos. El primero era afirmar que existen distintas categorías de seres humanos y, por tanto, que cada cual merece un diverso grado de protección jurídica. El segundo, consiste en cambiar, por vía jurídica, la naturaleza de las cosas. Esto es, decir que una cosa es lo que quiero que sea y no lo que es. En rigor, el primero de estos caminos puede participar de la característica central del segundo, porque se puede decir que hay distintas categorías de seres humanos porque tienen diversos niveles de humanidad o, sin entrar a considerar la naturaleza del ser humano, decir simplemente que a algunos seres humanos se les otorgará una distinta protección que a otros, en otras palabras, que algunos seres humanos carecen de algunos derechos humanos (fundamentalmente del derecho a la vida).

Estas tres vías, entonces, que pueden ensayarse –y que históricamente se han ensayado- para justificar que el Estado pueda matar, o privar de derechos humanos fundamentales a ciertas personas, tienen una característica central en común: son arbitrarias.

En todos los casos se hace depender del arbitrio, voluntad o querer de quienes tienen poder, la determinación de quienes son plenamente humanos o de quienes, siéndolo o no, tienen derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha transitado, en el fallo *Artavia Murillo*, estos tres caminos. Ha afirmado, sucesivamente, que el embrión humano no es un ser humano, que el embrión humano es una suerte de pre ser humano (mientras no esté implantado en un útero), y que el embrión humano – producido en laboratorio- no merece una protección firme de su vida porque, si hubiera venido al mundo por vías naturales, igual hubiera habido posibilidades de que se muriera.

El medio del que se ha valido la Corte para fundamentar, en todos los casos, sus cambiantes teorías, ha sido recurrir al presupuesto de que la realidad es lo que el derecho dice que es. Para ello, ha manipulado palabras y textos legales. Pero esto último tiene una importancia secundaria. Lo principal, y más grave, es que ha negado verdades científicas (que la misma Corte cita). Habrá que decirlo una vez más: el embrión es un ser vivo y, si proviene de la fusión de gametos humanos (espermatozoide y óvulo), es un ser humano vivo. Los avatares que le depare su quizás corta vida –que pueda anidar por sí mismo en un útero materno, o que pueda anidar por obra de un médico, o que un médico resuelva no darle la oportunidad de anidar o ser implantado- en nada modifica su realidad biológica.

Ahora, si lo que se quiere decir es que la ciencia necesita poder manipularlo o directamente matarlo, para mejorar la raza (es decir, que únicamente continúen su ciclo vital los mejor formados), o para satisfacer un supuesto derecho humano a tener

hijos de laboratorio, o para experimentar con los embriones para el progreso de la humanidad (otra vez Prometeo); si es esto lo que se quiere decir, si es esto lo que la Corte quiere decir, pues: que lo diga. Que lo diga directamente y con todas las letras: consideramos –el Supremo Tribunal de América en materia de Derechos Humanos considera- que está bien, que es lícito, que es un derecho humano, matar a seres humanos vulnerables e indefensos.

Pero, por un mínimo de honestidad intelectual, que no pretendan los jueces de la Corte, negar la realidad. En cualquier caso, Dios y la historia los juzgarán.