

LA FERTILIZACIÓN IN VITRO (FIV)

RAMIRO DE VALDIVIA CANO*

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.

(Artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Resumen

Se hace un análisis crítico de la interpretación que desarrolla la Corte Interamericana de Derechos Humanos del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo contra Costa Rica* sobre legitimidad de la fertilización in vitro, que según criterio de la Corte estaría vinculada con los derechos a la vida privada y a fundar una familia, en confrontación con el derecho a la vida humana cuya protección y reconocimiento debe estar de acuerdo al principio *pro homine*, por el cual el rasgo fundamental de los derechos humanos es el de estar siempre a favor del hombre, y que, como consecuencia, debe respetarse el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción.

Palabras clave: Constitución, fertilización in vitro, familia, derecho a la vida, principio pro homine, derechos humanos.

Abstract

We make a critical analyze of the interpretation that develops the Interamerican Court of Human Rights of the article 41 of the American Convention about Human Rights in the case *Artavia Murillo against Costa Rica* about the legitimacy of the vitro fertilization, according the Court's criteria which will be vinculated with the private life rights in order to establish a family, against the right of the human being , which protection and recognition must be in accord to the principle *pro homine*, by which the fundamental characteristic of the human rights is always to be in favor of the man, and as a consequence , it might be respected the right to the life , since the moment itself of the conception.

* El autor ha ejercido la docencia como Profesor de Derecho Constitucional por más de treinta años en la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, así como en la Academia de la Magistratura. Es juez titular de la Corte Suprema del Perú y miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial peruano.

Keywords: Constitution, vitro fertilization, family, right to life, principle pro homine, human rights.

Sumario

1.- Introducción. 2.- En el Sistema Europeo de Derechos Humanos. 2.1.- Diferencias de criterio entre la Convención Americana sobre DD.HH. y la Convención Europea sobre DD.HH en cuanto a la protección de la vida. 2.2.- El inicio de la vida. 2.3.- La interpretación de la Convención debe ser facultad de los Estados signatarios. 2.4.- La naturaleza y status del embrión es positivamente considerada por la ciencia. 3.- Los Estados están de acuerdo en que el embrión/feto es parte de la raza humana es cuestión de dignidad humana. 4.- El caso de la FIV, 4.1 El status biológico del embrión. ¿Es el embrión un ser humano? 4.2.- El expediente FIV de Costa Rica, 4.3 El legado de la FIV: criaturas enfermas. 4.4.- El Decreto Ejecutivo N° 24029- S. 5.- Conclusión final sobre el fondo del caso. 6.- Epílogo. 7.- Consideraciones finales. 8.- Bibliografía.

1. Introducción

El presente ensayo trata de explicar una interpretación equívoca que se pretende dar al Artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José Costa Rica, 1969)¹; interpretación que se ha hecho patente en el caso *Artavia Murillo contra Costa Rica*, suscitado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDDDHH) acerca de la legitimidad de la Fertilización In Vitro (FIV)².

La CIDDDHH insiste en vincular, sin explicar cómo, el supuesto derecho a la FIV con los derechos a la vida privada y a fundar una familia; y en confrontar estos derechos con el derecho a la vida humana. Para efectuar esta ponderación, sostiene, se debe analizar:

- i) El grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada;
- ii) La importancia de la satisfacción del bien contrario, y
- iii) Si la satisfacción de este justifica la restricción del otro.

La CIDDDHH sostiene que es lícito sacrificar vidas humanas en aras de la defensa de la FIV y del derecho a la intimidad. El sustento es original y bipolar: El embrión humano no es un ser humano; y acudir al cirujano es una afectación al derecho a la intimidad, puesto que exige exponer aspectos que hacen parte de la vida privada del paciente; y trae a colación la situación de una de las denunciantes, la señora *Carro Maklouf* expresó que sintió “una indescriptible intromisión a su vida privada” y recaló que para sus otros hijos “también era una ilusión tener un

¹ Vid. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

² Véase también en: http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/ficha.cfm?nId_Ficha=235&lang=en

hermanito, ya que ellos eran adultos, (...)”.

Al conjugar ambos polos, la CIDDHH, insiste en que es lícito sacrificar vidas humanas cuando se trata de evitar la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas. Tal fallo se sustenta en que se verifica que la prohibición de la FIV afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV, (...) En dudosa defensa de tan singular argumento, la misma CIDDHH alude confusamente a la denunciante señora Arroyo Fonseca, quien había intentado varias inseminaciones y quien a la postre pudo tener hijos, manifestó que en su momento “no tuvo la oportunidad de superar su problema de infertilidad con una técnica de reproducción asistida que en ese momento le hubiera permitido tener más hijos”³. Con lo que, al paso, la CIDDHH confirma la falsedad de la alegación de infertilidad. Aunque la infertilidad, aún si es cierta y definitiva, jamás podría justificar la aniquilación de una vida humana.

En tercer lugar, la CIDDHH desdénia el impacto psicológico en cada uno de los progenitores, que puede tener la privación de la vida de sus embriones, por decisión de esos mismos progenitores. Pero sí menciona que se vio afectada la integridad psicológica de los denunciantes al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada; afectación que justificaría la aniquilación de las vidas de sus embriones. Lo confuso de la resolución internacional se afianza con la mención que se hace de la afirmación de la señora Artavia Murillo quien declaró que la decisión estatal “llevó al fracaso de su relación matrimonial por las depresiones que sufrieron a raíz de tal prohibición (FIV) tanto de su ex marido como las suyas siendo esto que lo mejor fuera que termináramos la misma, dejando aun una herida más grande, y con un daño moral incalculable”⁴. El menosprecio de la institución de la familia en que incurren denunciantes y juzgadores es de difícil explicación.

En un cuarto sustento del fallo internacional, se alude a la posible discriminación indirecta en que Costa Rica habría incurrido en el presente caso, en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, supuestamente en contra de los denunciantes quienes habrían sufrido una interferencia severa en relación con la toma de decisiones. Aunque debe tenerse en cuenta que la prohibición de matar embriones era *erga omnes*.

Haciendo el recuento, se constata que Costa Rica expresa en su Constitución que la expedición de normas que reconozcan o modifiquen derechos fundamentales debe seguir el procedimiento establecido para la expedición de leyes y que es atribución

³ Cfr. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

⁴ *Ibidem*, p. 46.

exclusiva del Poder Legislativo. Siguiendo a Alexy⁵, esta norma es de la denominadas *Ermächtigung*; pues pertenece a una de las dos categorías de normas constitucionales. A la primera, *Ermächtigung*, pertenecen las que constituyen y organizan el Estado; los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Lo central de las *Ermächtigung* es la atribución de poder. No existe alguna objeción seria a esta atribución que se discierne de manera uniforme en las constituciones de los países democráticos. En el caso materia de este ensayo, Costa Rica declara que es nulo por anticonstitucional el decreto que expidió el Ministerio de Salud, autorizando las prácticas de FIV que conlleva la autorización para aniquilar a mansalva vidas humanas. La CIDDHH en su resolución sanciona a Costa Rica por haber anulado el Decreto Ejecutivo N° 24029- S por ser un decreto anticonstitucional, por haber sido expedido al margen de las disposiciones constitucionales que resguardan los derechos fundamentales en Costa Rica.

La resolución de la CIDDHH desconoce la facultad de los Estados signatarios de modificar los tratados internacionales de los que son parte, además de interpretarlos. La norma expedida por Costa Rica se fundamenta en la correcta interpretación y aplicación del artículo 4.1 de la Convención, en concordancia con la defensa del derecho a la vida humana que enarbola la Constitución costarricense. En la categorización de Alexy, estas normas constitucionales son las que limitan y dirigen el poder estatal. La especificación es pertinente al caso en discusión porque en esta segunda categoría debe mencionarse los derechos fundamentales. Al menos en el universo de los Estados constitucionales democráticos, la dicotomía parece verosímil y tendría validez universal desde que se origina en la abstracción, y está sujeta a las limitaciones de la abstracción.

En su mismo trabajo ya citado⁶, Alexy se refiere a dos teorías básicas de la interpretación de los derechos fundamentales: La “teoría de las reglas”, la interpretación estrecha y rigurosa; y la “teoría de los principios”, interpretación de mayores alcances, flexibilidad y amplitud. Advierte Alexy que estas dos teorías no constituyen compartimientos estancos. No obstante, por su pertinencia al presente caso, es necesario dilucidar ambas porque deviene asunto central de la interpretación de toda Constitución que conoce los derechos fundamentales y la jurisdicción constitucional.

Según la teoría estrecha y rigurosa, las normas que garantizan los derechos fundamentales no se distinguen esencialmente de otras del sistema jurídico. Tratando de encontrar sentido a la resolución de la CIDDHH, se podría colegir que,

⁵ Véase en línea: www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad* En caché

⁶ Vid. www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad* En caché
Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. Robert Alexy.

para ella, la norma que reconoce el derecho a la vida humana no tiene un nivel mayor o precedencia con respecto a las otras normas constitucionales. Por supuesto, diría la CIDDHH, como normas del derecho constitucional tienen su lugar en el nivel más alto del mismo sistema, y su objeto son derechos de elevadísima abstracción y la más grande importancia; pero —según la teoría de las reglas, que informaría la resolución de la CIDDHH— nada de ello justificaría alguna diferencia fundamental de índole estructural entre ellas: todas, incluyendo las referentes al derecho a la vida humana, son normas jurídicas, y como tales son aplicables exactamente de la misma manera que todas las demás; su peculiaridad solamente consiste en que protegen frente al Estado determinadas posiciones del ciudadano descritas en abstracto.

Conforme a la teoría principista u holística, las normas *ius* fundamentales no se agotan en proteger frente al Estado determinadas posiciones del ciudadano descritas en abstracto; esta perpetua función de promoción y defensa de los derechos fundamentales se inserta en un marco más vasto. La vigencia de esta forma de interpretación tiene luenga trayectoria. Por lo menos, Alexy⁷ la encuentra a partir de 1958 cuando, en Alemania, al resolver el caso Lüth, el Tribunal Constitucional Federal desarrolló completamente este más amplio marco⁸. El caso versa sobre la colisión entre la libertad de expresión y el daño producido con dolo. Aunque, en el caso de Costa Rica, se está frente a la defensa del derecho a la vida humana, la dilucidación que se hizo en el caso Lüth es perfectamente aplicable.

El caso que Alexy cita es el de Erich Lüth, el eminente promotor de la defensa de los derechos fundamentales. Lüth dirigió un llamado público a boicotear, en toda forma posible, las películas que Veit Harlan produjo después de 1945, basado en que Harlan fue el más prominente realizador de filmes nazis y de la propaganda cinematográfica antisemita del nacionalsocialismo. En Costa Rica, sería la Corte Suprema que prohíbe la práctica del FIV porque esas prácticas acaban con vidas humanas inocentes. El Landgericht Hamburg (Tribunal de Primera Instancia de Hamburgo) condenó a Lüth a no hacer llamado alguno a boicotear la nueva película de Harlan, “Amada inmortal”. El Landgericht Hamburg fundó su resolución en que tal llamado al boicot violaba el artículo 826 del Código Civil, que prohíbe “causar daño a otro de manera contraria a las buenas costumbres y a propósito”. Lüth promovió la queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) contra esta sentencia. En la transpolación sería el derecho a la vida humana contra el “derecho” a tener hijos biológicos, pese a ser estéril, pese a que, para lograrlo, se tenga que matar embriones escogidos al azar.

⁷ Véase también en www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf
Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*

Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. Robert Alexy.

⁸ *Vid.* http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/ficha.cfm?nId_Ficha=235&lang=en

El Tribunal Constitucional Federal, en cambio, consideró el llamado al boicot de Lüth como *prima facie* protegido por la libertad de expresión (art. 5.1 de la Ley Fundamental). En Costa Rica, la prohibición de la práctica de la FIV se fundamenta en la defensa de la vida humana.

En este punto se muestra la importancia de la dicotomía entre la teoría estrecha y rigurosa —la de las reglas—, y la amplia y comprehensiva —la de los principios—. Si se siguiera la primera teoría, se agotaría la solución del caso en responder dos interrogantes.

La primera sería si el llamado de Lüth al boicot es de subsumirse en el concepto de “expresión de opinión”. Si la Corte Suprema está facultada para declarar nulo un decreto ministerial que autoriza la práctica de la FIV que implica la destrucción de vidas humanas. El Tribunal Constitucional alemán respondería afirmativamente.

La segunda se refiere a si el artículo 826 del Código Civil Federal es aplicable, como habría sido el caso si el llamado al boicot fuera solamente un atentado contra las buenas costumbres. El Landgericht de Hamburgo opinó que así fue, porque apuntaba a impedir la reaparición de Harlan como creador de filmes representativos; y bajo estas circunstancias el llamado al boicot —según el tribunal— iba contra “las democráticas convicciones jurídicas y morales del pueblo alemán”. Al igual que la CIDDHH considera que el impedir la práctica de la FIV atenta contra la intimidad de los estériles y los obliga a hacer viajes y gastos que el Estado autor de las prohibiciones tiene que resarcir económicamente.

Por su parte, la Corte Suprema de Costa Rica, al igual que el Tribunal Constitucional Federal alemán fueron de la opinión de que no era bastante efectuar estas dos subsunciones aisladas; sino más bien que cuando la aplicación de normas del derecho civil condujera a la restricción de un derecho fundamental, siempre se exige que tenga lugar una ponderación de los principios constitucionales en colisión.

El resultado de la ponderación del Tribunal Constitucional Federal fue que el principio de libertad de expresión debía prevalecer frente a los que iban contra él; exigió que la disposición “contra las buenas costumbres” del artículo 826 del Código Civil Federal, tuviera que interpretarse en consonancia con esta prioridad. La Corte Suprema se pronunció inequívocamente a favor de la defensa de la vida humana y prohibió la práctica genocida de fecundar *in vitro* para, a continuación, matar todos los embriones humanos excedentes. Brevemente: En Alemania ganó el derecho fundamental a la libertad de expresión. En el seno de la CIDDHH perdió el derecho a la vida humana. Y parece que está condenado a seguir perdiendo.

2. En el Sistema Europeo de Derechos Humanos

En el nudo gordiano del problema sometido a estudio se halla el principio *pro*

homine. Como se sabe, este principio informa todo el desarrollo de los DD.HH. Y coincide con el rasgo fundamental de los DD.HH. que es el de estar siempre a favor del hombre.

Es un principio hermenéutico, en mérito del cual, se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos o facultades protegidos. Por lo tanto, se debe acudir a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos.

Los instrumentos internacionales de DD.HH. como la Convención Americana sobre DD.HH. (Art. 29) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 5) establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida que la prevista; a limitar el goce y el ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que puedan estar reconocidos en otra norma internacional o interna en vigencia. Tampoco podrían excluir ni limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de DD.HH.

El sistema europeo de DD.HH. da la pauta de la involución en la promoción de la defensa del principio *pro homine* y, en específico, del derecho a la vida humana. Siguiendo el derrotero que señala la CIDDHH⁹, se puede identificar cómo esta involución también estragó en Hispano América. La historia es apocalíptica. Derrotados el régimen y las doctrinas del Tercer Reich, la humanidad se impuso la meta de promover los DD.HH. que Hitler había escarnecido. Pero no pasaron muchos años para que tanto la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a espaldas de la humanidad, comenzaron a proponer una regresiva teoría acerca del carácter no absoluto de la protección de la vida prenatal. El escenario favorito para poner en tablas esta tragedia -pero no el único- es el que se construye alrededor de casos de aborto y de tratamientos relacionados con la FIV, con los que ya se ha agredido a Perú y a Costa Rica, respectivamente.

Siguiendo la redacción de Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁰ el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en su artículo 2.1 señala que “el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley”¹¹. Es obvio que la

⁹ Véase en línea: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf, págs. 72 a 76.

¹⁰ Committee on Legal and Administrative Questions Report, Section 1, Para. 6, 5 September 1949, in Collected Edition of the Travaux Préparatoires, Vol. 1 (1975), p. 194. (The Committee considered that it was preferable [...], as by reason of the moral authority and technical value of the document in question, to make use, as far as possible, of the definitions set out in the ‘Universal Declaration of Human Rights’).

¹¹ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 2.1, aprobado el 4 nov. 1950, 213 STNU 222, S.T. Eur. N° 5 (en vigor desde el 3 sep. 1953).

Declaración Universal de Derechos Humanos no recoge ningún derecho a matar y que, por lo tanto, no establece el derecho de atacar la vida, y menos aún para abortar o para matar embriones humanos. Con la involución, aún la ONU ha perdido el rumbo. La técnica de la confusión es similar a la de la CIDDHH, es decir, valerse de una premisa falsa para emitir una sentencia.

Es necesario hacer aquí esta digresión porque en el retroceso se llega al exceso de sancionar a un Estado miembro y fundador, como lo es el Perú, denunciado por haber defendido los valores que promovieron el nacimiento de la ONU y la Declaración Universal. Más claramente, la ONU acaba de castigar a uno de sus miembros fundadores por defender la Vida¹².

El Comité de Derechos Humanos ha calificado de "derecho humano" el aborto y ha condenado al Perú a indemnizar a una dama a la que no le permitió esta práctica por ser delito en el Perú. Lo ha castigado a pesar de que no exista ninguna resolución de la Asamblea General que reconozca tan singular derecho. Se ha pergeñado el supuesto derecho de acabar con la vida del humano indefenso. Un abuso de poder similar al que ha estigmatizado a Costa Rica por cuenta de la CIDDHH.

La misión principal de la ONU, la que le dio nacimiento es la de garantizar la vigencia de derechos fundamentales. Con esta sentencia inexplicable con la que sanciona al Perú, la ONU se traiciona su razón de existir y es infiel a todos los que confían en este tipo de organismos para la protección de los derechos fundamentales.

El aborto no es un derecho humano, pero, la decisión del Comité de DD.HH. de Naciones Unidas de calificar el aborto como un 'derecho humano' y condenar al Perú a indemnizar a una ciudadana a la que no permitió abortar por ser ilegal en el país, se encuadra en las políticas que se implementa en Europa en contra del derecho a la vida. La sentencia de la CIDDHH¹³ menciona los casos emblemáticos. El primero de ellos es el Caso *Paton vs. Reino Unido* de 1980, que trató de una violación del artículo 2 del CEDH en detrimento del no nacido por el aborto practicado por la voluntad de la madre en conformidad con las leyes nacionales. La Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que los términos en que está redactada el CEDH "tienden a corroborar la apreciación de que el artículo 2 no incluye al que está por nacer" (Thus both the general usage of the term 'everyone' ('toute personne') of the Convention (para. 7 above) and the context in which this

¹² Cfr. <http://www.hazteoir.org/vida/alerta/89792-no-dejes-que-aborto-sea-un-derecho-humano>

¹³ Vid. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf págs. 72 a 76.

term is employed in Article 2 (para. 8 above) tend to support the view that it does not include the unborn)¹⁴.

El punto de quiebre en esta historia de la defensa del derecho a la vida humana se plasma en la insólita afirmación que la CEDH formula en el Caso Paton cuando señala que reconocer un derecho absoluto a la vida prenatal sería “contrario al objeto y propósito de la Convención” párr. 20. (The Commission finds that such an interpretation would be contrary to the object and purpose of the Convention¹⁵).

Razonando en contra de lo que ha verificado la ciencia, se llega a negar la individualidad del feto, como ser humano único, irrepetible, completo. A este efecto señala que “la vida del feto se encuentra íntimamente ligada a la de la embarazada y no puede ser considerada al margen de ella. Si el artículo 2 comprendiese al feto y su protección fuese, en ausencia de una limitación, entendida como absoluta, el aborto tendría que considerarse prohibido incluso cuando la continuación del embarazo presente grave peligro para la vida de la embarazada. Ello querría decir que ‘la vida en formación’ del feto se consideraría de mayor valor que la vida de la embarazada”. (The ‘life’ of the foetus is intimately connected with, and cannot be regarded in isolation from, the life of the pregnant woman. If Article 2 were held to cover the foetus and its protection under this Article were, in the absence of any express limitation, seen as absolute, an abortion would have to be considered as prohibited even where the continuance of the pregnancy would involve a serious risk to the life of the pregnant woman. This would mean that the ‘unborn life’ of the foetus would be regarded as being of a higher value than the life of the pregnant woman)¹⁶. La cercanía al pensamiento de los juristas del Tercer Reich es innegable. También se cita los Casos *R.H. Vs. Noruega* (1992) y *Boso Vs. Italia* (2002), que legalizaron de la violación del derecho a la vida en detrimento de los no nacidos por la existencia de leyes estatales permisivas frente al aborto, la Comisión confirmó su postura¹⁷.

El Caso *Vo vs. Francia*¹⁸, trata de la comisión de un aborto (que, mordazmente, se ha

¹⁴ Caso *Paton vs. Reino Unido*, Solicitud N° 8416/79, Comisión Europea de Derechos Humanos, De. & Rep. 244 (1980), párr. 9.

¹⁵ Caso *Paton vs. Reino Unido*, Solicitud N° 8416/79, Comisión Europea de Derechos Humanos, De. & Rep. 244 (1980).

¹⁶ Caso *Paton vs. Reino Unido*, Solicitud N° 8416/79, Comisión Europea de Derechos Humanos, De. & Rep. 244 (1980), párr. 19

¹⁷ *Car. R.H. Vs. Norway*, Decision on Admissibility, App. No. 17004/ 90, 73 European Commission on Human Rights Dec. ft. Rep. 155 (1992), *Boos Vs. Italy*, App. No. 50490/99, European Commission on Human Rights (2002).

¹⁸ TEDH, *Case Vo. vs. Francia*, (No. 53924/00), GC, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 75, 82, 84 y 85. (Unlike Article 4 of the American Convention on Human Rights, which provides that the right to life must be protected “in general, from the moment of conception”, Article 2 of the Convention is silent as to the temporal limitations of the right to life and, in particular, does not define “everyone” [...] whose “life” is protected

dado en llamar “terapéutico”) ha pedido de la paciente, como supuesta terapia para recobrar su salud en situación crítica debido a tratamientos médicos inadecuados. El Tribunal Europeo en su sentencia parte de una explícita motivación de defensa de la discriminación etaria. No obstante señala varios de los graves errores en que incurre la CIDDHH en su interpretación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es necesario tener en cuenta los considerandos del fallo del Tribunal Europeo desde que apuntan a los equívocos del meollo interpretativo de la CIDDHH que es la base de su resolución contra Costa Rica.

2.1 Diferencias de criterio entre la convención americana sobre DDHH y la convención europea sobre DDHH en cuanto a la protección de la vida.

A diferencia del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indica que el derecho a la vida debe ser protegido “en general, desde el momento de la concepción”, el artículo 2 de la Convención es silencioso en cuanto a las limitaciones temporales del derecho a la vida y, en particular, no define “todos” los cuales (cuya) su “vida” es protegida por la Convención.

2.2 El inicio de la vida

La Corte Europea no ha determinado el problema del “inicio” de “el derecho de toda persona a la vida” dentro del significado de la disposición y “si el no nacido tiene ese derecho a la vida.” (...) ¹⁹

2.3 La interpretación de la Convención debe ser facultad de los Estados signatarios

El problema de cuándo el derecho a la vida comienza viene dentro un margen de apreciación que la Corte generalmente considera que los Estados deben gozar en esa esfera pese a la interpretación evolutiva de la Convención, un “instrumento vivo que se debe interpretar a la luz de las condiciones de hoy en día” (...) Las razones para esa conclusión son, en primer lugar, que el problema de que dicha protección no ha sido resuelta dentro de la mayoría de los Estados parte, en Francia en particular, donde es tema de debate (...) y, en segundo lugar, que no hay un consenso europeo sobre la definición científica y legal del inicio a la vida. (...)

by the Convention. The Court has yet to determine the issue of the “beginning” of “everyone’s right to life” within the meaning of this provision and whether the unborn child has such a right.” [...]

¹⁹ N del A. El Perú, Costa Rica y el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sí lo tienen muy claro: la vida humana y el goce de los derechos empieza en el momento de la fertilización. Aunque los políticos hayan tergiversado el concepto de “concepción”.

2.4 La naturaleza y status del embrión es positivamente considerada por la ciencia

Si bien, tratándose del ámbito europeo, la Corte observa que no hay ningún consenso en cuanto a la naturaleza y el status del embrión y/o feto (...), aunque ellos hayan recibido alguna protección a la luz del progreso científico y las consecuencias potenciales de investigación dentro de la ingeniería genética, procreación médica asistida o experimentación con embriones.

El texto completo del considerando es auto explicativo: “The issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere, notwithstanding an evaluative interpretation of the Convention, a “living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions” (...). The reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves, in France in particular, where it is the subject of debate (...) and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life. (...)

At European level, the Court observes that there is no consensus on the nature and status of the embryo and/or foetus (...), although they are beginning to receive some protection in the light of scientific progress and the potential consequences of research into genetic engineering, medically assisted procreation or embryo experimentation. At best, it may be regarded as common ground between States that the embryo/foetus belongs to the human race. The potentiality of that being and its capacity to become a person – enjoying protection under the civil law, moreover, in many States, such as France, in the context of inheritance and gifts, and also in the United (...) – require protection in the name of human dignity, without making it a “person” with the “right to life” for the purposes of Article 2 (...).

It is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention”.

3. Los Estados están de acuerdo en que el embrión/feto es parte de la raza humana. Es cuestión de dignidad humana

Cuanto más, se puede considerar que los Estados están de acuerdo que el embrión/el feto es parte de la raza humana. La potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona – gozando de protección bajo las leyes civiles, además, en muchos Estados, tal como, por ejemplo, Francia, en el contexto de las leyes de sucesión y obsequios, y también en el Reino Unido (...) – requiere protección en el nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una “persona” con el

“derecho a la vida” a los efectos del artículo 2. (...).

Con estas consideraciones del Tribunal Europeo, se puede verificar que un mínimo movimiento en favor del principio *pro- homine*²⁰ hubiera bastado para que la CIDDHH falle a favor de la vida.

El Caso *A, B y C vs. Irlanda*²¹ es tratado por el Tribunal Europeo (el TEDH) en términos coincidentes con el Caso *Vo. vs. Francia*, (No. 53924/00), GC, sentenciado el 8 de Julio de 20. El Tribunal Europeo reiteró que debe reconocerse al Estado un margen de apreciación concedido a la protección de la persona nonata por parte del Estado. El TEDH vuelve a mencionar categóricamente que ese margen se traduce necesariamente en una facultad de apreciación según el cual cada Estado equilibra el derecho a la vida del niño por nacer en cuanto son contradictorios los derechos de la madre. Pero, en el caso *A, B y C vs. Irlanda* ese margen se amplía generosamente hasta incluir la precedencia que tendría sobre el derecho a la vida del niño por nacer, el derecho que tendría el padre del embrión a desistirse, o más bien, de frustrar su antigua decisión de ser padre. Las razones pueden ser variadas y a cual más opinable: cambió de pareja; lo abandonó la ilusión de la paternidad; la pareja lo desencantó, se divorció de su cónyuge, etc. Hay otro agravante: De acuerdo al estado auroral en que se encuentra la práctica de la FIV, el padre irresoluto ya no es padre de un solo embrión. Lo es de varios que ya fueron criminalmente desechados y los que son materia de debate judicial son aquellos a quienes se les perdonó la vida y que están a la espera de su sentencia de muerte.

El TEDH considera que, con respecto a la pregunta de cuándo comienza el derecho a la vida, que entró en el margen de apreciación de los Estados porque no había consenso europeo sobre la definición científica y legal del comienzo de la vida, por consiguiente, era imposible responder la pregunta de si la persona nonata era una persona que debía ser protegida conforme a los efectos del artículo 2. Dado que los derechos demandados en nombre del feto y los derechos de la madre están inextricablemente interconectados (...) el margen de apreciación concedido a la protección de la persona nonata por parte del Estado se traduce necesariamente en un margen de apreciación según el cual cada Estado equilibra los derechos

²⁰ Para mayor información sobre el principio *pro homine*, visitar: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>

²¹ TEDH, *Caso A, B y C vs. Irlanda*, (Nº 25579/05), Sentencia de 16 de diciembre de 2010, párr. 237. ([T]he question of when the right to life begins came within the States' margin of appreciation because there was no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, so that it was impossible to answer the question whether the unborn was a person to be protected for the purposes of Article 2. Since the rights claimed on behalf of the foetus and those of the mother are inextricably interconnected [...], the margin of appreciation accorded to a State's protection of the unborn necessarily translates into a margin of appreciation for that State as to how it balances the conflicting rights of the mother).

contradictorios de la madre.

En este punto, el TEDH recurre a la socorrida sobre generalización que pretende encubrir cada aborto en el dilema que sí habría confrontado la ciencia en siglos anteriores y que la medicina ya tiene resuelto: “Nunca es posible salvar al no nacido, sin sacrificar a la madre”. Con esta herramienta, el TEDH precisó que “la Corte tiene que supervisar si la interferencia constituye un equilibrio justo de los intereses contradictorios involucrados (...). La prohibición de un aborto para proteger la vida de la persona nonata no se justifica automáticamente en virtud del Convenio sobre la base de deferencia sin restricciones a la protección de la vida prenatal o sobre la base de que el derecho de la futura mamá al respeto de su vida privada es de menor talla”²².

El TEDH también tiene en su haber pronunciamientos respecto a la práctica de la FIV. Uno de los casos más publicitados fue el caso *Evans Vs. Reino Unido*, sobre la presunta violación del derecho a la vida de los embriones preservados debido a que la legislación nacional exigía su destrucción ante el retiro del consentimiento de la pareja de la peticionaria sobre su implantación. La Gran Cámara del TEDH reiteró su jurisprudencia establecida en el *Caso Vo. Vs. Francia*, señalando que:

En la ausencia de un consenso Europeo en relación con la definición científica y legal del inicio a la vida, el problema de cuándo el derecho a la vida inicia viene dentro del margen de apreciación que la Corte generalmente considera que los Estados deberían disfrutar en esta esfera. Dentro de la ley británica, tal y como fue señalado por los tribunales internos en el presente caso del peticionario (...), un embrión no tiene derechos independientes o intereses y no puede alegar –o alegar en su nombre– un derecho a la vida dentro del artículo 2.

La Gran Cámara del TEDH confirmó la decisión respecto a la no violación del derecho a la vida, consagrado en el artículo 2, al indicar que “los embriones creados por el peticionario y su pareja no tienen el derecho a la vida dentro del significado del artículo 2 de la Convención y que no ha, por lo tanto, habido una violación a tal provisión”²³.

²² TEDH, *Caso A, B y C vs. Irlanda*, (Nº 25579/05), Sentencia de 16 de diciembre de 2010, párr. 238. (“this margin of appreciation is not unlimited” “the Court must supervise whether the interference constitutes a proportionate balancing of the competing interests involved [...]. A prohibition of abortion to protect unborn life is not therefore automatically justified under the Convention on the basis of unqualified deference to the protection of pre-natal life or on the basis that the expectant mother’s right to respect for her private life is of a lesser stature”).

²³ *Vid.* TEDH, *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (No. 6339/05), Sentencia de 10 de abril de 2007, párr. 56. “the embryos created by the applicant and [her partner] do not have a right to life within the meaning of Article 2 of the Convention, and that there has not, therefore,

En los *Casos S.H. vs. Austria*²⁴, y *Costa y Pavan vs. Italia*²⁵, que trataron, respectivamente, de la regulación de la FIV respecto a la donación de óvulos y espermatozoides por terceros, y del diagnóstico genético preimplantacional, el TEDH ni siquiera se refirió a una presunta violación de un derecho propio de los embriones.

4. El caso de la FIV

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

(Artículo 4.1 de la Convención Americana de DD.HH.)

Es creciente la discordancia que se da entre el texto de las normas de promoción de los Derechos Humanos y la forma en que son aplicadas. Y entre estas y las declaraciones de sedicentes defensores de los Derechos Humanos. En diversos círculos, se acepta sin escrúpulos, cada vez con más frecuencia, que la proclamación de tales derechos solo conlleva la adhesión formal a las reglas humanitarias. No obstante, es necesario que la discordancia sea expuesta antes que el estupor dé paso a la aceptación mecánica de esta degradación del Derecho; a la complacencia.

Afirmar sistemáticamente que es lícito matar al nonato es una forma de la corrupción del Derecho. Como lo afirma el Papa Francisco, la corrupción es un pecado elevado a sistema. En esta, como en otras de sus expresiones, la corrupción, es un proceso de muerte²⁶.

“La corrupción es en sí misma también un proceso de muerte: cuando la vida muere, hay corrupción”. “(...) hay pocas cosas más difíciles que abrir una brecha en un corazón corrupto”²⁷. “El corrupto no puede aceptar la crítica, descalifica a quien la hace, busca disminuir cualquiera autoridad moral que pueda cuestionarlo”²⁸, incluso ataca con insultos a todo el que piense diferente y si puede lo persigue, denunció.

been a violation of that provision”.

²⁴ Cfr. TEDH, *Caso S.H. y otros Vs. Austria*, (No. 57813/00), Sentencia de 3 de noviembre de 2011.

²⁵ Cfr. TEDH, *Caso Costa y Pavan Vs. Italia*, (No. 54270/10). Sentencia de 28 de agosto de 2012.

²⁶ Vid. <https://www.aciprensa.com/noticias/papa-francisco-la-corrupcion-es-un-mal-mas-grande-que-el-pecado-34503/>

²⁷ Vid. <https://www.aciprensa.com/noticias/papa-francisco-la-corrupcion-es-un-mal-mas-grande-que-el-pecado-34503/>

²⁸ *Ibidem*.

En un ambiente de triunfalismo, la corrupción “se pavonea para menospreciar a los otros. El corrupto no conoce la hermandad o la amistad, sino la complicidad y la enemistad”²⁹.

En su discurso, el Santo Padre, también señaló que “La corrupción es un mal más grande que el pecado. Más que ser perdonado, este mal debe ser curado”. Este flagelo “se ha vuelto natural, al punto de llegar a constituir un estado personal y social ligado a la costumbre, una práctica habitual (...) Es la victoria de la apariencia sobre la realidad y de la desfachatez impúdica sobre la discreción honorable”³⁰.

El Papa también se refirió a la corrupción dentro del sistema judicial al denunciar las sanciones selectivas: “Es como una red que captura sólo los peces pequeños, mientras deja a los grandes libres en el mar”. “Las formas de corrupción que se necesita con mayor severidad son aquellas que causan graves daños sociales, sea en materia económica y social, como en cualquier tipo de obstáculo que interfiere al ejercicio de la justicia con la intención de procurar la impunidad de los propios delitos o de terceros”.

“Sin embargo, la corrupción no puede contra la esperanza”³¹, aseguró el Papa, que alentó a los expertos a tener siempre como objetivo el respeto a la dignidad humana.³²

La evolución que ha seguido la promoción de los derechos fundamentales muestra esta forma y los grados a que puede llegar la confusión o la corrupción en el Derecho. Alexy señala un hito en la jurisprudencia³³. Es la famosa sentencia del caso Lüth en la que el Tribunal Constitucional Alemán enlaza tres ideas que devinieron emblemáticas del Derecho Constitucional post II Guerra Mundial.

Una primera línea de base indica que los derechos fundamentales no son solo reglas. Tienen, en esencia, el carácter de principios. Al caso de Costa Rica que se trata en este ensayo, resulta pertinente la primera de estas ideas, puesto que el caso se refiere al derecho fundamental a la vida. Según esta línea de base, la garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en la de clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado: Como lo explica la sentencia del Tribunal

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*

³² El Santo Padre hizo esta advertencia en el discurso que dirigió a una delegación de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Roma, 2014.

<https://www.aciprensa.com/noticias/papa-francisco-la-corrupcion-es-un-mal-mas-grande-que-el-pecado-34503/>

³³ Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*

www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf

Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. Robert ALEXY.

Constitucional alemán, los derechos fundamentales son el compendio de principios básicos, de un orden de valores objetivos.

La segunda línea de base consiste en el “efecto irradiación” sobre todo el sistema jurídico. Esta segunda idea, sostiene que los valores o principios *ius* fundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, “para todos los ámbitos del derecho”. La omnipresencia de los derechos fundamentales pues estos se vuelven ubicuos. En la sentencia de la CIDDHH, se pretende ignorar los principios que sostienen el derecho fundamental a la vida humana para crear un laberinto de pretensiones que culminan en la precedencia de los derechos a la indemnización y pago de perjuicios por parte del Estado a favor de quienes insisten en acabar con la vida de embriones humanos.

La tercera idea resulta de la estructura de los valores y los principios: unos como otros tienden a colisionar. Una colisión de principios solo puede resolverse por ponderación; el mensaje más importante de la sentencia del caso Lüth para la vida jurídica cotidiana dice entonces: “por tanto, una ‘ponderación de bienes’ será necesaria”. El Tribunal Constitucional Federal ha siempre avanzado el camino que tomó con la decisión del caso Lüth. Con todo esto, bajo el punto de vista metodológico, el concepto capital es el de ponderación; en vez de oponerse una teoría amplia y comprehensiva a otra estricta, podrían confrontarse un modelo ponderativo y otro de subsunción. Esto permite formular las siguientes preguntas: ¿cuál de ambas teorías conduce a más racionalidad (*Rationalität*) en el juicio constitucional? ¿La que requiere una subsunción o la que exige una ponderación?

Esta parte del ensayo trata específicamente de la Fertilización in vitro (FIV) desde el punto de vista jurídico, y de un proceso emblemático como es el incoado contra Costa Rica ante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDDHH) por haber prohibido la práctica de la FIV, como medida costarricense de defensa del derecho a la vida humana. Costa Rica considera que es aplicable el artículo 4.1 de la Convención Americana, a este emblemático caso que fue materia del pronunciamiento del Tribunal Interamericano de San José de Costa Rica.

Para introducirse en materia, la Corte Suprema de Costa Rica se planteó esta pregunta que tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, ¿cuándo comienza la vida humana?, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica.

Para responderse, concede que existen divergencias entre los especialistas acerca de la identidad del embrión humano. Mientras hay quienes lo consideran una entidad que solo posee un simple potencial de vida. Otros lo consideran la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término pre-embrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Es decir que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce

en el momento mismo de la fertilización.

El espermatozoide fecunda al óvulo y, al instante del encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito, se convierte en un cigoto. Esta célula contiene toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano, con todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo. Se está ya ante un diminuto y singular ser humano, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto se ha producido la fertilización, el ser vivo y humano que se forma es ya una persona, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico³⁴.

Este es el núcleo del problema traído para su juzgamiento ante la CIDDHH; núcleo que condiciona a todos los demás en el presente caso y que clama por la vigencia del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin dejar de mencionar que a la CIDDHH le corresponde interpretar y aplicar la Convención, es decir, precisar lo que la voluntad de los Estados expresaron en la Convención y acuerdos y práctica posteriores, de suerte de poder exigirles aquello a lo que efectivamente se comprometieron.

Pero la CIDDHH evade el tratamiento de este problema. Más aún, se arroga la función normativa que le corresponde a los Estados, que son los únicos habilitados para eventualmente modificar la Convención. Esta digresión conduce a resultados inesperados. Así lo grafica el voto disidente el Juez de la CIDDHH don Eduardo Vio Grossi. El magistrado señala que en este núcleo se identifica dos temas principales.

El primero se refiere precisamente al análisis del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por estimar que es su violación la que en definitiva y preferentemente se alega en autos.

Y el segundo dice relación con la inflexión jurisprudencial experimentada por la Sentencia en cuanto a la interpretación de ese artículo.

Como en la mayoría de Estados democráticos, en Costa Rica solo el Poder Legislativo está autorizado para expedir normas de alcance universal vinculadas a los Derechos Humanos. Pero, el 3 de febrero de 1995, el Ministerio de Salud emitió el Decreto Ejecutivo No. 24029-S por el que autorizaba la práctica y regulaba la ejecución de la FIV para parejas de cónyuges. También definía las técnicas de reproducción asistida como “todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio”.

Dos meses después, (el 7 de abril de 1995) un ciudadano, don Hermes Navarro del

³⁴ Véase en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (p. 25).

Valle, demandó que se declare la inconstitucionalidad del mencionado Decreto Ejecutivo por violación del Derecho a la Vida y requirió, además, que:

- i) Se declarara inconstitucional la práctica de la fertilización in vitro, y
- ii) “Se instruya a las autoridades públicas a mantener un control minucioso de la práctica médica, para que dichos actos no se vuelvan a producir”.

Esta acción de inconstitucionalidad, considera, en resumen, la siguiente fundamentación:

- i) “El porcentaje de malformaciones en general fue mayor al registrado en la fertilización natural”;
- ii) “La práctica generalizada de la FIV violenta la vida humana y por las características privadas y aisladas (...) en que toma lugar dicha inseminación, cualquier reglamentación sería de difícil implementación y de difícil control por el Estado”;
- iii) “La vida humana se inicia desde el momento de la fertilización, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos - voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada - resultaría en una evidente violación al derecho a la vida contenido” en la Constitución costarricense”;
- iv) También se hizo referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención sobre los derechos del niño;
- v) “El negocio de la fertilización in vitro es un negocio (...) no cura (...) una enfermedad, ni es un tratamiento de emergencia para salvar una vida”, y
- vi) “Es tan violatorio el eliminar concebidos, o sea niños, tirándolos al basurero, como eliminarlos de forma deliberada debido a la falta de técnica en el proceso, pretendiendo jugar una especie de ‘ruleta rusa’ con los seis niños introducidos en la madre”.

En efecto, fertilización in vitro (FIV) es el legado del científico británico Sir Robert Edwards (1926 - 2013) pionero del proceso que la humanidad conocería como “*test tube baby*”. Dedicó su carrera al desarrollo de la FIV y definió su proyecto como la búsqueda de “(...) una técnica que posibilite la concepción a mujeres que sufren de ciertas formas de infertilidad.”

Pasados unos años, la CIDDHH³⁵ pasó a definir la FIV como:

“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”³⁶.

Sobre el desarrollo embrionario en la FIV, existen cinco etapas de dicho desarrollo que duran en total cinco días.

Las fases del proceso de la FIV son las siguientes³⁷:

- i) Inducción a la ovulación;
- ii) Aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios;
- iii) Inseminación de óvulos con espermatozoides;
- iv) Observación del proceso de fertilización e incubación de los embriones,
- v) Transferencia embrionaria al útero materno.

El primer nacimiento de un bebé producto de la FIV ocurrió en Inglaterra en 1978³⁸. En Latinoamérica, el nacimiento del primer bebé producto de la FIV y la transferencia embrionaria fueron reportados en 1984 en Argentina³⁹. Desde que fuera reportado el nacimiento de la primera persona como resultado de Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante “TRA”), “cinco millones de personas han nacido en el mundo gracias a los avances de esta tecnología”⁴⁰. El resultado:

³⁵ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Anthony Caruso en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2937.214). *Vid.* Caso Artavia Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) Vs Costa Rica. pp.21-22.

³⁶ Al respecto, el perito Zegrís-Hochschild indicó que “la fertilización no puede ocurrir, sino existe trompa de Falopio el desarrollo embrionario no puede ocurrir, si los espermatozoides depositados en la vagina no tienen la capacidad de llegar a la trompa no hay fertilización, lo mismo que si los espermatozoides llegan pero no son capaces de fecundar”. Declaración rendida por el perito Zegrís-Hochschild celebrado en el presente caso. Asimismo, Resumen escrito del peritaje rendido por Anthony Caruso en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2937. 210), y Declaración de la declarante Ribas (expediente de fondo, tomo V, folio 2243).

³⁷ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegrís-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folios 2825 a 2830); Declaración ante fedatario público de la perita Garza (expediente de fondo, tomo V, folio 2559), y Declaración de la declarante a título informativo Ribas (expediente de fondo, tomo V, folios 2245 a 2248).

³⁸ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegrís-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2821), y Declaración de la declarante a título informativo Ribas (expediente de fondo, tomo V, folio 2242). *Ibidem*.

³⁹ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegrís-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2822). *Ib'idem*.

⁴⁰ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegrís-Hochschild en la audiencia

Millones de personas (las mayores, en los alrededores de los 30 años) que no hubiesen nacido. Al amparo de la inconsulta autorización expedida por el Ministerio de Salud, la FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000 por la entidad privada denominada "Instituto Costarricense de Infertilidad". En ese lapso nacieron 15 costarricenses.

Asimismo, "anualmente, se realizan millones de procedimientos de TRA".

Las estimaciones para 2008, comprendían 1.600.000 tratamientos que dieron origen a 400.000 personas nacidas entre 2008 y septiembre de 2009 en el mundo. En Latinoamérica "se estima que entre 1990 y 2010, 150.000 personas han nacido de acuerdo con el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida".

De la prueba que obra en el expediente, Costa Rica es el único Estado en el mundo que prohíbe de manera expresa la FIV.

Según los epígonos de Sir Robert, esas vidas son su legado. No obstante, el rumbo que ha tomado su iniciativa científica, la ha convertido en una herramienta controversial. La más importante, la crítica que descalifica estos trabajos es la que propone que los experimentos para optimizar la FIV han devenido en procedimientos para lograr la formación de más embriones de los que serán implantados. Lo que hace lugar para que los excedentes sean desechados impunemente. Esto es, desde el punto de vista jurídico, quitar la vida, deliberadamente, a un ser humano. Por otro lado, la evolución de estos experimentos, los ha convertido en una industria, en una contribución a la corriente que trata al cuerpo humano como una mercancía; como objeto (y no sujeto, como lo proclama la teoría de los Derechos Humanos). Y a la mujer, como si fuese una máquina incubadora. Desde luego, la FIV es en sí ilícita y contraria a la dignidad de la procreación y de la unión conyugal. Aun cuando se pusiera todos los medios para evitar la muerte del embrión humano.

Desde una perspectiva jurídica, estas observaciones no son inocuas puesto que los adelantos tecnológicos en el campo de la fertilidad traen nuevos retos y nuevas preguntas en torno a la dignidad del ser humano y de la procreación. Tampoco se puede soslayar la crítica con respecto a la moralidad de algunos procedimientos. No es fácil identificar qué estadios del proceso que sigue la FIV o cuáles son las técnicas de fertilización que concuerdan con el respeto a la dignidad de los seres humanos implicados.

Son particularmente importantes las observaciones acerca de la esterilidad y la fertilización artificial homóloga -es decir- la técnica encaminada al logro de una concepción humana mediante la unión *in vitro* de gametos de quienes son esposos.

pública ante la Corte (expediente de fondo, Tomo VI, folios 2821 a 2822). *Ibidem*.

En principio, el acto conyugal tiene dos significados: uno unitivo y otro procreador. El mismo acto por el que los esposos se unen en una sola carne, es el que los hace idóneos para engendrar una nueva vida. Hay una indestructible conexión entre estos dos significados del acto conyugal; conexión que ni el juzgador ni el legislador pueden romper por propia iniciativa. Por tanto, el hijo ha de ser el fruto de la donación recíproca realizada en el acto conyugal, en el que los esposos cooperan como servidores y no como dueños⁴¹. El origen de una persona humana no puede ser querida ni concebida como el producto de una intervención de técnicas médicas y biológicas: esto equivaldría a reducirlo a ser objeto de una tecnología científica; objeto comerciable; objeto de Derecho.

Esta doctrina aclara el problema moral de la fertilización artificial homóloga. La fertilización artificial deja la procreación fuera del acto conyugal, es decir del gesto específico de la unión de los esposos. Si, por un lado, la contracepción priva intencionalmente al acto conyugal de su apertura a la procreación; en el otro extremo, la fertilización artificial intenta una procreación que no es fruto de la unión específicamente conyugal.

Para los fines de una procreación humana responsable, el deseo de un hijo es un requisito necesario, pero insuficiente para alcanzar una justificación positiva de la fertilización *in vitro* entre los esposos.

El proceso incoado por don Hermes Navarro del Valle en abril de 1995 culminó el 15 de marzo de 2000, cuando la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia, declarando fundada la acción, y, por ende, nulo por inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S.

La Sala Constitucional dejó claramente establecido que el Decreto Ejecutivo anulado incurría en “infracción del principio de reserva legal”, según el cual “solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo, por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales”. Es decir que “la regulación de estos derechos (derecho a la vida y a la dignidad del ser humano) por el Poder Ejecutivo resultaba incompatible con el Derecho de la Constitución”. Sus fundamentos, en resumen son:

- i) “El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida”;

⁴¹ RATZINGER, Joseph. *Encíclica Donum Vitae: Sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. Sección II, números. 4, 5-8; Roma, 1987, en http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html

- ii) “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”, y
- iii) “Como el derecho a la vida se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”.

La Corte Suprema invocó la normativa internacional que, según su sentencia, (...) establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. Citó el artículo I de la Declaración Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 de la Convención Americana.

Respecto al artículo 4 de la Convención, la Sala consideró que “este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a la vida a partir del momento de la concepción además se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos”.

También hizo referencia al artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre este punto, la Corte Suprema concluyó que “las normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia”.

4.1 El status biológico del embrión. ¿Es el embrión un ser humano?

Edwards nunca tuvo dudas acerca del status biológico del embrión. A todos, incluyendo el embrión más temprano, los consideró seres humanos.

En su libro “A Matter of Life,” Edwards y su colaborador, Patrick Steptoe, describen al embrión como “un microscópico ser humano uno que se encuentra en sus estadios más tempranos de desarrollo.”

Lo que Edwards rechazaba fue la ética de la santidad de la vida y el principio de la igualdad de los seres humanos al margen de cualquier condición de discriminación o su grado de dependencia.

Al igual que el filósofo Peter Singer, Edwards distinguía aquellos individuos – innegablemente humanos- quienes, desde su punto de vista, aún no eran merecedores de protección contra la manipulación y las prácticas homicidas -como el aborto y la experimentación embrionaria- distintos de aquellos que tienen ya más tiempo de vida, la edad suficiente para merecer tal protección; al parecer de Edwards.

En la sentencia que fue llevada al CIDDHH, la Corte Suprema costarricense concluyó:

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. (...) 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 esta – 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.

La Corte observó también que las tendencias de regulación en el derecho europeo no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida.

4.2 El expediente FIV de Costa Rica

¿Es la FIV un Derecho Humano? Esa es la cuestión que se atribuye la CIDDHH que tiene su sede en San José, Costa Rica y tiene jurisdicción en Centro y Sudamérica en materia de violación de DD HH. Es de esperar que una entidad establecida para la defensa y promoción de los Derechos Humanos perciba cuán irónico resulta que las políticas a favor del aborto hayan sido el caldo de cultivo del aserto que proclama un "derecho fundamental a tener hijos". Lo cual debería derivar en la interdicción de la esterilización forzada, del control de la natalidad, las píldoras del

día siguiente y del aborto, entre otros crímenes de lesa humanidad.

Exagerando un pirotecnia legal, esos derechos “negativos” (aquellos que ostentan los individuos y que el Estado no debe violar) también pueden ser planteados como un “derecho positivo”, es decir el “derecho” a tener descendencia por cualquier medio que se quiera utilizar. Si ello fuese correcto, se podría manipular el criterio para convertirlo en “derecho a la clonación”, “derecho a la paternidad tri-partita”, “derecho a la FIV, a costa de la vida de embriones humanos”, etc.

Es así como, ahora, Costa Rica se sienta en el banquillo de los acusados por haber emitido legislación que impide la eliminación en serie de embriones humanos. Los detractores del derecho a la vida sustentan que, además, la resolución pro-vida de la Corte Suprema atenta contra el derecho de los infértiles a tener descendencia consanguínea, en contra del derecho a la intimidad y contra la paternidad tri-partita, según la denuncia presentada por 9 parejas de esposos, presuntas víctimas de tal resolución suprema.

La resolución costarricense impugnada es aquella expedida por la Corte Suprema que declaró que es inconstitucional que el Ministerio de Salud expida normas, como la que autoriza la experimentación de la FIV con seres humanos, por cuanto, según la Constitución de Costa Rica, solo el Congreso puede emitir normas vinculadas a los Derechos Humanos. Pero, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que el caso se relaciona con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fertilización *in vitro* que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000. Entre otros aspectos, se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener descendencia biológica; con un impacto emocional desproporcionado en las mujeres.

Es así que la CIDDDHH decidió que Costa Rica sí había infringido Derechos Humanos básicos al prohibir la FIV. Más aún, se propuso exigir a Costa Rica que levante la prohibición, que indemnice a las supuestas víctimas; y que implante y subvencione la FIV.

Se recuerda que la materia de discusión fue la inconstitucionalidad declarada por la Corte Suprema respecto de un decreto del Ministerio de Salud que se arroga la facultad de normar sobre Derechos Humanos, facultad que es exclusiva del Poder Legislativo. En el otro extremo, el fallo declara llanamente que el Derecho a la Vida del embrión no es materia relevante.

Un fallo de la CIDDHH de tal naturaleza establecerá un pésimo precedente en el campo de la regulación relativa a la salud y la vida humana. Allí se encuentran los experimentos con seres humanos, tales como las pruebas con nuevos fármacos. Esta preocupación debiera estar relacionada con el pretendido “derecho” a la FIV. Al menos, podría preguntarse si tiene alguna lógica el estigmatizarse a un Estado por el hecho de prohibir experimentos en seres humanos; experimentos de pronóstico impredecible, de riesgo extremado para los pacientes objeto del experimento, y que, necesariamente, producen la eliminación arbitraria de embriones humanos. Tampoco es fácil ubicar a quién beneficiaría este legado. Pero hay, entre muchos otros, un gran perjudicado que debiera suscitar el interés de los jus-humanistas: el principio *pro-homine*.

4.3 El legado de la FIV: criaturas enfermas

En cualquier proceso de FIV, es ineludible la implantación de múltiples embriones, luego de quitar la vida, *ad libitum*, a otra cantidad mayor de embriones “excedentes” del experimento. Como resultado del mismo, se obtiene, en el mejor de los casos, el nacimiento de niños que, en elevado porcentaje, serán enfermos o con algún impedimento. Pero ellos serán los pocos afortunados. La mayoría de los embriones serán privados de la vida, arbitrariamente, por los experimentadores.

Pero, el Tribunal de DD.HH. desdeñó la materia original del reclamo, la inconstitucionalidad del decreto del Ministerio de Salud; pero sí hizo tal ponderación de los Derechos Humanos que terminó colocando al Derecho a la Vida en el nivel de las consideraciones jurídicas inocuas. Para ello, el Tribunal recibió 49 escritos en calidad de *amicus curiae* presentados por:

- i) Mónica Arango Olaya, Directora Regional para América Latina y el Caribe del Centro de Derechos Reproductivos, y María Alejandra Cárdenas Cerón, Asesora Legal de dicho Centro;
- ii) Marcela Leandro Ulloa del Grupo a Favor del In Vitro; 3) Filomena Gallo, Nicola Paoletti y Claudia Sartori, representantes de la Asociación Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica y del Partito Radicale Nonviolento Transnazionale e Transpartito; (...) 15) Carlos Polo Samaniego, Director de la Oficina para América Latina de Population Research Institute.

Es de dominio público la “epidemia” ocurrida en Canadá, de nacimientos múltiples derivados, por lo general, de la práctica médica de la FIV. Tal es el caso del Dr. John Barrett que fue denunciado por negligencia médica por los padres de trillizos, víctimas de sus experimentos de FIV en el Centro Médico Sunnybrook Health Sciences.

Al admitir y lamentar los nefastos resultados, Barrett emprendió una campaña

destinada a la restricción de la FIV. "What the IVF industry is doing is creating a population of sick babies (...) that is impacting all society," "If it's so obvious the practice is doing harm, why do people still do it? I haven't got the answer to that." (Dr. John Barrett. Conferencia ante la Canadian Fertility and Andrology Society Conference).

La FIV provoca que:

Los mellizos mueran al nacer, en una proporción de 4 a 1 con relación a los concebidos normalmente.

25% de los mellizos deben permanecer por lo menos 18 días en la UCI.

75% de los trillizos deben permanecer 30 días o más en la UCI.

El riesgo de lesión cerebral es 4 veces mayor para los mellizos y 17 veces más alto para los trillizos.

La mujer que espera mellizos tiene 2.6 más posibilidades de padecer presión alta.

4.4 El Decreto Ejecutivo N° 24029- S

Hasta que la CIDDHH expidió la resolución en el caso Artavia, Costa Rica prohibía la práctica de la FIV. De lo actuado en el expediente, se desprende que en los países de la región esta práctica es aceptada, de hecho no hay regulaciones normativas específicas sobre la FIV. De esta constatación, la Corte salta a la conclusión que "(...) 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."

En resumen, el núcleo del problema materia de la *litis* ante la CIDDHH es la interpretación de la vigencia del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos ante la eliminación de embriones humanos. La posición de Costa Rica no puede ser más nítida: la eliminación de vidas humanas constituye flagrante violación del derecho a la vida. Pero la CIDDHH evade el tratamiento de este problema. La evasión conducirá a resultados tan inesperados como la inflexión jurisprudencial experimentada por la Sentencia en cuanto a la interpretación de ese artículo.

Para arribar a la inflexión, la CIDDHH llega a afirmar que "(...) 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."

De esta inferencia, la CIDDHH llega a otras igualmente sorprendentes:

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

La Corte acude al concepto de la necesidad del "adecuado balance de posibles derechos en conflicto." A cualquier peruano le espantaría aplicar cualquiera de estas inferencias a los luctuosos casos de terrorismo de Estado que acongojaron el país en las últimas décadas del S. XX. Pero la CIDDHH invoca tal concepto para interpretar los alcances de la cláusula "en general, desde la concepción" (artículo 4.1 de la Convención) para estimar que todo intento por proteger el derecho a la vida debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre. Para el caso en cuestión, la CIDDHH hace el parangón entre el derecho a la vida y los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Coloca entre estos últimos, aunque sin establecer un nexo claro, la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida. Agrega que esta decisión también afecta la autonomía y la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. (...)

Confrontados estos derechos, la CIDDHH sostiene que el derecho a la vida humana puede ser restringido (en este caso, anulado) por los Estados siempre que los otros derechos (en este caso el supuesto derecho a la FIV) persiga "un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad". Más aún, el "derecho absoluto a la vida del embrión" como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana (supra párr. 264).

Con estos argumentos, la CIDDHH se exonera de la ímproba obligación de un analizar cada uno de dichos requisitos. También se exonera de la obligación de congruencia que tienen todos los jueces: valorar los argumentos de la resolución de la Corte Suprema denunciada, es decir la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la violación del principio de la reserva de ley en que incurrió el

Ministerio de Salud al expedir un decreto que dejaba sin efecto el derecho a la vida del embrión humano. Para que no quede duda, la CIDDHH sostiene que es desmedida la protección de la vida del embrión con relación al sacrificio de la privación del derecho a la FIV.

La CIDDHH insiste en vincular, sin explicar cómo, el supuesto derecho a la FIV con los derechos a la vida privada y a fundar una familia y en confrontar estos derechos con el derecho a la vida humana. Para efectuar esta ponderación, sostiene, se debe analizar:

- El grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada;
- La importancia de la satisfacción del bien contrario, y
- Si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

La CIDDHH sostiene es lícito sacrificar vidas humanas en aras de la defensa de la FIV. El sustento es original: acudir al cirujano es una afectación al derecho a la intimidad, puesto que exige exponer aspectos que hacen parte de la vida privada del paciente; y trae a colación la situación de una de las denunciadas, la señora Carro Maklouf expresó que sintió “una indescriptible intromisión a su vida privada” y recalcó que para sus otros hijos “también era una ilusión tener un hermanito, ya que ellos eran adultos”.

En segundo lugar, insiste en que es lícito sacrificar vidas humanas cuando se trata de evitar la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas. Tal fallo se sustenta en que se verifica que la prohibición de la FIV afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV, (...) En dudosa defensa de tan singular argumento, la misma CIDDHH alude confusamente a la denunciante señora Arroyo Fonseca, “quien había intentado varias inseminaciones y quien a la postre pudo tener hijos, manifestó que en su momento “no tuvo la oportunidad de superar su problema de infertilidad con una técnica de reproducción asistida que en ese momento le hubiera permitido tener más hijos”. Con lo que, al paso, la CIDDHH confirma la falsedad de la alegación de infertilidad. Aunque la infertilidad, aún si es cierta y definitiva, jamás podría justificar la aniquilación de una vida humana.

En tercer lugar, la CIDDHH desdeña el impacto psicológico en cada uno de los progenitores, que puede tener la privación de la vida de sus embriones, por decisión de esos mismos progenitores. Pero sí menciona que se vio afectada la integridad psicológica de los denunciados al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que, según afirma la CIDDHH, hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada; afectación que justificaría la aniquilación de las vidas de sus embriones. Lo confuso de la resolución internacional se afianza con la mención que se hace de la afirmación de la señora Artavia Murillo quien declaró que la decisión

estatal “llevó al fracaso de su relación matrimonial por las depresiones que sufrieron a raíz de tal prohibición (FIV) tanto de su ex marido como las suyas siendo esto que lo mejor fuera que termináramos la misma, dejando aun una herida más grande, y con un daño moral incalculable”. El menosprecio de la institución de la familia en que incurren denunciantes y juzgadores es de difícil explicación.

En un cuarto sustento del fallo internacional, se alude a la posible discriminación indirecta en que Costa Rica habría incurrido en el presente caso, en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, supuestamente en contra de los denunciantes quienes habrían sufrido una interferencia severa en relación con la toma de decisiones. Aunque debe tenerse en cuenta que la prohibición de matar embriones era *erga omnes*.

Es notable que, aún con este acervo argumental, la CIDDDHH elude expresamente su obligación de pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que, como cualquier otro Estado, cuenta con un margen constitucional de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Corte Suprema.

Como resultado de este análisis, en su fallo, la CIDDDHH:

- Reprueba en primer lugar la protección que confiere Costa Rica al derecho a la vida humana;
- En segundo término acusa a Costa Rica de haber priorizado el derecho a la vida sobre un supuesto derecho a aniquilar embriones humanos;

Por tanto, la Corte concluye que Costa Rica partió, -erróneamente- 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. Por todo lo cual, la CIDDDHH declara -por cinco votos a favor y uno en contra- que Costa Rica, al defender la vida de los embriones humanos, ha incurrido en la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los denunciantes.

Al respecto, la Sentencia señala que procede, como primer asunto de fondo, “a determinar el alcance de los derechos a la integridad personal y a la vida privada y familiar, en lo relevante para resolver la controversia”.

Y posteriormente indica que “el objeto del presente caso se centra en establecer si la sentencia de la Sala Constitucional generó una restricción desproporcionada de los derechos de las presuntas víctimas”.

La Sentencia se está, evidentemente, refiriendo a la Resolución del 15 de marzo de

2000 de la Sala Constitucional de su Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, en adelante la Resolución, por la que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, del 3 de febrero de 1995, que reglamentaba la Fertilización in Vitro, por infracción al artículo 4.1 de aquella (“Derecho a la Vida”).

Sobre el particular, la Sentencia expresa que “al comprobarse que existió una injerencia tanto por el efecto prohibitivo que en general causó la sentencia de la Sala Constitucional, así como el impacto que lo anterior produjo en las presuntas víctimas en el presente caso, la Corte considera que es necesario entrar a analizar si dicha injerencia o restricción se encuentra justificada” y por eso “estima pertinente analizar en detalle el argumento principal desarrollado por la Sala Constitucional:

Que la Convención obliga a efectuar una protección absoluta del "derecho a la vida" del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones”, añadiendo posteriormente que, “analizará si la interpretación de la Convención que sustentó las injerencias ocurridas es admisible teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional pertinentes”.

Por tal razón, el asunto de autos no consiste como lo plantea la Sentencia, sino a la inversa.

Efectivamente, considerando las normas consuetudinarias aplicables, en el presente caso se trata de determinar, a la luz de lo previsto en la Convención, si la citada Resolución es internacionalmente lícita o, por el contrario ilícita, lo que implica contrastar, antes que nada, dicho acto estatal con la obligación internacional por él mismo aducida como su justificación, es decir, el citado artículo 4.1, y solo una vez dilucidada esta cuestión se podría abordar la conformidad de la misma con lo contemplado en los señalados artículos 5.1, 11.2, 17.2 y 24.

De manera, entonces, que resultaba más lógico que la Sentencia en comentario hubiese entendido y tratado el presente caso fundamentalmente como una posible violación del señalado artículo 4.1 y no como lo hace⁴².

Al proceder como ha hecho, la Sentencia no solo sigue la lógica procesal y argumental que legítimamente plantearon la Comisión y los Representantes, muy acorde a sus respectivos intereses y roles procesales, por lo demás, sino que de esa forma en definitiva y en la práctica minimiza o subordina todo lo referente al “derecho a la vida” ante los otros mencionados derechos. En tal perspectiva de

⁴² El Art.2 de la Convención establece el: *“Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”*

análisis del caso por la que se opta en la Sentencia, tiene un efecto práctico muy relevante, puesto que conduce, en última instancia, a privilegiar esos derechos por sobre el “derecho a la vida”.

b.- “Y, en general”.

Con relación al sentido y alcance de las palabras “y, en general” que utiliza el mencionado artículo 4.1, habría que tener presente, por de pronto, que la Convención no le da a dicho término un “sentido especial, por lo que habría que recurrir al “sentido corriente” de los mismos. Entre las acepciones que comprende el sentido corriente de la palabra “general”, que son las mismas en el época de la suscripción de la Convención y aún hoy, se hallan las de “común, frecuente, usual” y “común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente” y entre los significados de los términos “en general” están los de “en común, generalmente” y “sin especificar ni individualizar cosa alguna.”

Para comprender la magnitud del precedente que establece esta sentencia de la CIDDH, es pertinente transcribir sus párrafos finales⁴³:

“... 314. Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar 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. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica.

En contraste, el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural. La Corte resalta que el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal (*supra* párr. 264).

Por tanto, la Corte concluye que la Sala Constitucional 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.

⁴³ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios. Además, teniendo en cuenta estas conclusiones sobre la ponderación y lo ya señalado respecto al artículo 4.1 de la Convención (*supra* párr. 264), 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 Constitucional⁴⁴.

5. Conclusión final sobre el fondo del caso

Tal vez, las futuras generaciones puedan sopesar la indiferencia o la complacencia con que la actual ha recibido esta inflexión jurisprudencial; pese a la crudeza con la que la CIDDHH declara "... la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Viktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón P., Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza..."⁴⁵.

Pero la CIDDHH ha utilizado cada posibilidad para hacer más cruda la inflexión jurisprudencial y ha condenado a Costa Rica, como Estado infractor, responsabilizándolo por una "violación de una obligación internacional" por haber cumplido su obligación de promover y defender el derecho a la vida humana. En tal sentido le impone la ejecución de medidas de rehabilitación psicológica, medidas de satisfacción: publicación de la sentencia, garantías de no repetición, medidas estatales que no impidan la práctica de la FIV.

La sentencia llega al extremo de apercibir a Costa Rica, recordándole que "debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las ocurridas y, por eso, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro(...)"⁴⁶ Por lo tanto, Costa Rica deberá adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto, "con la mayor celeridad posible" la prohibición de practicar la FIV; regular, "a la brevedad", los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV (...); e implementar la disponibilidad de la FIV en la Caja Costarricense de Seguro Social.

La CIDDHH no se detiene allí. Su sentencia condena de costas y gastos: US\$ 10.000 a favor del representante Gerardo Trejos; la cantidad de US\$ 2.000 a favor del

⁴⁴ Alegatos finales escritos del Estado (expediente de fondo, tomo XI, folio 5314).

⁴⁵ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

⁴⁶ *Ibidem*.

representante May y la cantidad de US\$ 3.000 a favor del representante Molina. Y por concepto de Indemnización compensatoria, condena al pago, por daño material, de mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de cada una de las supuestas víctimas. Por daño inmaterial "(...) en atención a los sufrimientos ocasionados a las víctimas, así como el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron, la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de veinte mil dólares para cada una de las víctimas..."⁴⁷.

La sentencia también estipula que Costa Rica debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas.

Costa Rica también es condenada a rendir al Tribunal, dentro del plazo de un año, un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma. Previendo cualquier conducta díscola del Estado condenado, "(...) la Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma"⁴⁸.

6. Epílogo

El argumento central de la sentencia de la CIDDDHH expresa mejor que ningún otro argumento las alegaciones de las tiranías que acuden a los crímenes del terrorismo de Estado para acabar físicamente con sus adversarios.

El voto disidente en la sentencia de la CIDDDHH en el caso Artavia contra Costa Rica corresponde al señor Juez Eduardo Vio Grossi. Su voto, en contraste con el voto mayoritario, sí considera a cabalidad su obligación de defensa y promoción de los derechos humanos. El voto en su parte final sintetiza su posición:

7. Consideraciones finales

Al dar las razones, como se ha hecho precedentemente, por las que no se comparte la Sentencia, se procura al mismo tiempo poner de relieve la importancia que tiene un asunto como el de autos, en donde está en juego nada menos lo que se entiende por "derecho a la vida" y cuando esta última comienza.

En rigor, en ello se ponen en juego no solo concepciones jurídicas, sino también filosóficas, morales, éticas, religiosas, ideológicas, científicas y de otros órdenes, todas las cuales muy legítimamente concurren, en tanto fuentes materiales del Derecho Internacional, a la formación de la correspondiente norma jurídica, la que,

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ *Ibidem.*

empero, luego solo tiene que ser interpretada acorde a las fuentes formales del Derecho Internacional.

Y en el ejercicio de esa función interpretativa, indudablemente que la Corte tiene limitaciones. Ya otros tribunales han resaltado la dificultad de la tarea y aún la improcedencia de que tenga que ser un órgano jurisdiccional el que resuelva algo más propio, aunque no exclusivo, de la ciencia médica y respecto del cual, incluso en ese ámbito, aún no se logra un consenso.

Ahora bien, pese a esas dificultades y en cumplimiento de su mandato, la Corte ha debido dirimir la controversia planteada. Ello, sin embargo, no exime en lo más absoluto a los Estados de cumplir, su turno, el suyo, cual es, en la especie, ejercer la función normativa que les corresponde en este caso, regulándolo conforme lo consideren. De no hacerlo, se corre el serio riesgo, como en alguna medida acontece en autos, no solo de que la Corte incursione en temas de esta naturaleza, los que, por lo mismo, reclaman un pronunciamiento más político, sino también que se vea obligada a asumir dicha función normativa, desnaturalizando su función jurisdiccional y afectando así el funcionamiento de todo el sistema interamericano de derechos humanos⁴⁹.

Pero es necesario retrotraerse a los antecedentes del Derecho europeo para escudriñar los orígenes de la declinación y el abandono en que se ha sumido la defensa y promoción del derecho a la vida. La sentencia del caso Lüth, ya citada en párrafos anteriores, enlaza tres ideas que han marcado fundamentalmente el derecho constitucional.

La primera es que la garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en la de clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado: los derechos fundamentales encarnan, como dice el Tribunal Constitucional Federal, “también un orden de valores objetivos”; al respecto se discutió qué entendió el tribunal por “orden axiológico objetivo”. Más adelante, él habla simplemente de “los principios (...), que adquieren expresión en los derechos fundamentales”; se puede partir de esto y decir que la primera idea básica del caso Lüth consiste en que los derechos fundamentales no solo tienen el carácter de reglas sino también el de principios.

La segunda, estrechamente vinculada con la primera, es que los valores o principios ius fundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, “para todos los ámbitos del derecho”.

Lo expresado lleva a un “efecto de irradiación” de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico; los derechos fundamentales se vuelven ubicuos. La tercera idea resulta de la estructura de los valores y los principios: unos como otros

⁴⁹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

tienden a colisionar. Una colisión de principios solo puede resolverse por ponderación; el mensaje más importante de la sentencia del caso Lüth para la vida jurídica cotidiana dice entonces: “por tanto, una ‘ponderación de bienes’ será necesaria”.

El Tribunal Constitucional Federal ha siempre avanzado el camino que tomó con la decisión del caso Lüth. Con todo esto, bajo el punto de vista metodológico, el concepto capital es el de ponderación; en vez de oponerse una teoría amplia y comprensiva a otra estricta, podrían confrontarse un modelo ponderativo y otro de subsunción. Esto permite formular las siguientes preguntas: ¿cuál de ambas teorías conduce a más racionalidad en el juicio constitucional? ¿La que requiere una subsunción o la que exige una ponderación?

Con la Sentencia se produce, empero, un notable cambio o quiebre con la recién indicada jurisprudencia y ello en tres sentidos. Uno, en cuanto a limitar el alcance de lo que hasta ahora había ella señalado, el otro en relación con la aplicación del artículo 4.1 en cuestión al presente caso y el tercero en cuanto a las interrogantes que no resuelve o responde.

Tal vez no es demasiado tarde para volver a invocar el principio de interpretación más favorable al objeto y fin del Tratado. Téngase en cuenta que la Sentencia, ante la indiferencia o la complacencia mayoritarias, acude a la regla del objeto y fin del tratado a los efectos de demostrar que el derecho a la vida desde la concepción no es absoluto. Al respecto afirma que “el objeto y fin del artículo 4.1 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”⁵⁰.

Parafraseando el texto del voto disidente, se debe repetir que no se puede estar más en desacuerdo con esta apreciación. El objeto y fin del artículo 4.1., visto conforme al principio de buena fe, a los términos del tratado y en el contexto de éstos, no puede ser otro que, efectivamente, la ley proteja el derecho de “toda persona (...) a que se respete su vida y, en general, a partir de la concepción”, vale decir, que efectivamente se proteja ese derecho de toda persona, incluido, por tanto, el del concebido o no nacido aún. Pero, aún hay lugar a la esperanza, en la sabiduría de las personas humildes y transparentes; y en la misericordia que es la irrupción de otro criterio, de un criterio nuevo: mucho más allá de los cálculos, de los razonamientos humanos sobre la justicia. Como lo ha proclamado el Papa Francisco: “La compasión vence la globalización de la indiferencia. Practicar obras de misericordia es la piedra de parangón de los cristianos”⁵¹.

⁵⁰ www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf

Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*

⁵¹ Papa Francisco EL NOMBRE DE DIOS ES MISERICORDIA, en <http://www.planetadelibros.com/el-nombre-de-dios-es-misericordia-libro-208702.html>

8. Bibliografía

- Pacto de San José de Costa Rica*. San José, 1969, en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- SENTENCIA expedida por Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012): *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica*, en: http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/ficha.cfm?nId_Ficha=235&lang=en
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica*, 2012, en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf
- ALEXY, Robert. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11 (2009), en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- SENTENCIA de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica*, University of Perugia, 2012, en: https://diritti-cedu.unipg.it/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=420&Itemid=160
- La ONU se ampara en un derecho falso: Dile a la ONU que el aborto no es un derecho humano*, 2016, en <http://www.hazteoir.org/vida/alerta/89792-no-dejes-que-aborto-sea-un-derecho-humano>
- SENTENCIA de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica*, 2012, en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- PINTO, Mónica. *El principio pro homine. "Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos"*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Boletín N° 121, 2015, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>
- PAPA FRANCISCO. *La corrupción es un mal más grande que el pecado*, 2016, en <https://www.aciprensa.com/noticias/papa-francisco-la-corrupcion-es-un-mal-mas-grande-que-el-pecado-34503/>
- RATZINGER, Joseph. *Donum Vitae: Sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. Sección II, números. 4, 5-8; Roma, 1987, en http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html
- PAPA FRANCISCO. *El nombre de Dios es misericordia*. Roma, Planeta Testimonio, 2016, en: <http://www.planetadelibros.com/libro-el-nombre-de-dios-es-misericordia/208702>