

DISCURSO JURÍDICO VERSUS CIENCIAS BIOLÓGICAS Y GENÉTICAS (A PROPOSITO DE UN FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CONTRA ESTADO DE COSTA RICA SOBRE FECUNDACION IN VITRO)¹

Eduardo Martín Quintana²

1. Antecedentes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo lugar a una denuncia de la Comisión Interamericana de D.H. condenando (28/11/2012) a Costa Rica a dejar sin efecto la prohibición que rige en ese Estado respecto a la fecundación in vitro (FIV), extendiendo la sanción a otras medidas de control y al resarcimiento de los afectados que habían interpuesto sus reclamos ante el organismo internacional.

El origen de la controversia tiene su primer antecedente en el decreto 24029-S, de fecha 3 de febrero de 1995, que aprobó el Reglamento para la Técnicas de Reproducción Asistida que incluía la *fecundación in vitro*. Contra este decreto se promovió una demanda de inconstitucionalidad fundada en la ley constitucional de dicho Estado y en tratados internacionales, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial su artículo 4° según, el cual “toda persona tiene derecho a que se respete su vida en general a partir del momento de la concepción” y en el art. 1°, inc. 2° al sostener que “a los efectos de la Convención, persona es todo ser humano”. En base a estos y otros argumentos, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, concluyó que las prácticas de *fecundación in vitro* atentan claramente contra la vida y dignidad del ser humano y por tanto anuló el decreto antes mencionado, prohibiendo esos tratamientos.³

¹ Publicado en www.eldial.com, Editorial Albremática S.A., 14 de febrero de 2013.

² Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor consulto U.B.A. y Profesor titular U.C.A.

³ El fallo se encuentra publicado en El Derecho, con comentario de Mariano Morelli, “La *fecundación in vitro* condenada en juicio”, el 30 de octubre de 2001.

La sentencia de la Sala Constitucional se apoya en dos claves decisorias: a) el comienzo de la vida humana, se inicia con la concepción y por ende de acuerdo a la Convención, el embrión es persona desde ese momento; b) la comprobada incidencia letal o lesiva de las técnicas de *fecundación in vitro* (o extracorpórea) en la vida de los embriones así concebidos. Según se acreditó en dicha causa, este tipo de técnica provoca la mortandad de aproximadamente el 75% de los embriones así concebidos, sin perjuicio que aquellos que son congelados perecen en un 50%, lo que eleva los decesos a un porcentaje elevadísimo, sin perjuicio de las diversas lesiones que comúnmente se ocasionan.

Frente a esta sentencia en el año 2001 varias personas afectadas por la prohibición se presentaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando a Costa Rica. La Comisión aceptó la denuncia y en 2010 elaboró un informe, sosteniendo que la prohibición constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar, al derecho a procrear y una violación al derecho de igualdad, todos ellos protegidos por la Convención. Recomendó al Estado dejar sin efecto la prohibición de la fecundación in vitro lo que no fue acatado. En consecuencia, la Comisión presentó la acción ante la Corte Interamericana, que como se expresó al comienzo, condenó a Costa Rica por violación a diversos artículos de la Convención americana de Derechos Humanos.

El decisorio de la C.I.D.H. dispone, en sus lineamientos fundamentales que Costa Rica, a) “debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente sentencia”; b) debe informar periódicamente sobre la implementación de tales medidas y debe incluir en las técnicas FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. C) también el Estado es condenado a indemnizar a los actores por la frustración de sus intereses.

2.Fundamentos del fallo de la C.I.D.H.

Atento la trascendencia jurídica sobre del inicio de la existencia de la persona humana, este comentario se circunscribirá al análisis y crítica de las conclusiones de la sentencia respecto ese tema. Los argumentos de la Corte se fundan por una parte, en que la Sala Constitucional del Estado ha interpretado incorrectamente el significado del término “concepción”, mencionado en el artículo 4° de la Convención Americana y por otra parte que el artículo 11° (entre otros) requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar y prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias.

En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Agrega que a vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico. Por tanto la prohibición de recurrir a la fecundación in vitro supone cercenar este derecho.

Los argumentos fundados en el derecho a la privacidad, formar familia, procreación y similares quedan subordinados a dilucidar **el inicio de la existencia de la persona humana**, pues resulta obvio que aquellos derechos dejan de ser tales, si para su realización fuese necesario incurrir en homicidios múltiples.

Científicamente se encuentra fehacientemente acreditado que la *fecundación in vitro* conllevan necesariamente la muerte de la mayor parte de los embriones así “producidos” y en consecuencia, para no violar los arts. 1° y 4° de la Convención Americana, era preciso modificar el significado del término “concepción” que hasta ahora, jurídicamente, se identificaba con la fecundación o sea la unión del espermatozoide y el óvulo. El fallo procede a realizar una “mutación semántica” (**en esto radica su “originalidad”**) ya que concluye, en que la concepción ya no es más la fecundación sino la “implantación” del embrión en el útero. Para arribar a esta conclusión, la sentencia sigue

una hermenéutica sobre el significado de las palabras “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general” conforme los siguientes *estándares*: “buena fe”, “el sentido que debe atribuirse a los términos del tratado en los términos de su contexto” y el objeto y fin de la Convención, el cual es “la eficaz protección de la persona humana”. Como expongo en las observaciones, no se advierte donde se encuentra en el fallo tal protección, a menos que por persona humana se refiera a los adultos que inician la acción, pero obviamente se desprotege a las personas en estado embrionario.

Agrega que la interpretación se realizará: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva y iv) del objeto y fin del tratado. Resulta llamativo que en el considerando 174 respecto al punto 2 del art. 1° de la Convención Interamericana de D.H.: “*Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano*”, además de subrayarlo, agrega entre paréntesis “Añadido fuera del texto”, sin brindar ninguna explicación a tal aserto, con el propósito obvio de entenderlo como un “añadido”.

El núcleo argumental de la Corte se consolida con la distinción entre “concepción” como fecundación del óvulo y “concepción” como implante ⁴ señalando claramente las diferencias y por los motivos que siguen opta por la segunda. Los motivos que llevan a decidirse en el segundo sentido, aún reconociendo la variedad de posiciones científicas, son claramente de orden historicista y procedimental.

Historicista, en cuanto esta corriente de pensamiento tiene uno de sus pilares en la creencia ideológica que el curso de la historia siempre implica un progreso y este se manifiesta en que lo “actual” siempre es preferible a lo “antiguo”, como lo ha desenmascarado hasta con ironía Vattimo, quien se ocupa también de demostrar no sólo la

⁴ La Corte observa que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término “concepción”. Una corriente entiende “concepción” como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión, (*cons.180*).

vacuidad de esta postura, la cual paradójicamente ya ha dejado de ser actual.⁵ Procedimental, en tanto opuesto a substancial, ya que el procedimiento utilizado mediante la *fecundación in vitro* mutaría el significado de la cosa significada. En efecto, la sentencia sostiene que “el Tribunal hace notar que la prueba en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de “la concepción”. En efecto la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer”. (*cons. 179*)

En consecuencia, para los jueces, la concepción no se identifica con la “fecundación” sino con la “implantación expresando” que, “la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. *El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción.* Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo”. (*cons. 186*). En consecuencia, para la Corte la personalidad del ser humano en su estado embrionario depende de la madre, sin que tenga relevancia su entidad biológica y por ende ontológica y jurídica.

3.Observaciones críticas.

3.1.La Corte no ignora los fundamentos de la ciencia empírica, que afirman concluyentemente que “la palabra **concepción** es un término médico científico y que ha sido interpretado en el sentido que se produce con la fusión entre óvulo y espermatozoide” y que “la **vida humana inicia** en la fusión espermatozoide-óvulo, un momento de

⁵ Vattimo Gianni, *La sociedad transparente*, Paidós, Barcelona, 1996.

concepción observable” (*cons.182, la negrita pertenece al autor de este comentario*). Luego menciona las posiciones que niegan lo anterior, difiriendo el comienzo de la personalidad a momentos posteriores (*cons.183 a 186*) y es en este último considerando donde se decide según “prueba científica”, identificando de la “concepción” con el “implante”. Sin embargo no se añaden argumentos que clarifiquen la racionalidad de tal aserto, pues también conforme a lo mencionado precedentemente, en la causa se han aportado otros argumentos de prueba a favor de la concepción como inicio de la vida humana.

3.2.Gravísima y lamentable distinción entre “seres humanos” y “personas humanas”.

La lucha por el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana tiene una larga historia que no es del caso detallar aquí. Sin embargo, hace décadas que se observa un marcado retroceso en cuanto al desconocimiento del derecho a la personalidad y por ende a la vida del no nacido, que se ha extendido también al no implantado. No hace falta ser demasiado sutil para darse cuenta que los que deciden sobre la vida ajena, en este caso, tienen más poder que aquellos a los que se les desconoce su ingreso al mundo “de los derechos”. La Corte en ningún momento niega que los embriones concebidos “in vitro” son seres humanos, pero concluye que no son personas humanas, olvidándose así de lo dispuesto por el art.6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, además de lo dispuesto en la Convención Americana de D.H.

Hace ya quince años, Roberto Andorno publicó un trabajo cuyo título era una pregunta, cuya respuesta afirmativa parecía obvia, “¿Todos los seres humanos son personas? (El derecho ante un debate emergente)”⁶. Hoy esa respuesta ha sido corroborada por las ciencias biológicas y genéticas hasta el hartazgo,⁷ pero a la vez, lamentablemente,

⁶ Andorno Roberto, *¿Todos los seres humanos son personas? (El derecho ante un debate emergente*, El Derecho, 4 de febrero de 1998, n°9435.

⁷ Entre tantos otros científicos puede citarse a Natalia Lopez Moratalla: “La dotación genética del cigoto es mucho más que la suma del material genético aportado por cada uno de los gametos de los progenitores. Es el genoma de un nuevo individuo en situación de arranque para vivir. Los procesos epigenéticos que ocurren durante el tiempo de la fusión de los gametos ponen en marcha el reloj de arena de la vida de un nuevo ser” “*El embrión humano como individuo: una visión epigenética*”, en “La humanidad in vitro”, Jesús Ballesteros,

la ciencia jurídica ha ido en sentido contrario o sea en un retroceso que presagia un debilitamiento alarmante en el tema de los derechos fundamentales y el estado de derecho en general. En esta línea carece de fuerza científica la referencia a que el reconocimiento de la personalidad depende, en última instancia de la madre, pues el argumento esgrimido radica en que es ella la que nutre y desarrolla al embrión y que sin ese soporte se produciría su muerte. Si bien la premisa es verdadera, la conclusión es falsa pues siguiendo este pensamiento, el niño recién nacido y mucho tiempo después, tampoco sería persona, pues es un ser viviente que depende en forma total de terceros.

3.3. Ausencia de valoración de todas las consecuencias nocivas consecuencia de la técnica de fecundación *in vitro*.

La aplicación de la *fecundación in vitro*, trae aparejada consecuencias letales, que la ciencia luego de treinta años no ha logrado superar. Tampoco se ha valorado el grave problema que significa los embriones eufemísticamente llamados “sobrantes” destinados a dudosos resultados terapéuticos, o la experimentación con distintos fines, como su uso para probar la eficacia de nuevas técnicas contraceptivas o abortivas; el análisis de las propiedades de las células madres de embriones fecundados *in vitro* y la posibilidad de su empleo para trasplantes terapéuticos en otros pacientes; la investigación sobre las posibilidades de utilización de otros tejidos germinales o de órganos; la puesta a punto de técnicas de diagnóstico genético preimplantatorio sobre embriones fecundados *in vitro* antes de la transferencia a las vías genitales de la mujer⁸, a lo que cabe añadir la selección embrionaria en búsqueda del embrión histocompatible con un hermano mayor. De estas intervenciones la mayoría acarrearán la muerte del embrión y otras ponen en grave

Coordinador, Editorial Comares, Granada 2002 y también Gloria Tomas y Garrido, Doctora en Farmacia y Bioquímica, Murcia: “lo que se transmite de padres a hijos en la fecundación es la información genética contenida en el soporte material que son los cromosomas de los gametos. La fecundación es así el comienzo y desarrollo del nuevo organismo y comporta una serie de eventos e interacciones celulares que permiten el encuentro entre el espermatozoide y el ovocito para la formación del cigoto o embrión en estado de una célula, el nuevo individuo de la especie humana.”, “*El estatuto científico del embrión*”, en *Bioética personalista, ciencia y controversia*”, Tribuna, Siglo XXI, Madrid 2007

⁸ Di Pietro María Luisa, *Sexualidad y procreación humana*, Educa, 2005, Buenos Aires, págs. 202-203. La autora es médica especializada en endocrinología, integrante del Comité Nacional de Ética en Italia y Profesora de varias universidades entre ellas la Universidad Lateranense, Roma.

riesgo para su salud y sobrevivencia, sin perjuicio de su selección eugenésica como lo has desarrollado en la obra “Derecho y Eugenesia” el Dr. Sambrizzi.⁹ Hay que añadir que el mayor interés científico y empresarial, no es la infertilidad sino la producción de células embrionarias *stem o madres*, con presunto uso terapéutico sobre adultos.¹⁰

Muy distinta a la conclusión de la sentencia de la Corte Interamericana ha sido la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (Luxemburgo) ya que si bien difería el tema a decisión, pues se trataba de una controversia sobre patentabilidad, el fondo del asunto guarda analogía con el aquí comentado, pues se debía decidir sobre el status jurídico de la vida embrionario. El Tribunal europeo deja de lado la teoría de la “implantación” y se inclina por la fecundación como inicio de la vida otorgando plena protección al embrión humano prohibiendo su destrucción. Es de esperar que el precedente de la Corte Interamericana sea rápidamente olvidado, en aras del progreso de los derechos humanos, al menos de las personas humanas en su etapa embrionaria.

⁹ Sambrizzi Eduardo, *Derecho y Eugenesia*, EDUCA, Buenos Aires, 2004.

¹⁰ Informativo digital zenit 19/11/2007, www.zenit.org.