



Dikaion

ISSN: 0120-8942

revista.dikaion@unisabana.edu.co

Universidad de La Sabana

Colombia

CIANCIARDO, JUAN

La especificación del derecho a la vida del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos. Una aproximación desde el caso "Artavia Murillo"

Dikaion, vol. 25, núm. 2, 2016, pp. 160-189

Universidad de La Sabana

Cundinamarca, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72048894002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

**LA ESPECIFICACIÓN  
DEL DERECHO A LA VIDA  
DEL NO NACIDO EN EL  
SISTEMA INTERAMERICANO DE  
DERECHOS HUMANOS.  
UNA APROXIMACIÓN DESDE  
EL CASO “ARTAVIA MURILLO”**

**SPECIFICATION OF AN UNBORN’S RIGHT  
TO LIFE IN THE INTER-AMERICAN HUMAN  
RIGHTS SYSTEM. AN APPROXIMATION  
BASED ON THE ARTAVIA MURILLO CASE**

**A ESPECIFICAÇÃO DO DIREITO À  
VIDA DO NÃO NASCIDO NO SISTEMA  
INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.  
UMA APROXIMAÇÃO A PARTIR DO CASO  
“ARTAVIA MURILLO”**

JUAN CIANCIARDO\*

\* [orcid.org/0000-0003-3719-2512](https://orcid.org/0000-0003-3719-2512). Universidad de Navarra, España.  
[jcianciardo@unav.es](mailto:jcianciardo@unav.es)

RECIBIDO: 29 DE JUNIO DE 2016. ENVÍO A PARES: 3 DE JULIO DE 2016.  
APROBADO POR PARES: 5 DE AGOSTO DE 2016. ACEPTADO: 21 DE SEPTIEMBRE DE 2016.

DOI: 10.5294/DIKA.2016.25.2.2

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO  
CIANCIARDO, JUAN. “LA ESPECIFICACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DEL NO NACIDO EN EL SIS-  
TEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. UNA APROXIMACIÓN DESDE EL CASO ‘ARTA-  
VIA MURILLO’”, EN *DIKAION*, 25, 2 (2016), PP. 160-189. DOI: 10.5294/DIKA.2016.25.2.2.

## RESUMEN

El objeto de este artículo es estudiar la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del derecho a la vida, a partir del análisis del caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, resuelto el 28 de noviembre de 2012, en el que la Corte declaró contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos la prohibición de técnicas de fecundación asistida vigente en Costa Rica, y obligó al Estado a incluir estas técnicas “dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud”. Se pone de relieve que las normas relacionadas con el caso le proporcionaban a la Corte distintas alternativas de solución lógicamente posibles, y que el tribunal se decantó por una de ellas sobre la base de razones que vale la pena cuestionar. Entre otros argumentos se discutirá que, como afirmó la Corte, los desacuerdos científicos en torno al valor de la vida no nacida impongan a los Estados sujetos a la Convención la obligación de aceptar la fecundación *in vitro* como una práctica lícita que deben promover.

## PALABRAS CLAVE

Derecho a la vida; derechos humanos; fundamento del derecho; principio de razonabilidad.

## ABSTRACT

The purpose of this article is to examine the position on the right to life taken by the Inter-American Court of Human Rights, based on an analysis of *Artavia Murillo et al. (in vitro fertilization) versus Costa Rica*. The case was decided on November 28, 2012 when the Court found the State had violated the American Convention on Human Rights by prohibiting assisted fertilization techniques and obliged the State to include them "in its infertility programs and treatments as part of health care". The article indicates the norms related to the case provided the Court with a number of logically possible alternative solutions, and the Court chose one of them based on questionable reasoning. Among other arguments, it discusses - as stated by the Court - the fact that scientific disagreements concerning the value of unborn life make it obligatory for those subject to the Convention to accept in vitro fertilization as a lawful practice they must promote.

## KEYWORDS

Right to life; human rights; basis of the right; principle of reasonableness.

## RESUMO

O objetivo deste artigo é estudar a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos com relação ao direito à vida, a partir da análise do caso *Artavia Murillo e outros (fecundação in vitro) versus Costa Rica*, resolvido em 28 de novembro de 2012, no qual a Corte declarou a proibição de técnicas de fecundação assistida vigente na Costa Rica contrária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e obrigou o Estado a incluir essas técnicas “dentro de seus programas e tratamentos de infertilidade em sua atenção de saúde”. Destaca-se que as normas relacionadas com o caso proporcionavam à Corte diferentes alternativas de solução logicamente possíveis, e que o tribunal decidiu por uma delas com base em razões que vale a pena questionar. Entre outros argumentos, serão discutidos que, como afirmou a Corte, as discordâncias científicas sobre o valor da vida não nascida imponham aos Estados sujeitos à Convenção a obrigação de aceitar a fecundação in vitro como uma prática lícita que devem promover.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito à vida; direitos humanos; fundamento do direito; princípio de razoabilidade.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. EL CASO; 1.1. LOS HECHOS DEL CASO; 1.2. LOS ARGUMENTOS DE LA MAYORÍA DE LA CORTE; 1.2.1. EL EJE DEL CASO: EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA; 1.2.2. LA PROHIBICIÓN DE LA FIV SUPUSO UNA INJERENCIA INJUSTIFICADA EN DERECHOS PROTEGIDOS POR LA CONVENCION; 2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA; 2.1. UN ABANICO DE ALTERNATIVAS LÓGICAMENTE POSIBLES; 2.2. UNA ELECCIÓN INJUSTIFICADA; 2.2.1. CRÍTICAS PUNTUALES A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA; 2.2.2. EL TRASFONDO: LAS RAZONES ÚLTIMAS DE LAS ELECCIONES DE LA CORTE; BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es estudiar la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del derecho a la vida. Me centraré en el análisis del caso “Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica”, resuelto el 28 de noviembre de 2012, en el que la Corte declaró contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos la prohibición de técnicas de fecundación asistida vigente en Costa Rica, y obligó al Estado a incluir estas técnicas “dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud” (X.4). Se procurará poner de relieve que las normas relacionadas con el caso le proporcionaban a la Corte distintas alternativas de solución lógicamente posibles, y que el tribunal se decantó por una de ellas sobre la base de razones que vale la pena cuestionar. Se discutirá, entre otros argumentos, que, como afirmó la Corte, los desacuerdos científicos en torno al valor de la vida no nacida impongan a los Estados sujetos a la Convención la obligación de aceptar la fecundación *in vitro* como una práctica lícita que deben promover. El caso ha recobrado actualidad a raíz de las denuncias interpuestas contra Costa Rica por incumplimiento de lo establecido por la Corte Interamericana, que dieron lugar a un nuevo fallo, esta vez sobre supervisión de cumplimiento de sentencia, el 26 de febrero de 2016.<sup>1</sup> Una de las críticas que se expondrán más abajo es que en el fallo de 2012 la Corte se extralimitó en su competencia. Esa extralimitación explica, quizá, la situación actual y la necesidad de la sentencia de este año. Como ya advertía Hamilton, un tribunal de justicia tiene entre sus más delicadas funciones la de no salirse de su margen de actuación,<sup>2</sup> entre otras razones porque cuando eso ocurre suele correr el riesgo de exponerse a un acatamiento poco fiel de lo que resuelve.

El análisis se hará partiendo del carácter perentorio que tiene la tarea de determinar o especificar el contenido de los derechos humanos si se pretende que sean un aporte efectivo al discurso jurídico. Como se ha afirmado, lo relevante de cara a resolver los problemas que se plantean en torno a los derechos humanos —o, dicho con otras palabras, lo importante a la hora de establecer hasta dónde llegan los derechos, cuáles son sus límites y de qué modo se relacionan con otros derechos y con los restantes bienes públicos— no es tanto qué facultades abstractas

1 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso “Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica. Supervisión de cumplimiento de sentencia”, sentencia del 26 de febrero de 2016.

2 Véase A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, LXXVIII; Véase, asimismo, Julio OYHANARTE, “Historia del Poder Judicial”, en *Todo es Historia* 61 (mayo de 1972), p. 90.

tienen sus potenciales titulares (en el caso, los demandantes) como hasta qué punto dan lugar a conductas permitidas, debidas o prohibidas.<sup>3</sup> En este caso, la Corte Interamericana se ocupó precisamente de eso, de especificar el contenido de una serie de derechos humanos reconocidos abstractamente en la Convención Americana de Derechos Humanos. El derecho especificado fue el derecho a la vida, concretamente lo referente a su titularidad. Sobre esta base conceptual, en el trabajo se abordarán, sucesivamente, el caso y su crítica. Esta última se dividirá en dos partes. En la primera se expondrán cinco razones con las que se pretende argumentar que la Corte Interamericana hizo una errónea interpretación de las normas aplicables; en la segunda se procurará realizar un diagnóstico acerca de las razones últimas que subyacen en esa interpretación.

## 1. EL CASO

### 1.1. Los hechos del caso

El caso no presenta mayores dificultades desde el punto de vista de los hechos, más allá de su extensa duración en el tiempo y los diversos avatares procesales que lo rodearon. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) pidió a la Corte Interamericana que se declarara la responsabilidad internacional de Costa Rica por prohibir de modo general la fecundación *in vitro* (en adelante, FIV), prohibición vigente en ese país desde el año 2000. Según describe la propia Corte en su sentencia,

...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 hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

La comprensión de la prohibición a la que se referían los demandantes requiere hacer algo de historia. El Decreto Ejecutivo 24029-S de 3 de febrero de 1995, dictado por el Ministerio de Salud costarricense, autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales y regulaba su ejecución. En el artículo 1 del Decreto se regulaba la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges y se establecían reglas para su realización. En el artículo 2, en tanto, se definían 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”.<sup>4</sup> En otros artículos del Decreto se establecía, entre otras cosas, lo siguiente:

3 Véase Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ, “Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral”, en *Revista Chilena de Derecho* (37) (2010), pp. 311-342.

4 Véase caso “Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica”, sentencia del 28 de noviembre de 2012, p. 68.

Artículo 9. En casos de fertilización *in vitro*, queda absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento.

Artículo 10. Todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes.

Artículo 11. Quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo.

Artículo 12. Queda absolutamente prohibido comerciar con células germinales —óvulos y espermatozoides— para ser destinados a tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean estas homólogas o heterólogas.

Artículo 13. El incumplimiento de las disposiciones aquí establecidas faculta al Ministerio de Salud para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento en el que se cometió la infracción, debiendo remitirse el asunto en forma inmediata al Ministerio Público y al Colegio Profesional respectivo, para establecer las sanciones correspondientes.

La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000 por el Instituto Costarricense de Infertilidad. En ese lapso nacieron quince costarricenses. La técnica fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de Costa Rica el 15 de marzo de 2000.<sup>5</sup> Este tribunal fundamentó su decisión en las siguientes razones:

- a) La Sala entendió que el Decreto violaba el principio de reserva legal. Según el tribunal, “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”. De acuerdo con lo anterior, la Sala concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el “derecho a la vida y a la dignidad del ser humano”, razón por la cual “[l]a regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resulta[ba] incompatible con el Derecho de la Constitución”.
- b) Al considerar que era aplicable el artículo 4.1 de la Convención Americana, la Sala Constitucional señaló que resultaba de trascendental importancia para el caso la definición del comienzo de la vida humana, pues debía definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en Costa Rica. El tribunal constató que existe sobre el punto un abanico de opiniones diferentes:

Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida.

---

5 *Idem*, 69.



[...] Señalan que antes de la fijación del pre-embrión este se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva —primer esbozo del sistema nervioso—; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. [...] Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como 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. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. [...] Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico.

- c) Según la Sala Constitucional, las prácticas de la FIV atentan “claramente” contra la vida y la dignidad del ser humano, puesto que: 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”; 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”.
- d) El Tribunal entendió que sobre Costa Rica pesaba la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que podía ser sometido en un laboratorio y contra todo atentado contra su existencia. Entre las normas que así lo establecían se encuentra el artículo 4 de la Convención Americana:

...este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho [a la vida] a partir del momento de la concepción [, además s]e 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.

- e) Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala Constitucional consideró que:

...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 esta 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. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la [FIV] implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos —voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de 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.

Contra esta decisión de la Sala Constitucional se interpuso un reclamo internacional que dio lugar al caso que estamos estudiando. Las normas en juego, cuya violación se afirmó, fueron los artículos 11.2,<sup>6</sup> 17.2<sup>7</sup> y 24<sup>8</sup> de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de ese instrumento internacional.<sup>9</sup> También se encontraba en juego el artículo 4.1, que establece lo siguiente:

- 
- 6 "Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".
- 7 Artículo 17. Protección a la Familia 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
- 8 Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.
- 9 "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Artículo 2. Deber de

“Derecho a la Vida. 1. 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”. Uno de los ejes de la discusión que se generó en el caso fue precisamente el lugar periférico que esta última norma ocupó en la argumentación del tribunal.

La Corte Interamericana, por mayoría, decidió hacer lugar a lo pedido por la Comisión. En concreto, resolvió, por cinco votos a favor y uno en contra, que:

1. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.
2. El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto, de conformidad con el párrafo 336 de la presente Sentencia.
3. El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente Sentencia.
4. El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente Sentencia.
5. El Estado 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, de conformidad con lo establecido en el párrafo 326 de la presente Sentencia.
6. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.
7. El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación,

---

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”.

dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en el párrafo 341 de la presente Sentencia.

8. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 373 del Fallo.
9. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.
10. 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.

El juez Diego García-Sayán elaboró un voto concurrente al que adhirió la jueza Rhadys Abreu Blondet, y el juez Eduardo Vio Grossi formuló una disidencia.

En el análisis del caso nos centraremos en los argumentos expuestos por la mayoría de la Corte, y dejaremos de lado los aspectos procesales.

## **1.2. Los argumentos de la mayoría de la Corte**

Corresponde, a continuación, hacer una breve descripción de los argumentos expuestos por la Corte Interamericana en su sentencia.

### **1.2.1. El eje del caso: el derecho a la vida privada**

La Corte consideró que: “el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas”.<sup>10</sup> ¿Cómo tratar ese entramado de derechos? A través del principio de proporcionalidad; según el tribunal: “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”.<sup>11</sup>

### **1.2.2. La prohibición de la FIV supuso una injerencia injustificada en derechos protegidos por la Convención**

- a) La sentencia de la Sala Constitucional interfirió en el derecho a la vida privada y familiar de los demandantes

En palabras de la Corte:

La sentencia de la Sala Constitucional implicó entonces que ya no se practicara la FIV en Costa Rica. Asimismo, dicha sentencia generó la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado algunas de las presuntas víctimas del presente caso,

<sup>10</sup> *Idem*, 144.

<sup>11</sup> *Idem*, 171.

mientras que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. Estos hechos constituyen una interferencia en la vida privada y familiar de las presuntas víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. La citada sentencia generó que las parejas tuvieran que modificar su curso de acción respecto a una decisión que ya habían tomado: la de intentar tener hijos por medio de la FIV.<sup>12</sup>

b) La injerencia o restricción fue injustificada

La Corte Interamericana consideró que la restricción en el derecho a la vida privada y familiar careció de justificación. Fundamentó su opinión en dos órdenes de razones.

En primer lugar, el tribunal entendió que el derecho a la vida que se reconoce en el artículo 4.1 de la Convención Americana no exige una protección absoluta del embrión. Con sus propias palabras:

La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.<sup>13</sup>

En segundo lugar, la Corte interpretó que la restricción carecía de justificación. Luego de recordar que

...este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad [sostuvo que] en el presente caso, la Corte ha resaltado que el “derecho absoluto a la vida del embrión” como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana [...], razón por la cual no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias

<sup>12</sup> *Idem*, 161.

<sup>13</sup> *Idem*, 264.

respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley.<sup>14</sup>

No obstante esta afirmación, la Corte “estima pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión”.<sup>15</sup> Para ello propuso una ponderación, basada en precedentes anteriores, resultante de 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”.<sup>16</sup> El resultado fue favorable a los intereses de los demandantes.

## 2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

### 2.1. Un abanico de alternativas lógicamente posibles

La Corte se enfrentó a la necesidad de establecer si en el sistema interamericano de derechos humanos: a) la “concepción” a la que se refiere el artículo 4.1. de la Convención Americana se produce con la fecundación, y por lo tanto el embrión tiene derecho a la vida desde ese momento, o si se produce después, con la implantación; b) los demandantes tienen derecho a las técnicas de reproducción asistida o se trata de una conducta prohibida, o meramente tolerada (y por tanto susceptible de ser prohibida por el Estado). En caso de que la respuesta a la primera pregunta fuese afirmativa, la Corte debía determinar si: c) la expresión “en general” que aparece en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: c’) permite que el Estado introduzca excepciones a la protección de la vida; c’’) no permite que el Estado introduzca excepciones; c’’’) obliga al Estado a introducir excepciones.

La Corte Interamericana consideró que:

- a) la concepción no se produce con la fecundación sino con la implantación;
- b) hay un derecho humano a emplear técnicas de reproducción asistida;
- c) al no tener el embrión no implantado derecho a la vida no corresponde aplicarle el artículo 4.1.;
- d) como consecuencia de todo lo anterior, la prohibición de las técnicas de reproducción asistida atenta contra el sistema interamericano de derechos humanos.

La Corte agregó a las afirmaciones anteriores las siguientes:

- e) el no nacido no es persona en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos;
- f) la Convención obliga a introducir excepciones a la protección de la vida.

---

<sup>14</sup> *Idem*, 273.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Idem*, 274.

El camino elegido no era el único que conducía al resultado final, aunque sí era el que lo hacía de modo más contundente. A continuación se presentará un cuadro en el que se sintetizarán las distintas posibilidades lógicas a las que da lugar el problema planteado si se lo enfoca desde el prisma que proporcionan las preguntas anteriores. La Corte eligió la alternativa doceava:

	<b>La concepción se produce con la fecundación</b>	<b>El acceso a las técnicas de reproducción <i>in vitro</i></b>	<b>La expresión "en general" del artículo 4.1.</b>	<b>Resultado</b>
1	Sí, y por lo tanto el embrión tiene derecho a la vida desde la fecundación	Es un derecho humano	Permite al Estado introducir excepciones	Rechazar la demanda, porque el Estado no ha introducido excepciones
2	No, y por lo tanto no se reconoce el derecho a la vida hasta la implantación	No es un derecho humano	No se aplica (permite)	Rechazar la demanda, porque no hay derecho a cambiar la política del Estado en la materia
3	Sí, y por lo tanto el embrión tiene derecho a la vida desde la fecundación	No es un derecho	Permite al Estado introducir excepciones	Rechazar la demanda, porque no hay derecho a cambiar la política del Estado en la materia
4	No, y por lo tanto no se reconoce el derecho a la vida hasta la implantación	Es un derecho humano	No se aplica (permite)	Hacer lugar a la demanda, porque pese a no estar obligado el Estado a introducir excepciones, debería haberlo hecho
5	Sí, y por lo tanto el embrión tiene derecho a la vida desde la fecundación	Es un derecho humano	No permite al Estado introducir excepciones	Rechazar la demanda, porque el Estado no puede introducir excepciones
6	No	No es un derecho	No se aplica (no permite)	Rechazar la demanda por no haber derecho a cambiar la política del Estado en la materia
7	Sí, y por lo tanto el embrión tiene derecho a la vida desde la fecundación	No es un derecho	No permite al Estado introducir excepciones	Rechazar la demanda por no haber derecho a cambiar la política del Estado en la materia
8	No, y por lo tanto no se reconoce el derecho a la vida hasta la implantación	Es un derecho humano	No se aplica (no permite)	Hacer lugar a la demanda
9	Sí, y por lo tanto el embrión tiene derecho a la vida desde la fecundación	Es un derecho humano	Obliga al Estado a introducir excepciones	Hacer lugar a la demanda o rechazarla, dependiendo del alcance que se le asigne a la obligación de establecer excepciones
10	No, y por lo tanto no se reconoce el derecho a la vida hasta la implantación	No es un derecho	No se aplica (obliga)	Rechazar la demanda por no haber derecho a cambiar la política del Estado en la materia
11	Sí, y por lo tanto el embrión tiene derecho a la vida desde la fecundación	No es un derecho	Obliga al Estado a introducir excepciones	Hacer lugar a la demanda o rechazarla, dependiendo del alcance que se le asigne a la obligación de establecer excepciones
12	No, y por lo tanto no se reconoce el derecho a la vida hasta la implantación	Es un derecho humano	No se aplica (obliga)	Hacer lugar a la demanda, porque pese a no estar obligado el Estado a introducir excepciones, debería haberlo hecho

Observemos el cuadro precedente. Las hipótesis 4, 8 y 12 son prácticamente idénticas, con una leve diferencia. Al identificarse la concepción con la implantación, el embrión no implantado no tiene derecho a la vida, y por tanto resulta abstracto preguntarse si el Estado podía, tenía prohibido o estaba obligado a introducir las excepciones a las que se alude en el artículo 4.1 de la Convención. Al no existir en esta alternativa un derecho en cabeza del embrión y sí existir un derecho en cabeza de quienes deseaban acceder a las técnicas de reproducción asistida, el Estado debía garantizar este derecho y, por lo tanto, estaba obligado a hacer lugar a lo que se demandó. También conducían al mismo resultado las hipótesis 9 y 11. En la primera, el embrión tiene derecho a la vida desde la concepción que se produce con la fecundación, pero los peticionantes tienen derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida y el Estado está obligado a introducir excepciones al artículo 4.1 de la Convención. En la segunda, el embrión tiene derecho a la vida, los peticionantes no tienen derecho a las técnicas, y el Estado está obligado a introducir excepciones al artículo 4.1. Situados en una u otra opción, el resultado de la demanda dependía de qué tan amplia fuera la obligación del Estado de introducir excepciones a lo establecido en el artículo 4.1. Si la obligación abarcase el admitir como excepción que alguien pudiera realizar técnicas de reproducción asistida, entonces habría que haber hecho lugar a la demanda. En el primer caso, tal extensión sería menos difícil de justificar que en el segundo, puesto que se habría reconocido antes la existencia de un “derecho” a las técnicas de reproducción.

El resto de las hipótesis posibles debería haber conducido a un rechazo de la demanda.

## 2.2. Una elección injustificada

Existía, en suma, un abanico de alternativas lógicamente posibles. La Corte eligió una de ellas e intentó justificar su elección. Lo hizo de modo llamativamente pobre. Hay dos deficiencias muy claras: a) el tribunal no tuvo en cuenta que cada una de las razones que dio es ambivalente, es decir, se podría haber elegido el argumento contrario sin que ello dejara espacio a una crítica fundada en la lógica jurídica o en la teoría de la interpretación; b) varias de las razones que expuso la Corte lo son solo aparentemente, porque la alternativa contraria disponible contaba a su favor con un respaldo argumentativo mejor o más atractivo.

La primera crítica debería haber llevado a la Corte a exponer las razones profundas de la elección. Esas razones, sin embargo, permanecieron implícitas, ocultas, incluso cuando se pretendió “ponderar”.<sup>17</sup> La segunda crítica, por otro lado, pone de manifiesto que varios de los argumentos que se expusieron en “Artavia” no superan el test de razonabilidad. En los dos puntos siguientes se examinarán, respectivamente, algunos déficit puntuales de la sentencia, derivados de la cons-

17 Sobre la conexión entre proporcionalidad, ponderación y valoración, véase G. WEBER, “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”, en 23 Can. J. L. & Jurisprudence 179 (2010).



tatación de que era posible e incluso estaba mejor justificado un uso diferente de las fuentes disponibles (3.2.1.), y esas razones implícitas u ocultas que la Corte no reveló (3.2.2.).

## 2.2.1. Críticas puntuales a la sentencia de la Corte Interamericana

En un valioso trabajo reciente, Santiago Altieri señaló cinco críticas fundamentales que emplearé como punto de partida de las ideas que se expresarán en este apartado.<sup>18</sup> Esas críticas se basan en una interpretación de las fuentes interamericanas diferente de la que hizo la Corte, y ponen de manifiesto la existencia de alternativas interpretativas mejores, por un lado, y la ambivalencia a la que se acaba de hacer referencia, por otro.<sup>19</sup>

- a) Una interpretación restrictiva del artículo 4.1, y por eso contraria a la Convención Americana

Altieri señala, con razón, que la interpretación que hace la Corte Interamericana del artículo 4.1. de la Convención no tiene en cuenta lo establecido en los artículos 29 y 27 de ese texto. En el primero de los artículos se dice, en lo pertinente, que:

Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o *limitarlos en mayor medida que la prevista en ella*; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados (énfasis agregado).

En el artículo 27.2 se establece:

Artículo 27. Suspensión de Garantías. 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3. (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4. (Derecho a la Vida); 5. (Derecho a la Integridad Personal); 6. (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); [...] 9. (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12. [...] (Libertad de Conciencia y de Religión); [...] 17. (Protección a la Familia); 18. (Derecho al Nombre); 19. (Derechos del Niño); 20. (Derecho a la

18 Santiago ALTIERI, *El comienzo de la personalidad del ser humano en el Derecho uruguayo*, tesis doctoral, Universidad de Zaragoza, 2015, pp. 379-439.

19 Esta última conclusión no aparece en el trabajo del propio Altieri, y quizá no sea compartida por él.

Nacionalidad), y [...] 23. (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

El primer texto veda una interpretación de los derechos que reduzca su contenido; el segundo excluye al derecho a la vida del elenco de los derechos cuyo disfrute puede suspenderse en casos en los que medien circunstancias extraordinarias. La Corte no tuvo en cuenta ninguna de las dos normas, especialmente la primera, aunque es evidente que su interpretación reduce el contenido del derecho reconocido en el artículo 4.1.

A esto podría agregarse que la interpretación que se hace en “Artavia” es contraria a interpretaciones del propio tribunal en casos anteriores. Como se ha dicho con acierto,

...la Corte se había referido a los niños no nacidos utilizando distintos términos que reconocen su condición de persona titular de derechos humanos. Efectivamente, en su jurisprudencia la Corte se había referido a las personas no nacidas como “niños”, “menores de edad”, “hijos” y “bebés” en al menos tres casos, a saber: caso de los Hermanos Gómez-Paquiyaury vs. Perú, caso del Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú y caso Goiburú y otros vs. Paraguay. La Corte también se refirió a los abortos inducidos como “actos de barbarie” en el caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala. Además, en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, la Corte observó que el “derecho a la vida de los niños [...] no puede desligarse de la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas” y reiteró la obligación de los Estados partes de la Convención de garantizar el acceso a la salud prenatal.<sup>20</sup>

- b) Una reversión parcial del reconocimiento del derecho a la vida del no nacido, que queda inmerso en un cono de sombras

La Corte reconoce la existencia de un derecho a la vida del no nacido; no obstante, como señala Altieri,<sup>21</sup> el propio tribunal sostiene que ese derecho tiene excepciones (párr. 188), y que su protección “es gradual e incremental, según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional” (párr. 264). Las excepciones incluyen la posible legalización del aborto, que en algunas circunstancias sería un derecho. Cuál es la situación en la que según la Corte el aborto podría ser legalizado, y cuál la situación en la que sería obligatorio hacerlo por constituir un derecho, son misterios que esta sentencia no ha develado.

La argumentación que emplea la Corte en los lugares en los que se refiere de modo directo a este tema es de las más débiles de toda la sentencia. El tribunal llega a afirmar que no debe considerarse que el embrión sea persona sobre la base del

20 Ligia DE JESÚS, Jorge A. OVIEDO ÁLVAREZ, Piero A. TOZZI, “El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (fecundación *in vitro*): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana”, en *Prudentia Iuris* 2013, pp. 135-64, en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/caso-artavia-murillo-costa-rica.pdf>

21 Santiago ALTIERI, *El comienzo de la personalidad del ser humano en el Derecho uruguayo*, op. cit., p. 410.

pintoresco argumento de que bajo la Convención es persona quien puede llevar a cabo las acciones que constituyen los objetos de los derechos humanos que aparecen allí reconocidos, que el texto suele referir a “todos”. Por ejemplo, en el artículo 5 se expresa que “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”. Como el embrión no puede realizar muchas de esas acciones —en el ejemplo, podría alegarse que no puede ser “oído”—, entonces no sería persona. El argumento es erróneo por dos razones. En primer lugar, es falaz. Se trata de una falacia muy conocida, la de la generalización apresurada. Del hecho de que el embrión aún no pueda disfrutar de algunos derechos no se sigue que no pueda ser titular de todos ellos. En segundo lugar, es inconsistente con el modo de proceder de la Corte respecto de otros casos. Como afirma Altieri, la aplicación de ese mismo razonamiento a los niños o a los incapaces “nos llevaría a la conclusión de que no serían sujetos de derechos porque ellos tampoco pueden ejercer —al menos de forma actual— algunos de los derechos consagrados en la CADH” como, por ejemplo, los derechos políticos.<sup>22</sup>

c) Un exceso de jurisdicción, agravado en la sentencia de supervisión de cumplimiento

En tercer lugar, estamos frente a un fallo que viola el marco preciso que legitimaba su dictado. Ese marco no incluía una única solución, pero tampoco se encontraba dentro de él cualquier solución que al intérprete se le ocurriese. La aceptación de cualquier solución como interpretación “posible” de un texto equivale a la disolución de ese texto, e implica una indebida autoatribución de competencia por parte del intérprete. Altieri señala al respecto que

...en esta sentencia la Corte le ha hecho decir a la norma, no lo que ella expresaba, sino lo que desearía que expresara [...]. Con su interpretación la Corte ha virtualmente “derogado” toda referencia al derecho a la vida del no nacido desde la concepción en sentido propio, reduciéndolo a un mero interés —a pesar de que claramente lo establece la letra del artículo 4.1 CADH— y ha desconocido la personalidad jurídica del “nasciturus” en clara violación del principio de igualdad.<sup>23</sup>

Estos excesos se acentuaron en la sentencia de supervisión de cumplimiento del 26 de febrero de 2016.<sup>24</sup> La Corte intervino a raíz de las desavenencias que se produjeron con relación al fallo de 2012 dentro de los órganos de gobierno de Costa Rica. El Poder Ejecutivo había impulsado su acatamiento mediante tres iniciativas legislativas que no llegaron a buen puerto; por esta razón, dictó luego un decreto que la Sala Constitucional declaró contrario a la Constitución por violar el

22 *Idem*, 411.

23 *Idem*, pp. 432-433. Una posición diferente, contraria a lo que se propone aquí, en A. RUIZ MIGUEL, A. ZÚÑIGA FAJURI, “Derecho a la vida y Constitución: consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘Artavia Murillo v. Costa Rica’”, en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 2014, pp. 71-104.

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica. Supervisión de cumplimiento de sentencia”, sentencia del 26 de febrero de 2016.

principio de legalidad. Llegados a este punto, la Corte intervino declarando que Costa Rica no había cumplido íntegramente con lo resuelto y, entre otras cosas, la vigencia directa de la autorización para practicar técnicas de reproducción asistida en ese país mediara o no intervención estatal en esa dirección. El juez Eduardo Vio Grossi elaboró un voto disidente en el que señaló, con razón, que el fallo de 2012 no se había pronunciado:

...acerca de la forma cómo se cumple la Sentencia y a cuál órgano estatal corresponde hacerlo. De ese modo, deja todos esos asuntos en el ámbito denominado en el Derecho Internacional como jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado; en el que al Estado le corresponde soberanamente regular y que, por ende, no se encuentra normado por el Derecho Internacional. Ello es equivalente o similar a lo que se conoce como el margen de apreciación del Estado que le reconoce el Derecho Internacional.<sup>25</sup>

Siendo esto así, lo resuelto por la mayoría del tribunal en el fallo de 2016 modificó irrazonablemente lo que se había decidido en 2012. En palabras de Vio Grossi:

...la Resolución modifica la Sentencia, en razón de que establece expresamente dos nuevas obligaciones de resultado, ninguna de las cuales habían sido previstas en la Sentencia. Además, la Resolución realiza dos actos procesales improcedentes en el procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias.<sup>26</sup>

Las dos obligaciones de resultado “nuevas” fueron la de permitir de forma inmediata el acceso a la FIV, por un lado, y la de mantener vigente el decreto del Poder Ejecutivo que había sido declarado inconstitucional por la Sala Constitucional, por otro. Además, como apuntó Vio Grossi, se modificó el objeto de supervisión del cumplimiento de la sentencia de 2012. Se había ordenado que el Estado adoptara “las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV”, entre otros efectos, y que regulara “los aspectos necesarios para la prohibición de practicar la FIV”. En 2016, en cambio se estableció que se mantendría abierto:

...el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación relativas a: [...] que la prohibición de la FIV no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción, de conformidad con lo dispuesto en el punto resolutivo tercero y el Considerando 26 de la presente Resolución (punto dispositivo segundo de la Sentencia).

Según Vio Grossi,

...a todas luces, dicho dispositivo difiere radicalmente de lo dispuesto en la Sentencia, que como ya se expresó, ordenó al Estado adoptar las “medidas apropiadas” que señala y a los efectos que indica y regular los “aspectos necesarios” para la imple-

---

<sup>25</sup> *Idem*, 25.

<sup>26</sup> *Idem*, 26.

mentación de la FIV. Lo que corresponde supervisar, por ende, es si se han adoptado las referidas “medidas apropiadas” y si se ha regulado los aludidos “aspectos necesarios”; y no que “la FIV no puede producir efectos jurídicos” ni “constituir un impedimento al ejercicio del derecho a tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción”. Cabe agregar que, procediendo como lo ha hecho, la Resolución altera sustancialmente, en lo que respecta este caso, el procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias.<sup>27</sup>

- d) Omisión de toda consideración sobre la viabilidad de la implementación de lo resuelto y defectuosa aplicación de las garantías de no repetición

La Corte estableció dentro de los puntos resolutivos que el Estado debería:

...incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente Sentencia.<sup>28</sup>

En el párrafo aludido se decía, en sentido coincidente, que:

...la Caja Costarricense de Seguro Social deberá incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto.<sup>29</sup>

Pueden hacerse tres observaciones. La primera es que estamos ante una consecuencia que se sigue de dos afirmaciones, una correcta y otra incorrecta, respectivamente: a) todos los derechos fundamentales poseen una doble dimensión, negativa y positiva. La primera impone un deber de abstención o de no violación al Estado y a los particulares, la segunda exige al Estado que se aseguren las condiciones que hacen posible la vigencia efectiva de ese derecho;<sup>30</sup> b) el acceso a tratamientos de fertilización asistida es un derecho fundamental. Esta segunda afirmación, a diferencia de la anterior, es un fruto de la imaginación de la Corte, sin correlato alguno con el texto de la Convención Americana.<sup>31</sup> Se trata, ni más ni menos, que

27 *Idem*, 38, 29 y 40.

28 Caso “Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica”, sentencia del 28 de noviembre de 2012, p. 381.4.

29 *Idem*, 338.

30 Un análisis interesante de este aspecto en V. BELLVER CAPELLA, “La dimensión prestacional del derecho a la libertad religiosa”, en *Humana lura* (6) (1996), pp. 257-267.

31 Pilar ZAMBRANO, Estela SACRISTÁN, “¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso “F. A. L.” y la relativización de los derechos fundamentales”, en *Jurisprudencia Argentina* 2012-II (AP/DOC/2258/2012).

la transformación de un deseo en un derecho. Cuando se hace esto, la consecuencia inevitable es el debilitamiento de la noción de derecho. Si cualquier deseo es derecho, todos los derechos pierden fuerza y quien debe protegerlos se deslegitima. Podría decirse, incluso, que operaciones de este tipo disuelven por completo a los derechos, porque el sentido de la interpretación jurídica es precisamente el de distinguir los meros deseos de deseos que tienen por objeto bienes que son debidos al sujeto que los expresa.<sup>32</sup>

La segunda observación se refiere a una grave omisión: el tribunal no analizó siquiera mínimamente las condiciones de posibilidad con las que cuenta Costa Rica para la realización de lo que mandó. Sostuvo al respecto Altieri que

...teniendo en cuenta que los recursos económicos de que disponen los sistemas de salud de los países latinoamericanos y la constatación de las graves desatenciones de necesidades sanitarias mucho más básicas, cabe plantearse si la Corte no habrá ido demasiado lejos imponiendo este oneroso deber. Parece claro que el Estado de Costa Rica, a la hora de cumplir con esta parte de la sentencia, deberá ponderar entre las distintas situaciones y valorar en qué medida debe cumplir con esta obligación aparentemente desproporcionada a sus posibilidades y en desmedro de otras necesidades más perentorias. La propia sentencia reconoce que “en algunos países, como Argentina, Chile y Uruguay, ya están tratando de tomar medidas para que los tratamientos de reproducción asistida se encuentren cubiertos por los programas o políticas de salud estatal” (párr. 255). Sin embargo, parece completamente excesivo pretender cargar sobre el sistema de salud de Costa Rica este tipo de prestaciones con el pretexto de que tres de los países más ricos de la región están comenzando a viabilizar esa posibilidad.<sup>33</sup>

La tercera observación se refiere a la introducción por parte de la Corte de una garantía de no repetición.<sup>34</sup> Dijo el tribunal, concretamente, lo siguiente:

La Corte observa que el Estado no precisó los mecanismos de divulgación en salud reproductiva existentes. Por tanto, ordena que el Estado implemente programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la Rama Judicial. Dentro de dichos programas y cursos de

32 Según Carlos Nino, Rawls tiene entre sus méritos el de haber reconocido que “las razones morales no pueden estar fundadas en deseos e intereses del agente, ya que acudimos a ellas precisamente cuando tales deseos e intereses determinan un curso de acción insatisfactorio y deben ser neutralizados”, en “Ética analítica en la actualidad”, V. CAMPS, O. GUARIGLIA, F. SALMERÓN (coords.), en *Concepciones de la ética*, Madrid, Trotta, 2013, p. 133.

33 Santiago ALTIERI, *El comienzo de la personalidad del ser humano en el Derecho uruguayo*, op. cit., p. 434, apoyándose en B. RAMOS CABANELLAS, “El derecho a la vida, el concepto de concepción, y las técnicas de reproducción humana asistida en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica”, en *Doctrina y Jurisprudencia de Derechos Civil (Uruguay)*, Año II, t II (2014), pp. 166-167.

34 María Carmelina LONDOÑO LÁZARO, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana. Derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, México, Tirant Lo Blanch-Universidad de La Sabana, 2014.

capacitación deberá hacerse una especial mención a la presente Sentencia y a los diversos precedentes del corpus iuris de los derechos humanos relativos a los derechos reproductivos y el principio de no discriminación.<sup>35</sup>

Un poco después, complementando lo anterior, agregó en la parte resolutive: “El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de La Rama Judicial, de conformidad con lo establecido en el párrafo 341 de la presente Sentencia”.<sup>36</sup> La discusión en torno a la legitimidad de las medidas de no repetición en sí mismas consideradas es abundante. En mi opinión, existen razones de peso que justifican su legitimidad, aunque su ejercicio debe estar sujeto a límites. Dicho de otro modo, aunque la institución es valiosa para el reconocimiento, la tutela y la promoción de los derechos, su ejercicio puede o no ser legítimo, dependiendo de que se respeten o sobrepasen determinados límites. La profesora María Carmelina Londoño Lázaro ha propuesto un test según el cual la legitimidad de una garantía de no repetición (GNR) depende de su necesidad, su adecuación y su estatus deóntico.<sup>37</sup> De acuerdo con esta autora, solamente en el contexto de un tipo especial de sentencia, al que denomina “fallo con efectos reflejos”, resulta posible justificar una GNR:

...pueden producir efectos reflejos solo aquellas sentencias que atendiendo a los principios de primacía de la persona humana, coherencia y razonabilidad a la hora de interpretar la letra y espíritu de la Convención Americana, identifiquen claramente en su contenido dos cuestiones: una falla estructural del Estado que favorece las violaciones a un derecho convencional y un estándar internacional consistente a partir del cual se puede superar parcial o totalmente la deficiencia sobre la que se ha advertido.<sup>38</sup>

No tienen “efectos reflejos”, por eso, las decisiones respecto de problemas que no sean permanentes dentro de un Estado, y aquellas en las que la Corte lleva a cabo interpretaciones de la Convención oscuras o infundadas, “que privilegian una determinada ideología sin apego al verdadero espíritu que inspira la Convención, o cualquier decisión que arbitrariamente elige la primacía de un derecho humano sobre otro”.<sup>39</sup> En segundo lugar, la legitimidad de las GNR está condicionada a que sean necesarias, en el sentido de ser el único modo de realizar un estándar internacional obligatorio para el Estado.<sup>40</sup> Por último, “en tercer lugar [...], sobre la base que ofrece la fórmula del margen de apreciación, el juez está llamado a distinguir la naturaleza de las obligaciones impuestas al Estado por causa del

35 Caso “Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica”, sentencia del 28 de noviembre de 2012, p. 341.

36 *Idem*, p. 381.7.

37 María Carmelina LONDOÑO LÁZARO, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana. Derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, op. cit., cap. 4.

38 *Idem*, p. 310.

39 *Ibid.*

40 *Idem*, p. 311.



Pacto y en consideración a ese carácter tendrá que definir los estándares jurídicos correspondientes”.<sup>41</sup> Si las obligaciones son de carácter negativo, el margen de discrecionalidad del Estado es menor. Si son de carácter positivo, lo ordinario es que puedan satisfacerse de muchos modos. Al existir varias maneras de cumplir con un estándar, “el tribunal internacional podrá, a lo sumo, ilustrar y recomendar al Estado sobre las alternativas que considera más apropiadas para precaver futuras violaciones semejantes, pero tendrá que abstenerse de ordenar una medida concreta, a menos que esta sea la única vía o un medio indispensable para alcanzar el fin propuesto”.<sup>42</sup>

Situados en este contexto, la garantía de no repetición ordenada por la Corte en el caso no cumple con lo previsto en la primera parte del test, puesto que carece de efectos reflejos al no identificar “un estándar constitucional consistente”, y al llevar a cabo una interpretación oscura e infundada de la Convención, dando primacía arbitrariamente a un derecho sobre otro. Con esto bastaría para justificar la ilegitimidad o irrazonabilidad de la parte resolutive a la que me estoy refiriendo, pero hay más: aun en la hipótesis de que el obstáculo anterior no existiera (es decir, imaginando que estamos frente a una sentencia que sí tiene efectos reflejos), como lo que la Corte ordenó es una obligación de carácter positivo, incluso en este escenario la medida carecería igualmente de razonabilidad por imponer al Estado un único curso de acción, violando de este modo el margen nacional de apreciación, que encuentra fundamento en el principio de subsidiariedad.<sup>43</sup>

#### e) Irrazonabilidad en la determinación de los hechos

Los hechos de un caso deben ser probados. La premisa fáctica es el fruto de una tarea de determinación: hay que elegir, sucesivamente, los hechos relevantes, los medios de prueba pertinentes y, una vez producida la prueba, aquella que tenga mayor poder de convicción. El juez está obligado a dar cuenta de las razones que en cada caso lo condujeron a elegir del modo en el que lo hizo. Si no diera razones, o si las que diera fueran débiles frente a otras razones, su decisión violaría el principio de razonabilidad (o la interdicción de arbitrariedad).<sup>44</sup>

Algo de esto último ocurrió en el caso “Artavia Murillo”, puesto que la Corte Interamericana basó sus afirmaciones respecto de los hechos en lo sostenido por un perito, sin tener en cuenta otras pruebas existentes en el expediente. Señala al respecto Altieri que el perito Fernando Zegers Hochschild fue citado por el tribunal más de veinte veces, sin que se haya explicado por qué se privilegió su visión sobre otras de calificados expertos. Esa opinión, además, es la de una persona

---

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

43 Véase, al respecto, *idem*, pp. 217-229.

44 Sobre este tema véase J. CIANCIARDO, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, en CIANCIARDO, J. (coord.), *La interpretación en la era del Neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinar*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pp. 21-36.



que ha dedicado toda su vida a la aplicación de técnicas de reproducción asistida en seres humanos y que ha promovido e impulsado la fecundación *in vitro*.<sup>45</sup>

Evidentemente no está en entredicho su competencia profesional. Lo reprochable es que la Corte haya dado tanta relevancia a un perito que tenía interés contencioso y carecía de imparcialidad; debió haber dado razones de por qué admitía a un perito con interés, y por qué privilegió ese informe respecto de los otros.<sup>46</sup>

También omitió la Corte considerar la aplicación y eventualmente la extensión del principio *pro homine*.<sup>47</sup>

### 2.2.2. El trasfondo: las razones últimas de las elecciones de la Corte

En este último punto pretendo responder a la pregunta acerca del porqué de la elección de la Corte Interamericana. ¿Cuáles fueron las razones de fondo que condujeron al tribunal a llevar a cabo una elección tan poco justificada de entre todas las alternativas lógicamente disponibles? Lo que está detrás, en palabras de Zambrano y Sacristán, es un debate semántico-antropológico,

...que, no pocas veces, por así decirlo, se “disfraza” con la autoridad del derecho y de la ciencia para imponer una u otra de las alternativas en pugna. El debate antropológico atañe [...] a la distinción conceptual radical del mundo jurídico, la división entre cosas y personas. Se trata de responder a la pregunta: ¿a quién y por qué llamamos persona o sujeto en el derecho? Pero este debate no puede resolverse si primero no se asume una postura en relación con el debate semántico, más general pero por lo mismo también más fundamental: ¿cómo se clasifican las cosas en el mundo en general, y en el mundo jurídico en particular? ¿Las clasificaciones conceptuales son el producto de un debate social reflexivo y en cierta medida explícito, que el derecho está llamado a recoger en la medida en que sean consensuadas? ¿Son una imposición interesada de un grupo dominante, que el derecho recoge para añadirle su propia fuerza coactiva? ¿O son en cambio algo así como el producto de la representación de una realidad que se nos presenta ya clasificada, sino en todo, al menos en parte?<sup>48</sup>

En el caso “Artavia”, la Corte se ha atribuido competencia para decidir: a) desde qué momento un ser es ser humano; b) qué ser humano es persona. Para la Corte, los embriones no son seres humanos hasta su implantación, y no son personas

45 Véase al respecto, [http://www.icmer.org/acercade\\_directorio.htm](http://www.icmer.org/acercade_directorio.htm)

46 Santiago ALTIERI, *El comienzo de la personalidad del ser humano en el Derecho uruguayo*, op. cit., pp. 438-439, con remisión a A. PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana *in vitro*: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, en *Derecho Público Iberoamericano*, (2) (2013), en [https://www.academia.edu/3754483/LaCorte\\_interamericana\\_in\\_Vitro\\_Comentarios\\_sobre\\_su\\_Proceso\\_de\\_Toma\\_de\\_Decisiones\\_a\\_Prop%C3%B3sito\\_del\\_Caso\\_Artavi\\_Murillo](https://www.academia.edu/3754483/LaCorte_interamericana_in_Vitro_Comentarios_sobre_su_Proceso_de_Toma_de_Decisiones_a_Prop%C3%B3sito_del_Caso_Artavi_Murillo), fecha de consulta: 18 de mayo de 2015, p. 329 y nota al pie 115.

47 Véase un comentario a una aplicación interesante en un caso análogo en Pilar ZAMBRANO, “Una lectura transparente de la Constitución”, *La Ley* 2008-D-296.

48 Pilar ZAMBRANO, Estela SACRISTÁN, “El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y argentina”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, 134, mayo-agosto de 2012, pp. 715-759, 754-755.

en ningún momento de su trayectoria como tales. ¿Qué significa, en definitiva, esto? Significa que para la Corte los embriones no son seres dignos, merecedores de un respeto incondicionado. El resultado es que quedan asimilados a cualquier objeto del universo físico, y son por eso instrumentalizables, susceptibles de ser tratados como medios para la obtención de fines distintos de ellos mismos. La Corte segmenta el itinerario vital del ser humano en trozos o compartimentos estancos: el hombre no es hombre en la fase inicial de su existencia; pese a poseer allí idéntica información o carga genética a la que tendrá a lo largo de toda su vida, no es alguien, sino algo, una cosa radicalmente distinta de lo que pasará a ser después, y no es sujeto sino objeto de relaciones jurídicas (puede ser implantado, no implantado, congelado, empleado para experimentación). El tribunal elabora un concepto metafísico de persona impregnado de valoraciones muy discutibles inmediatamente después de declarar de modo solemne que no lo haría. ¿Cómo se llega a esto? Eligiendo mal. Eligiendo sin tener razones que justifiquen la elección. Asumiendo una concepción metafísica de persona que se centra en la idea de autonomía, una cualidad que es transitoria en la vida del hombre, y que por tanto no permite fundamentar adecuadamente el respeto absoluto que reclaman los derechos humanos. Se trata, insisto, de una asunción que se hace de modo encubierto, casi indeliberado: si no fuese trágico sería pintoresco que en apenas un par de párrafos la Corte pase de hacer profesión de fe en la antimetafísica a hacer metafísica en sentido fuerte. Se trata de un salto lógico imponente: el que va del relativismo ético al “absolutismo jurídico”.<sup>49</sup> Vale la pena citar textualmente los párrafos 185, 186 y 187 de la sentencia:

185. Por otra parte, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que solo 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 cons-

49 María ALBERT, “Relativismo ético, ¿absolutismo jurídico?”, en *Persona y Derecho* (61) (2009), pp. 33-52.

tata 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 (supra párr. 180).

187. En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “gonodotropina coriónica”, que solo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. Asimismo, ya fue señalado que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación (supra párr. 181). Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación.

Esta autoasignación de competencia que hace la Corte daña la teoría general de los derechos humanos de manera profunda. Como se ha señalado con acierto,<sup>50</sup> si los derechos humanos significan algo, es precisamente que ninguno de los órganos del Estado ni de asociaciones de Estados pueden violar lo que ellos protegen; al contrario, deben protegerlos y promoverlos. Si la teoría de los derechos impide, por tanto, que el Estado o los Estados (o los poderosos) afecten los derechos humanos, ¿con cuánta mayor razón impedirá que quede en sus manos determinar desde qué momento se es ser humano, y qué seres humanos son personas? Si no hay posibilidad de disponer sobre aquello, con mucha mayor razón no debería haberla sobre esto.

La Corte omitió la inseparabilidad de las preguntas que se relacionan con el concepto de dignidad. No tuvo en cuenta que la dignidad es un trascendental,<sup>51</sup> y que, por tanto, es un punto de partida, no un punto de llegada o un concepto que pueda segmentarse. Dicho de un modo más sencillo, la pregunta “¿desde cuándo se es digno?” es indisociable de la pregunta “¿merece un respeto absoluto quien

50 Pedro SERNA BERMÚDEZ, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, en MASSINI, C. I. y SERNA, P. (eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsal, 1998, pp. 23-79, 44-45, con remisión a Robert SPAEMANN, “La naturaleza como instancia moral de apelación”, en *El hombre, immanencia y trascendencia. Actas de las XXV Reuniones Filosóficas*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1991, vol. I, pp. 65-66. Este mismo argumento se encuentra esbozado en Javier HERVADA, “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, (9) (1982), pp. 243-256.

51 Véase Ana Marta GONZÁLEZ, *Naturaleza y dignidad. Un estudio desde Robert Spaemann*, Pamplona, Eunsal, 1996, pp. 45-63.

es digno (en el sentido siguiente: debe ser tratado siempre como un fin y nunca solo como un medio)?” Si la respuesta a esta última pregunta fuese afirmativa, la búsqueda de su explicación, de su porqué, conduciría de modo necesario a sostener que la determinación del momento desde el cual o hasta el cual esa especial dignidad se posee no puede estar sujeto a condiciones.<sup>52</sup> Condicionar el reconocimiento de la dignidad implica necesariamente condicionar la dignidad, y produce el reemplazo del obligado respeto a quien es digno por una manipulación sutil y perversa, la del desconocimiento de su cualidad simple y fundamental de sujeto. Por este camino acaba siendo muy difícil no relativizar o directamente fulminar dos de los rasgos definitorios de los derechos humanos: la universalidad y su carácter absoluto. Los derechos humanos son universales porque pretenden que su titularidad no dependa de otra condición que la de pertenecer a la especie humana. En los derechos civiles, por ejemplo, su titularidad depende de la existencia de un título positivo, una ley o un contrato. Sin ese título, no hay derecho aunque se posea la condición de persona. En el caso de los derechos humanos, en cambio, el título lo provee la sola condición de ser humano. Por esa razón, se le reconocen derechos humanos a todos los seres humanos. Las declaraciones de derechos humanos se hacen eco de este rasgo al referirse a los titulares empleando constantemente la expresión “todos”. Se trata de una condición indispensable para la justificación de otra expresión que aparece en múltiples textos referidos a derechos: “reconocimiento”. Los derechos se reconocen, no se crean.<sup>53</sup> Sin universalidad no hay posibilidad de distinguir a un derecho humano del resto de los derechos, ni hay “reconocimiento” de los derechos.<sup>54</sup>

Los derechos cuya titularidad radica en la mera condición de ser humano, que son “reconocidos” y no creados o instituidos, son además absolutos. Lo son no porque protejan cualquier conducta que resulte abarcada por su supuesto de hecho, sino porque una vez que han sido especificados (es decir, relacionados con el resto de los derechos y con las justas exigencias del bien común), aquello que resulta de esa especificación, el “contenido esencial” o “la esfera de funcionamiento razonable” del derecho, debe ser protegido absolutamente: no puede ser sacrificado en aras de ninguna otra cosa. Dicho con otras palabras, con el carácter absoluto se pretende afirmar que el Estado y el resto de las personas, con independencia de su poder y de su tener, no pueden disponer legítimamente de los derechos humanos. Negar la competencia para disponer de la vida, la intimidad, la privacidad, la libertad de expresión, etc., implica necesariamente negar también competencia para disponer sobre aquello que constituye al sujeto como sujeto. La razón de esta última conexión es la siguiente: no hay acto de disposición más fuerte sobre otro que autoatribuirse competencia para establecer si efectivamente es otro.<sup>55</sup>

52 Véase Robert SPAEMANN, *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*, Madrid, Rialp, trad. D. Innerarity y J. Olmo, prólogo de R. Alvira, 1989, pp. 89-123.

53 Véase, sobre este rasgo, Javier HERVADA, “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”, *op. cit.*, pp. 243-256.

54 Jesús BALLESTEROS, “El individualismo como obstáculo a la universalidad de los derechos humanos”, en *Persona y Derecho* (41) (1999), pp. 15-27.

55 Pedro SERNA BERMÚDEZ, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, *op. cit.*, p. 44.

Pretender mantener el carácter universal y absoluto de los derechos humanos a la vez que se niega su reconocimiento a todo ser humano es una inconsistencia. Sus consecuencias están a la vista: lo ocurrido en Guantánamo (la virtual negación de la condición de persona a un grupo de seres humanos adultos)<sup>56</sup> se relaciona con lo decidido en casos como “Roe v. Wade” o “Artavia” mucho más de lo que podría parecer a primera vista,<sup>57</sup> puesto que comparten uno de sus presupuestos fundamentales, concretamente, la disociación entre el concepto técnico-jurídico y el concepto filosóficos de persona, dejando en manos del Estado la decisión acerca de qué seres humanos son personas y qué seres humanos no lo son.

## AGRADECIMIENTOS

Dejo constancia de mi gratitud con la doctora María Carmelina Londoño Lázaro (Universidad de La Sabana, Colombia) por su ayuda para la elaboración de este trabajo, del que es prácticamente coautora. Doy las gracias, asimismo, a la doctora Pilar Zambrano (Universidad de Navarra, España) por su empuje, su aliento y su valiosa contribución. Agradezco, por último, las observaciones, críticas y sugerencias que recibí de los profesores Pedro Rivas (Universidad de La Coruña, España), Juan B. Etcheverry (Universidad Austral-Conicet, Argentina) y Luciano Laise (Universidad Austral-Conicet, Argentina).

Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación “El discurso de los bioderechos. Bases filosóficas y jurídicas para su fundamentación, caracterización y aplicación” (DER2014-52811-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que es IP el doctor José Antonio Seoane (Universidad de La Coruña, España).

56 Véase, al respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Hacia el cierre de Guantánamo, doc. 20/15, del 3 de junio de 2015. Se afirma en este informe que “En sus trece años de existencia, 779 prisioneros habrían pasado por Guantánamo. Según información oficial, solo 8% de los detenidos de Guantánamo fueron identificados como ‘combatientes’ de Al-Qaeda o los Talibanes; 93% no fueron capturados por fuerzas estadounidenses; y la mayoría de ellos fueron entregados a Estados Unidos en un momento en el que este ofrecía recompensas por la captura de supuestos terroristas. Hasta ahora solo ocho detenidos han sido condenados por una comisión militar, lo que representa aproximadamente el 1% de todos los prisioneros que han estado en Guantánamo; en dos de esos casos la condena basada en el apoyo material fue anulada por cortes federales en apelación. Hasta enero de 2015, 122 prisioneros continuaban aún bajo detención en Guantánamo. Asimismo, los pocos procesos en curso ante comisiones militares se encontraban en etapa preliminar y, a pesar de algunas mejoras significativas incluidas en la Ley de Comisiones Militares (Military Commissions Act) de 2009, estas generan aún importantes preocupaciones relacionadas con el debido proceso. A estas cifras se suma el hecho de que Guantánamo es probablemente uno de los centros de detención más costosos del mundo” (punto 327). Cfr., asimismo, J. STEYN, “Guantanamo Bay: The Legal Black Hole”, en 53 Int. and Comp. L. Qtrly 1 (2004); E. LICHTBLAU, *Bush’s Law: The Remaking of American Justice*, New York, Pantheon, 2008; T. ENDICOTT, “The Reason of the Law”, en *Am. J. Juris.* (48) (2003), pp. 83-106 en <http://dx.doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>

57 410 US 113.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT, María, “Relativismo ético, ¿absolutismo jurídico?”, en *Persona y Derecho* (61) (2009), pp. 33-52.
- ALTIERI, Santiago, *El comienzo de la personalidad del ser humano en el Derecho uruguayo*, tesis doctoral, Universidad de Zaragoza, 2015, pp. 379-439.
- BELLVER CAPELLA, V., “La dimensión prestacional del derecho a la libertad religiosa”, en *Humana lura* (6) (1996), pp. 257-267.
- CAMPS, V., GUARIGLIA, O., SALMERÓN, F. (coords.), *Concepciones de la ética*, Madrid, Trotta S.A., 2013, p. 133.
- CIANCIARDO, J., “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, en CIANCIARDO, J. (coord.), *La interpretación en la era del Neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinar*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pp. 21-36.
- DE JESÚS, Ligia, “El individualismo como obstáculo a la universalidad de los derechos humanos”, en *Persona y Derecho* (41) (1999), pp. 15-27.
- DE JESÚS, Ligia, OVIEDO ÁLVAREZ, Jorge A., TOZZI, Piero A., “El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación in Vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana”, en *Prudentia Iuris* 2013, pp.135-64, en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/caso-artavia-murillo-costa-rica.pdf>
- DÍAZ, Paúl A., “La Corte Interamericana *in vitro*: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, en *Derecho Público Iberoamericano*, (2) (2013), en [https://www.academia.edu/3754483/LaCorte\\_interamericana\\_in\\_Vitro\\_Comentarios\\_sobre\\_su\\_Proceso\\_de\\_Toma\\_de\\_Decisiones\\_a\\_Prop%C3%B3sito\\_del\\_Caso\\_Artavi\\_Murillo](https://www.academia.edu/3754483/LaCorte_interamericana_in_Vitro_Comentarios_sobre_su_Proceso_de_Toma_de_Decisiones_a_Prop%C3%B3sito_del_Caso_Artavi_Murillo), fecha de consulta: 18 de mayo de 2015
- GONZÁLEZ, Ana Marta, *Naturaleza y dignidad. Un estudio desde Robert Spaemann*, Pamplona, Eunsa, 1996, pp. 45-63.
- HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J., *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, LXXVIII. asimismo.
- HERVADA, Javier, “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, (9) (1982), pp. 243-256.
- LICHTBLAU, E., *Bush's Law: The Remaking of American Justice*, New York Pantheon, 2008.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana. Derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, México, Tirant Lo Blanch-Universidad de La Sabana, 2014.

- ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, "Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral", en *Revista Chilena de Derecho* (37) (2010), pp. 311-342.
- RUIZ SERNA BERMÚDEZ, Pedro, "El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo", en MASSINI, C. I. y SERNA, P. (eds.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998, pp. 23-79, 44-45.
- SPAEMANN, Robert, "La naturaleza como instancia moral de apelación", en *El hombre, inmanencia y transcendencia. Actas de las XXV Reuniones Filosóficas*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1991, vol. I, pp. 65-66.
- SPAEMANN, Robert, *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*, Madrid, Rialp, trad. D. Innerarity y J. Olmo, prólogo de R. Alvira, 1989, pp. 89-123.
- WEBER, G., "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship", en 23 *Can. J. L. & Jurisprudence* 179 (2010).
- ZAMBRANO, Pilar, "Una lectura transparente de la Constitución", *La Ley* 2008-D-296.
- ZAMBRANO, Pilar, SACRISTÁN, Estela, "¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso 'F. A. L.' y la relativización de los derechos fundamentales", en *Jurisprudencia Argentina* 2012-II (AP/DOC/2258/2012).
- ZAMBRANO, Pilar, SACRISTÁN, Estela, "El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y argentina", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, 134, mayo-agosto de 2012.
- ZÚNIGA FAJURI, M. A., "Derecho a la vida y Constitución: consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Artavia Murillo v. Costa Rica", en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 2014, pp. 71-104.