

Comentario al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros

Ian Henríquez Herrera

Doctor en Derecho y Magíster en Investigación Jurídica, Universidad de los Andes (Chile). Magíster en Derecho y Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile (Chile). Investigador visitante, George Augusta Universität de Göttingen (Alemania).

Resumen: El presente trabajo es un comentario crítico al fallo de la Corte Interamericana en el caso conocido como *fecundación in vitro*. Para el comentarista, el fallo impresiona como débil en su fundamentación, adolece de errores lógicos y contraviene el propio *corpus juris* internacional que la Corte Interamericana de Derechos Humanos había venido configurando, entre otras, en materia de reconocimiento de la personalidad jurídica y de igualdad ante la ley. En otro orden, hay aspectos procesales y probatorios en el fallo que padecen, asimismo, de falta de una argumentación consistente.

Palabras clave: fecundación in Vitro; reconocimiento de personalidad jurídica; igualdad ante la ley.

Abstract: The present article is a critical analysis of the judgment of the Inter-American Court in the case known as *in vitro fecundation*. For the author, the Court's ruling is impressive for its weak argumentation, its logical mistakes and its contradiction in light of the very same international *corpus juris* that the International Human Rights Court had elaborated (such as legal personality recognition and equality before the law). Moreover, there are procedural aspects in the ruling that also lack a consistent argumentation.

Keywords: in vitro fecundation; legal personality recognition; equality before the law.

Sumario

1. Introducción
2. Resumen del hecho y del iter procesal
3. Los argumentos de la Corte
 - 3.1 La exclusión del embrión in vitro de la esfera de protección del art. 4.1 de la Convención.
 - 3.2. La inclusión del acceso a las técnicas reproductivas en el derecho a la vida privada y a fundar una familia.
 - 3.3. El análisis de proporcionalidad de la prohibición estatal de acceso a la FIV.
4. Análisis y comentario
 - 4.1. Contra legem, para la Corte no todo ser humano es persona
 - 4.1.1. El reconocimiento de la personalidad jurídica
 - 4.1.2. La exclusión del embrión de la esfera de protección del derecho no satisface el estándar de igualdad ante la ley
 - 4.2. Algunas cuestiones procesales: ¿por qué se privilegió sólo un informe pericial?
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

Con fecha 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“la Corte”) emitió el fallo en el caso conocido como *fecundación in vitro*, iniciado el 29 de julio de 2011 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“la Comisión”) en contra del Estado de Costa Rica. La Comisión solicitó a la Corte la declaración de responsabilidad internacional del Estado, por la violación de los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en presunto perjuicio de casi una veintena de personas.

El *quid* del asunto decía relación con la legitimidad o no de la prohibición impuesta en 2000 por la Corte Suprema de Costa Rica a la fecundación *in vitro*, con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad de un acto administrativo regulatorio de esta técnica.

Como se sabe, la Corte declaró la responsabilidad del Estado de Costa Rica y ordenó las reparaciones que estimó pertinentes. El fallo, nos parece, amerita un comentario jurídico, toda vez que ha implicado una inflexión importante en la jurisprudencia precedente y se avoca a materias de la mayor relevancia, como la titularidad de los derechos humanos, la esfera de protección del derecho a la vida y la susceptibilidad de supeditarse éste a un balance.

2. Resumen del hecho y del iter procesal

El 15 de marzo de 2000, la Corte Suprema de Costa Rica declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 2409-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, que autorizaba y regulaba la práctica de la fertilización *in vitro* (“FIV”). El 19 de enero de 2001 fue presentado el caso ante la Comisión, la que con fecha 14 de julio de 2010 aprobó el Informe Final de Fondo 85/10, en el que, haciendo lugar a lo solicitado, efectuaba una serie de recomendaciones al Estado de Costa Rica. Luego de tres prórrogas vencidas para el cumplimiento por parte del Estado, la Comisión presentó el caso ante la Corte. La Comisión alegó violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la “FIV” a causa del fallo de la Corte Suprema. Entre otros aspectos, la Comisión señaló que tal prohibición implicó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia, una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, y que esta prohibición habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres. Sobre la base de lo anterior, la Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno

Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

La audiencia pública fue celebrada los días 5 y 6 de septiembre de 2012, en la que declararon dos presuntas víctimas y cuatro peritos. La Corte recibió 49 escritos en calidad de *Amicus curiae*.

3. Los argumentos de la Corte

La línea argumental de la Corte sigue principalmente tres derroteros: excluir al embrión *in vitro* de la esfera de protección del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“la Convención”); incluir el acceso a las técnicas reproductivas en el derecho a la vida privada y a fundar una familia; y analizar la proporcionalidad de la medida estatal en entredicho.

3.1 La exclusión del embrión *in vitro* de la esfera de protección del art. 4.1 de la Convención.

La Corte excluyó de la esfera de protección del artículo 4.1. de la Convención al embrión aún no implantado. A tal conclusión arriba luego de hacer uso de los métodos de interpretación correspondientes al derecho de los tratados. En el apartado siguiente analizaremos críticamente los razonamientos de la Corte. Por ahora, describiremos su proceder.

Según el uso corriente de los términos, la Corte entiende el sentido de la norma en cuestión del siguiente modo:

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 sólo 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 “Gonotropina Coriónica”, que sólo 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. Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación.

188. Por otra parte, respecto a la expresión “en general”, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que significa “en común, generalmente” o “sin especificar ni individualizar cosa alguna”. Según la estructura de la segunda frase del artículo 4.1 de la Convención, el término “en general” se relaciona con la expresión “a partir de la concepción”. La interpretación literal indica que dicha expresión se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular. Los demás métodos de interpretación permitirán entender el sentido de una norma que contempla excepciones.

189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

La Corte incurre aquí en una clara petición de principios. Hay un error lógico en su argumentación. Para decir que el embrión humano no cabe en la expresión “desde la concepción” es un muy mal argumento sostener que una determinada hormona por la que se detecta la implantación se produce –obviamente– cuando el embrión se implanta en el útero femenino. Si lo que ha querido la Corte argumentar es que, en el

estado actual de la embriología, sólo es posible detectar que ha ocurrido la concepción al interior del cuerpo de la mujer una vez que se detecta la señal de la referida hormona, lo único que puede seguirse de ello es que hay una técnica limitada. Nada aporta ello a la interpretación de la Convención.

Por otra parte, la hipótesis de hecho relevante es diferente a la utilizada por la Corte. La cuestión pertinente dice relación con el embrión extrauterino. Precisamente, en este caso la fusión de las membranas de los gametos masculino y femenino es directamente observable. Nada importa aquí la Gonadotropina Coriónica.

En suma, si se parte, solapada o implícitamente, de la premisa de que concepción es implantación, tiene pertinencia aludir a aquello que aludió la Corte. Pero el punto en cuestión es precisar el alcance de la expresión concepción.

Para la Corte, la aplicación de los otros métodos de interpretación refrenda su conclusión inicial.

En primer término, la Corte hace uso del método histórico, y la conclusión que explicita la Corte al aplicarlo es algo trivial y bastante obvia:

221. La Corte concluye que los trabajos preparatorios indican que no prosperaron las propuestas de eliminar la expresión “y, en general, desde el momento de la concepción”, ni la de las delegaciones que pedían eliminar solo las palabras “en general”.

Desde luego, si las propuestas de las respectivas delegaciones hubieran prosperado, el texto definitivo no habría sido tal. Así que nada dice con ello la Corte. Pero lo que sí era relevante, y de manera sorprendente la Corte no lo explicita entre sus conclusiones, es que el concebido sí quedó incluido en la esfera de protección de la norma. Esto, que es de Perogrullo, al omitirse invierte los términos del análisis. Una cosa es partir de la base de la protección del concebido e intentar precisar el alcance de la expresión “en general”, y otra muy diversa es poner en entredicho la protección del concebido atendida la expresión “en general”. La Corte hace lo segundo, sin que pueda advertirse el fundamento para ello.

Con ocasión del método sistemático, la Corte arriba a una de sus conclusiones más sorprendentes:

222. La expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales.

La conclusión a la que arriba la Corte al interpretar este artículo es absurda. No se logra ver de qué modo la expresión: “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”, cual es el texto objeto de la actividad interpretativa, pueda significar: “el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada”. Es un artificio sin asidero textual siquiera.

La interpretación evolutiva que hace la Corte le lleva a sostener, asimismo, que el embrión humano no puede ser entendido como persona:

256. La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la

mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental –y no absoluta– de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

En el mismo orden argumental, la Corte aludiendo al principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado concluye que el derecho a la vida no puede ser entendido como un derecho absoluto:

258. Los antecedentes que se han analizado hasta el momento permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula “en general” tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.

Según ha podido advertirse, la Corte, en su esfuerzo interpretativo, excluye de la esfera de aplicación del artículo 4.1. de la Convención al embrión previo a la implantación.

3.2. La inclusión del acceso a las técnicas reproductivas en el derecho a la vida privada y a fundar una familia

Para intentar comprender los fundamentos y alcances del fallo, debe tenerse en debida consideración que la Corte incluye las técnicas repro-

ductivas en el contenido del derecho a la vida privada y a fundar una familia. Se lee en el fallo:

142. El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. 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. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar

relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La 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.

Como se ve, la Corte expresa que la decisión de ser padre o madre –en términos biológicos, no meramente culturales– cabe bajo la esfera de protección del derecho a la vida privada. Sin perjuicio de que esto amerita un análisis particular, desde ya notamos que ese enunciado la Corte lo extrapola al acceso a técnicas reproductivas. Hay allí un salto lógico carente de justificación. Por cierto, una cosa es la decisión de ser padre o madre, en la que al Estado no le cabe ingerencia, y otra diversa es el acceso a las tecnologías bio reproductivas. Qué decir del salto desde allí hacia el hecho efectivo de llegar a ser padre o madre. Podemos considerar la siguiente analogía: si el acceso a la educación es un derecho, de ello no se sigue la titularidad activa para acceder a las tecnologías de la información, ni menos aún a egresar de una determinada carrera y obtener una titulación.

3.3. El análisis de proporcionalidad de la prohibición estatal de acceso a la FIV

Una tercera línea argumental seguida por la Corte, dice relación con el análisis específico de la proporcionalidad de la afectación de derechos que habría implicado la prohibición de la FIV a causa del fallo de la Corte Suprema. El núcleo de dicha línea puede extraerse de los siguientes considerandos:

314. Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica.

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

316. Por tanto, la Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia.

Cabe notar que sobre la base de la argumentación anterior, la Corte considera innecesario pronunciarse sobre el margen de apreciación interna que le pudo haber cabido al Estado de Costa Rica.

4. Análisis y comentario

Los argumentos de la Corte parecen débiles a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en relación al rol fundamental del reconocimiento del carácter personal de todo ser humano y de la igualdad ante la ley. Asimismo, hay una serie de considerandos que

adolecen, además, de evidentes yerros lógicos. Por otra parte, se echa en falta, más allá de lo aconsejable en un acto de un órgano de jurisdicción, justificaciones también de índole procesal y probatoria, según se mostrará.

4.1. *Contra legem*, para la Corte no todo ser humano es persona¹

Es curioso que el máximo órgano jurisdiccional de la región americana en materia de derechos humanos llegue a sostener que no todo ser humano es persona, contra texto expreso de la Convención (art.1.2). Para apreciar debidamente lo anterior, ha de tenerse claridad respecto del reconocimiento de la personalidad jurídica como criterio básico de inclusión en la esfera de protección a todo ser humano y concatenadamente, respecto de la igualdad ante la ley.

4.1.1. El reconocimiento de la personalidad jurídica

En primer lugar, cabe recordar que, como es obvio, el embrión humano es un ser humano. Esta afirmación, de orden fáctico, no resulta controversial desde el punto de vista fisiológico. Para la embriología contemporánea constituye una afirmación común que el ciclo biológico de la especie zoológica *homo sapiens sapiens moderno* principia con la fecundación (Pearson, 2002, 14–15 y, por todos, Sadler, 1995). Se trata de una constatación empírica. Así, por ejemplo, en Chile, Fernando Zegers –quien inclusive en este caso sirvió de perito por los peticionarios– ha declarado: “*Estamos convencidos de que una nueva vida comienza en la fecundación*” (Croxatto y Zegers, 2004, 400). De igual modo, ha señalado Yuval Levin, miembro del Comité de Bioética de los Estados Unidos de Norteamérica, que es un hecho claro y no controvertido que la vida humana comienza cuando el embrión es creado (Levin, 2007, opinión editorial). El genetista Carlos Valenzuela ha descrito:

c.– Un cigoto humano y un embrión humano son seres humanos bióticos (animados o no, personas o no) que están por nacer [...]; e.–

1 En este punto hemos seguido de cerca *La regla de la ventaja para el concebido en el derecho civil chileno* (Henríquez, 2011, 144–156).

El cigoto humano (óvulo fecundado) es un individuo completo de la especie humana; f.– Los determinantes científicos operacionales que se le exige a cualquier ser vivo para ser un individuo de la especie son: autonomía (procesal), integralidad (todos sus elementos están vinculados a un programa de desarrollo) y completad (genoma completo de la especie en estado funcional para generar el desarrollo de cualquier estado de los individuos de esa especie). El cigoto humano cumple con estos tres requisitos; g.–La constitución del genoma del cigoto por gametos con genomas permutados y recombinantes de ambos progenitores, más sus cambios mutacionales hacen que éste sea un individuo único, irrepetible y autónomo, distinto genéticamente de ambos progenitores; h.– El cigoto humano es un ser humano completo individuo de la especie *Homo sapiens*. Tiene genoma completo de la especie, es una célula que autónomamente se construye y es capaz de de programar y reprogramar su material hereditario y tiene todas sus funciones integradas. Se autodetermina, se autoconstruye y se autoprograma... (Croxatto y Zegers, 2004, 385–386).

A esta afirmación de hecho, no controvertida, se suma una afirmación ahora ya no fáctica, sino normativa, cual es que todo ser humano es persona. Este enunciado normativo está positivado en el artículo 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos². En efecto, el artículo expresa el derecho de todo ser humano doquiera que se encuentre, al reconocimiento de su personalidad jurídica, a su entronización en el mundo del Derecho. Idéntica norma contiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 16³, y el mismo contenido se desprende de los artículos 1 N° 2 y N° 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, el art. 1 N° 2 dice que para los efectos de la Convención, “*persona es todo ser humano*”. A su vez, el art. 3 señala que toda

2 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 6: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

3 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

persona –es decir, todo ser humano– “*tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*”. Este derecho, según el artículo 27 de la Convención Americana, no es susceptible de suspensión alguna. Al discutir la Convención Americana, el entonces Vicepresidente de la Comisión Interamericana Marco Gerardo Monroy Cabra, escribió que la personalidad jurídica incluye el derecho al reconocimiento civil y la capacidad legal⁴. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones ha afirmado que en casos de tortura y desaparición –es decir, cuando a un ser humano se le trata como a una cosa– se vulnera, entre otros derechos, el reconocimiento a la personalidad jurídica.

Ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que excluir a un ser humano del orden jurídico e institucional del Estado, significa “*una negación de su propia existencia como ser humano revestido de personalidad jurídica*”⁵.

Por consiguiente, no cabe bajo ningún respecto excluir a un ser humano del orden jurídico e institucional del Estado, es decir, a ningún ser humano puede desconocérsele su personalidad jurídica. De manera tal que no cabe distingo alguno entre ser humano y sujeto de derecho, o en otros términos, entre ser humano y persona. Un ser humano no puede sino ser persona, nunca puede ser una cosa.

Pedro Nikken, quien fuera Presidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y juez de la Corte Interamericana, señala que los derechos humanos son aquellos que le corresponden a todo ser humano por el mero hecho de ser tal (Nikken, 1993), afirmación que es pacífica en esta materia. Encontramos asertos de la misma índole en Máximo Pacheco, Diego Uribe, Antonio Cancado y Cecilia Medina, entre otros autores (Cancado, 1996, 84 y 190), (Medina, 1990, 23–28), (Medina y Nash, 2007, 18), (Pacheco, 1976, 26–7), (Pacheco, 1992, VII–XV), (Hübner, 1994, 69–74), (Bidegain et al., 2001, 18), (Bigotte, 2003, 77–97), (Aymerich, 1993,

4 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1996*, Washington, 1997, p. 341, respuesta de los peticionarios en caso N° 10.675 (informe n° 51/96).

5 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1996*, Washington, 1997, pp. 393, 406, 418, 495.

5), (Bariffi, 2003, 40). De esto deviene necesariamente que la titularidad jurídica en la esfera de protección de los derechos humanos deriva de un solo requisito: ser humano. Como ha hecho notar R. Spaemann:

Si la pretensión de pertenecer a la sociedad humana quedara al juicio de la mayoría, habríamos de definir en virtud de qué propiedades se posee dignidad humana y se pueden exigir los derechos correspondientes. Pero esto sería suprimir absolutamente la idea misma de derechos humanos (Spaemann, 1998, 98).

De lo anterior, se sigue necesariamente que constatado el *factum* –la existencia de un ser humano– se aplica el criterio normativo: la personalidad jurídica. El aserto “todo ser humano es persona” es perfectamente coherente con la sistemática del derecho internacional de los derechos humanos.

Es clara la sinonimia que emplea la Declaración de 1948 –así como todos los instrumentos de protección general de Derechos Humanos– entre los vocablos ser humano, persona humana, hombre. Conforme las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para interpretar un tratado se debe, de buena fe, atender en primer lugar al sentido corriente de las palabras, teniendo en cuenta su contexto, objeto y fin⁶; y ser humano indica a todo miembro de la especie humana, o, como lo señala el preámbulo de la Declaración Universal, “todos los miembros de la familia humana”. ¿Podría pretender la Declaración excluir a algunos miembros de la especie humana? Es razonable pensar que no. Como elemento interpretativo debe tenerse en consideración el art. 1º de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, que dice:

El Genoma Humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas.

6 Dice el artículo 31 de dicha convención: “Regla general de interpretación. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

El genoma, hoy se sabe, se estructura en la fecundación. Por consiguiente, todo aquel que tenga genoma humano es “miembro de la familia humana”, de lo que se desprende el reconocimiento de su “dignidad y diversidad intrínsecas”.

La interpretación de los Derechos Humanos, tiene además –según la doctrina– reglas específicas: es dinámica, extensiva, protectora y expansiva. La consideración de cada uno de estos aspectos refuerza la sinonimia entre humano y persona (Jacobs, 1996, 26–38), (Buerghental, 1998, 113–15), (Wright, 2001, 47–51), (Medina, 1996, 74 y ss.), (Nogueira, 1997, 140 y ss.), (Buerghental, 1990, 160 y ss.).

Si seguimos las reglas de la tópica jurídica, hemos de aplicar el aforismo *favorabilia amplianda*, es decir, que las normas favorables se interpretan extensivamente, principio que ha sido recogido y sistematizado por la doctrina en materia de derechos humanos. El segundo aforismo interpretativo que la misma doctrina ha afirmado es *pro homini*, por el cual las reglas de estas cartas siempre se interpretan en beneficio del ser humano. En un voto concurrente en el caso “Pelamare vs. Chile”, el juez Sergio García, actual Presidente de la Corte Interamericana, afirma que en caso de duda el criterio hermenéutico ha de ser “el más compatible con la igualdad ante la ley, y por lo tanto, el más favorable al individuo”⁷.

Por todas estas razones, pensamos, queda suficientemente afirmado el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica⁸. Normativamente podemos afirmar: todo ser humano es persona.

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fallo de 22 noviembre 2005, base de datos de la Corte, www.cidh.org.

8 En el concierto europeo la Recomendación N° 1046 de 1986 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su N° 5 señala que desde la fecundación la vida humana se desarrolla de manera continua (“*Considérant que dès la fécondation de l'ovule, la vie humaine se développe de manière continue...*”), y en su n° 10 indica que el embrión humano debe beneficiarse en toda circunstancia del respeto propio de la dignidad humana (“*Considérani que l'embryon et le foetus humains doivent bénéficier en toutes circonstances du respect du á la dignité humaine...*”). La Recomendación 1100 de 1989 reitera estos conceptos, al señalar en el n° 3 que el embrión debe ser

Este es un punto que el fallo de la Corte desatiende.

4.1.2. La exclusión del embrión de la esfera de protección del derecho no satisface el estándar de igualdad ante la ley

A nuestro juicio, la configuración de la personalidad jurídica de todo ser humano se fundamenta, también, en el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación. Si son acertadas tanto la opinión de la doctrina en esta materia como las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la única conclusión coherente es el reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano.

El principio de igualdad ante la ley es un principio rector en los derechos humanos:

...un principio fundamental de la teoría de los derechos humanos es el de igualdad, si lo expresamos en términos positivos, o de la no discriminación, si lo expresamos en términos negativos. Si los derechos humanos son aquellos derechos inherentes al ser humano, todos los seres humanos son sus titulares, sin exclusiones (Medina, 1994, 10).

Dicho principio está contenido en todos los instrumentos de pro-

tratado con el respeto de la dignidad humana (*"l'embryon et le fœtus humains doivent être traités dans le respect de la dignité humaine..."*), en el n° 4 que este respeto es propio a toda vida humana (*"et le respect de la dignité humaine inhérente à toute vie..."*), en el n° 6 se considera la conveniencia de definir la protección jurídica acorde al embrión desde la fecundación (*"Considérant qu' 'il convient de définir la protection juridique à accorder à l' embryon humain dès la fécondation de l' ovule, comme il est prévu dans la Recommandation 1046"*). Muy especialmente debe tenerse en cuenta el fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Vo con France* (53924/00, 8 Julio 2004), en el cual se aceptó que el *nasciturus* está bajo la protección del artículo 2° de la Convención Europea de Derechos Humanos, al rechazarse la excepción *ratione materiae* presentada por el gobierno francés.

tección general de los derechos humanos⁹, los cuales emplean categorías abiertas, mediante la técnica de *clausuli apertus*. Lo denotan expresiones tales como “de cualquier otra índole” u otras equivalentes. Específicamente en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el principio de no discriminación emana de los arts. 1.1 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica. Por el primero, según lo ha entendido la Corte Interamericana, se establece la incompatibilidad *per se* entre un tratamiento discriminatorio y el contenido de la Convención:

todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma¹⁰.

Respecto del segundo –que consagra la igualdad ante la ley– la Corte Interamericana ha manifestado que “dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el art. 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal”¹¹. Resulta especialmente interesante consignar lo que la Corte Interamericana ha entendido por igualdad ante la ley:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a

9 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 2.1; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre art. 2; Convención Europea de salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales art. 14; Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos art. 2, art. 3; Convención Internacional sobre los Derechos del Niño art 2.1; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, art. 2, etc.

10 Opinión Consultiva N° 4/84, N°53.

11 Opinión Consultiva N° 4/84, N°54.

tratarlos con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza¹².

Por lo pronto, es importante destacar que la misma Corte Interamericana había afirmado la unidad e identidad de naturaleza del género humano. No existen seres humanos más o menos humanos que otros. Para Rafael Nieto, ex Presidente de la Corte Interamericana, nos encontraremos frente a una discriminación odiosa toda vez que una diferencia de tratamiento ataque “la unidad o dignidad de la naturaleza del ser humano” (Nieto, 1993, 127).

Negar la personalidad jurídica del concebido es incompatible con la igualdad ante la ley. No se trata del derecho a voto, ni de obtener licencia para conducir. Se trata de la inclusión en la esfera del derecho como sujeto, y no como objeto. Se trata, pues, de un núcleo radical de juridicidad. Hay aquí una curiosa, pero no por ello menos odiosa, discriminación en función del espacio. Baste pensar si las propias tecnologías reproductivas permitirán en lo futuro el desarrollo extrauterino: jamás habrá implantación y según el criterio de la Corte, entonces, no habrá concepción ni tampoco sujeto protegido por la Convención. Se inaugura por vía jurisprudencial la humanidad de segunda categoría.

4.2. Algunas cuestiones procesales: ¿por qué se privilegió sólo un informe pericial?

En otro orden de cosas, llama de inmediato la atención que el informe pericial del perito Fernando Zegers es citado más de veinte veces a lo largo del fallo, sin que aparezca razón explícita alguna del porqué se privilegió esta opinión por sobre otras de calificados expertos. El punto no es trivial, dado que el perito Zegers precisamente ha centrado su actividad

12 Opinión Consultiva N° 4/84, N° 55.

en la aplicación de biotecnologías reproductivas en humanos. Es decir, es promotor e impulsor de la técnica cuestionada en el presente caso. Para evitar cualquier equívoco, no está en entredicho alguno su competencia técnica o profesional. El reproche que me parece pertinente apunta hacia la Corte: el perito tenía interés en el contencioso y carecía de imparcialidad. Por ende, a lo menos la Corte debió haber expresado razones de dos índoles diversas: la primera, para admitir un perito con interés; la segunda, para privilegiar dicho informe en desmedro de los otros. Nada de eso hizo la Corte.

Me pregunto si en un contencioso entre un pueblo originario que defiende su derecho al agua en contra de una multinacional hidroeléctrica se admitiría, siquiera, y se privilegiaría –más encima–, como perito a un ingeniero consultor de la hidroeléctrica. Es de confiar que no, pero la interrogante que plantea este fallo queda en pie.

En lo puntual, este notorio desequilibrio probatorio tuvo consecuencias relevantes. De hecho, en el considerando 183 la Corte afirma que hay dos posibles hipótesis respecto de lo que debe entenderse por concepción: “algunas posturas indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación [...], mientras que otras consideran que el punto de partida [...] es su implantación”. El hecho es que la literatura en embriología sostiene lo primero. Para fundamentar la segunda hipótesis, la Corte sólo cita el informe del perito Zegers. La Corte pone en un plano de igualdad una afirmación fuerte en el plano científico con una conjetura más bien peregrina en el estado actual de la cuestión, y sólo a partir del referido informe pericial, en desmedro incluso de otros dos (perito Caruso y perito Condic). Lo anterior adquiere todavía otra dimensión si se tiene en cuenta que el propio perito Zegers había sostenido públicamente, previo al juicio, que la vida humana principia en la fecundación (*vid supra*). Todas estas circunstancias requieren una explicación, que el fallo no contiene.

5. Conclusiones

El fallo objeto de este comentario impresiona como débil en su fundamentación. Por lo pronto, adolece de errores estrictamente lógicos, pero

además no parece fiel al corpus juris internacional que la propia Corte había ido configurando, especialmente a propósito del reconocimiento de la personalidad jurídica y de la igualdad ante la ley. Este fallo pone en entredicho la afirmación fundamental de que todo ser humano es persona. Las consecuencias jurídicas –y aun políticas– pueden ser indeseadas y no parecen haber sido suficientemente ponderadas ni sopesadas.

6. Bibliografía

- Aymerich, I. 1993. Génesis de los derechos humanos. En *Manual de derechos humanos*, coordinado por P. Durán. Granada: Comares.
- Bariffi, F. 2003. Sobre la universalidad de los derechos humanos; ¿Universalidad o universalismo? *Revista de derecho* (Temuco) 4.
- Bidegain, C. et al. 2001. *Curso de derecho constitucional*, Tomo 5. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Bigotte, M. 2003. Nótula sobre a fundamentação dos direitos humanos. En Ferreira da Cunha et al., *Direitos humanos. Teorias e práticas*. Coimbra: Almedina.
- Buerghental, Thomas. 1998. *International human rights*. Minnesota: West Publishing Company.
- Buerghental, Thomas (edit.). 1990. *La protección de los Derechos Humanos en las Américas*. Civitas: Madrid.
- Cancado, Antonio (edit.). 1996. *Derecho Internacional y Derechos Humanos*. San José-La Haya: IIDH.
- Croxatto, Horacio y Zegers, Fernando. 2004. Anticoncepción de emergencia, ciencia y moral. *Estudios Públicos* 95 (invierno 2004).
- Henríquez Herrera, Ian. 2011. *La regla de la ventaja para el concebido en el derecho civil chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
- Hübner, Jorge Iván. 1994. *Los derechos humanos*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Jacobs, F. y R. White. 1996. *The european convention on human rights*. Oxford: Clarendon Press.
- Levin, Yuval. 2007. A Middle Ground for Stem Cells. *The New York Times*, 19 enero 2007, opinión editorial.

- Medina, Cecilia (edit.). 1990. *Manual internacional de los derechos humanos*. Santiago: Cecilia Medina.
- Medina, Cecilia. 1994. *Constitución, tratados y derechos esenciales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- Medina, Cecilia. 1996. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. En *Sistema jurídico y Derechos Humanos*. Santiago: Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.
- Medina, Cecilia y Claudio Nash. 2007. *Sistema interamericano de derechos humanos: introducción a sus mecanismos de protección*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- Nieto, Rafael. 1993. *Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos*. Bogotá: IIDH-Temis.
- Nikken, Pedro. 1993. *Antología básica sobre Derechos Humanos*. Costa Rica: IIDH.
- Nogueira, Humberto. 1997. *Dogmática Constitucional*. Talca, Maure: Universidad de Talca.
- Pearson, Helen. 2002. Developmental biology: Your destiny from day one. *Nature* 4 (July).
- Pacheco, Máximo. 1976. *Introducción al derecho*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Pacheco, Máximo. 1992. *Los derechos humanos. Documentos básicos*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Sadler, T.W. 1995. *Langman's medical embryology*, 7ª edición. Baltimore: Williams & Wilkins.
- Spaemann, Robert. 1998. Sobre el Concepto de Dignidad Humana. En Massini, Carlos y Serna, Pedro (editores) *El derecho a la vida*. Pamplona: EUNSA.
- Wright, J. 2001. *Tort law & human rights*, Oregon: Oxford and Portland.

Documentos

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1997. *Informe anual 1996*. Washington, D.C.: CIDH
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fallo de 22 noviembre 2005, base de datos de la Corte, www.cidh.org.

Corte Interamericana de derechos humanos

Opinión Consultiva N° 4/84, N°53.

Opinión Consultiva N° 4/84, N°54.

Opinión Consultiva N° 4/84, N° 55.