

LA FECUNDACIÓN IN VITRO Y EL DERECHO A LA VIDA
(Reflexiones sobre el carácter heterogéneo y antinómico de
los derechos humanos)

GERARDO TREJOS SALAS *

* Jurista costarricense. Miembro del Comité Jurídico Interamericano (1998-2001).

Introducción

*“Cuando se tiene un hijo, es nuestro el niño
que acompaña a la ciega.
Y las Meninas y la misma enana
Y el Príncipe de Francia y su Princesa
Y el que tiene San Antonio en los brazos
Y el que tiene la Coromoto en las piernas.
Cuando se tiene un hijo, toda risa nos cala,
Todo llanto nos crispa, venga de donde venga.
Cuando se tiene un hijo, se tiene el mundo adentro
Y el corazón afuera.”*
Andrés Eloy Blanco

El culto a los derechos humanos, observa uno de los más destacados juristas del siglo XX, el Profesor Jean Carbonnier, ha dado origen a lo que él denomina la “moral de Estado”, que obedece a fidelidades diferentes: desde, la referencia al humanismo irreligioso heredado de los filósofos del siglo XVIII, hasta el personalismo impregnado de espiritualidad cristiana que había ilustrado Emmanuel Mounier. La moral de los derechos humanos -agrega- “hubiera podido continuar siendo moral pura, relevante sólo para la conciencia individual. El Estado, al apropiársela, ha extraído de ella más normas jurídicas, y castiga como delitos penales una serie de prácticas clasificadas como “atentados a la dignidad de la persona humana”. Vid. Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit*. Flammarion, París, 1996, pág. 120.

Explícitamente, se ha creado una obligación jurídica de no discriminación: quien ofrece al público algún beneficio no debe excluir a nadie por causa de sexo, raza, religión, ideología política, etc.

Anteriormente, -añade Carbonnier- “yo podía sentir el deber (filantrópico, cristiano, etc.) de tratar al prójimo como mi semejante, mi hermano. Pero el prójimo no tenía una acción judicial para exigirme el cumplimiento de ese deber. Ahora, si yo lo he discriminado, podrá constituirse en parte civil, él o su grupo, ante un tribunal represivo, y reclamarme una indemnización. Pero mientras que mi fraternidad anteriormente salía de mi corazón y podía ser efusiva y sin límites, ahora, encerrada en la legalidad, va a llegar a ser despectiva o enojosa, o sutilmente controversial”

Esta religión de Estado frecuentemente conduce a algunas personas, generalmente, de buena fe - y hasta miembros de las más altas magistraturas del Estado -, a violar, en nombre de la defensa y respeto a la dignidad humana, los derechos y la dignidad de las personas. Estos modernos conculcadores de los derechos humanos - que casi siempre actúan filantrópicamente y con las mejores

G. TREJOS SALAS

intenciones, frecuentemente desconocen - o aparentan desconocer - el carácter heterogéneo y antinómico de la mayor parte de los derechos y libertades fundamentales.

Esto, más o menos, es lo que ha sucedido con la sentencia No. 2000-02306 dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las 15:20 hrs del 15 de marzo del año 2000, que prohíbe la fecundación in vitro a partir de una incorrecta interpretación del Art. IV de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esta resolución es vinculante tanto en sus parte considerativa como resolutive. En efecto, como ha dicho la Sala Constitucional en el voto No. 0133-197 de las 14:18 del 1 de abril de 1997 "...No está demás recordar, finalmente, que - como se ha dicho antes (por ejemplo, en sentencias Ns. 13-95 y 7062-95) - que la vinculatoriedad que caracteriza a la jurisprudencia constitucional, se refiere tanto a la parte considerativa como dispositiva de la sentencia, en el tanto que aquélla claramente condiciona y determina a ésta..."

También en el voto No. 2448-95, a las 15:30 hrs, del 16-5-95, la Sala Constitucional expresó lo siguiente "... Para la Sala resulta claro que todo lo actuado por el Poder Ejecutivo tiene sustento en el oficio número 1070 del siete de setiembre del mil novecientos noventa y cuatro de la Contraloría General de la República, que siendo el órgano de fiscalización superior de origen constitucional, lo vincula con sus criterios. Pero, también resulta meridianamente nítido, que la opinión en cuestión, no pasó de ser una interpretación literal de la parte resolutive de la sentencia, que ignoró toda la parte considerativa, doctrina que también es vinculante. Es decir, el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional menciona que la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para la misma Sala. Esta norma se ha interpretado por la jurisprudencia reiterada de la Sala, en el sentido de que por jurisprudencia y precedentes debe entenderse tanto la parte considerativa como resolutive de la sentencia..."

La referida sentencia viola el ordenamiento jurídico, nacional e internacional, por las siguientes razones:

1. Conforme al Derecho Costarricense y a la Convención Americana el embrión no tiene personalidad jurídica

Uno de los fundamentos básicos de la sentencia consiste en la errónea afirmación de que el embrión humano es, según el Derecho Costarricense y la Convención Americana de Derechos Humanos, persona jurídica.

Para poner en evidencia lo erróneo de esa afirmación es suficiente examinar el artículo 31 del Código Civil costarricense. Categóricamente esta norma dispone, en su párrafo primero, que "La existencia de la persona física principia al nacer

viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento”. Ello significa que conforme al ordenamiento jurídico costarricense, para ser plenamente sujeto de derecho, para ser persona jurídica física (en contraposición a las personas jurídicas morales), se precisan, necesariamente, dos requisitos o condiciones: 1. nacer y 2. nacer vivo. Así, pues, relativamente al ser humano, su nacimiento en las condiciones que el derecho exige, es lo que determina su aptitud para ser sujeto de derecho (o, lo que es lo mismo, su personalidad jurídica).

Pero, ciertamente, conforme al derecho interno de Costa Rica y a la Convención Americana, aún antes de que la criatura nazca, ya la ley le extiende su protección de varios modos. Entre ellos el reputarla nacida para todo lo que le aproveche, pues basta con que el ser concebido encierre el germen de la racionalidad para que merezca, de parte de las instituciones jurídicas, el apoyo que a menester a fin de que pueda hacer su entrada en la vida y que ello se realice de modo favorable (*Infans conceptus pro nato habetur quoties de comodo ejus agitun*).

Como se deduce de una lectura atenta y correcta del artículo 31 del Código Civil, los efectos jurídicos atribuidos por el derecho costarricense a la concepción quedan condicionados a que el nascituro reúna al nacer los dos requisitos que son las condiciones necesarias para que adquiera personalidad jurídica: el nacimiento (separación total de la madre) y que nazca con vida (argumento confirmado también por artículo 1400 del Código Civil). Así, la personalidad que el derecho le otorga al niño intrauterino al mismo tiempo que fragmentaria, es condicional. Su eficacia está subordinada al hecho de su nacimiento con vida.

2. El derecho a la vida no es absoluto

La sentencia también incurre en el gravísimo error de considerar que el derecho a la vida es un derecho absoluto, en realidad no lo es, ni desde el punto de vista del derecho interno ni desde el punto de vista del derecho internacional.

El derecho a la vida no es un derecho protegido en forma absoluta, puesto que comporta excepciones (la pena de muerte en numerosos textos, la legítima defensa, la posibilidad de matar al adversario en caso de guerra). Por el contrario, la prohibición de la esclavitud, de la tortura y de los tratos inhumanos crueles o degradantes no sufren limitación alguna, ni siquiera temporal.

El derecho costarricense - y el de todos los países que han ratificado la Convención Americana - gradúa la protección de la vida humana y tutela de manera más intensa la vida humana conforme avanza su desarrollo y crecimiento hasta llegar a convertirse en sujeto de derecho.

La protección del embrión y del feto - que existe ciertamente - es menos intensa que la que brinda el ordenamiento jurídico a la “persona física”. El aborto

honoris causa, por ejemplo, se sanciona con una pena muy leve, mientras que el homicidio simple o calificado se castiga severamente. Nuestro derecho permite la legítima defensa (dar muerte a un atacante en defensa de la propia vida o de un tercero) y el aborto terapéutico (para salvar la vida de la madre, es lícito disponer de la vida del feto, conforme al artículo 121 del Código Penal) y castiga con pena relativamente leve el homicidio culposo. En estos casos, no obstante, pese a estar ante transgresiones del derecho a la vida, el sistema no reacciona con la severidad con que lo hace contra el homicidio simple o calificado (sea la muerte de una “persona física” con la intención de hacerlo).

En todo caso, sobre este punto el artículo 4 de la Convención Americana es concluyente: “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Ello confirma, interpretando esa disposición *a contrario sensu*, que para el derecho internacional americano de los Derechos Humanos el derecho a la vida no es un derecho absoluto (Qui dicit de uno, de altero negat. Inclusio unius fit exclusio alterius).

En la obra sobre los derechos humanos que escribí y publiqué junto con Rodolfo Piza R., en el año 1989, nos ocupamos ampliamente de este problema. Citando a Norberto Bobbio decíamos: “...es preciso subrayar el carácter no sólo heterogéneo sino antinómico de muchos de los derechos humanos”.

En efecto, mientras que algunos derechos del hombre valen en toda situación y para todas las personas indistintamente (son los derechos que se piden que no resulten limitados ni por la verificación de casos excepcionales ni en relación con una categoría, aunque sea restringida, de seres pertenecientes al género humano como, por ejemplo, el derecho a no ser esclavizado y a no ser torturados). Otros, en cambio, están en contraste con otros derechos, considerados también fundamentales, en tanto que otros finalmente han sufrido también una profunda evolución.

Asombra - añade Bobbio - lo poco que, en general, nos preocupamos por este tipo de dificultades: “como la mayor parte de dichos derechos resultan aceptados ya por el sentimiento moral común, se cree que su ejercicio es igualmente simple. Y en cambio es terriblemente complicado. Por un lado, el consenso general sobre ellos induce a creer que tienen un valor absoluto; por otro, la expresión única y genérica de “derechos del hombre” hace pensar en una categoría homogénea. En cambio, los derechos del hombre no son, en su mayor parte, absolutos, y no constituyen una categoría homogénea”.

Entiendo por “valor absoluto” - continúa diciendo Bobbio - *el status* que poseen poquísimos derechos del hombre, valederos en todas las situaciones y para todos los hombres sin distinción. Se trata de un status privilegiado que depende de una situación que se verifica muy raras veces. Es la situación en que hay derechos fundamentales que no entran en competencia con otros derechos fundamentales.

Es la afirmación obvia de que no se puede instituir un derecho en favor de una categoría de personas sin suprimir un derecho de otras categorías de personas.

El derecho a no ser sometidos a esclavitud implica la eliminación del derecho a poseer esclavos, así como el derecho a torturar.

Pues bien, estos dos derechos pueden ser considerados absolutos porque la acción que se considera ilícita como consecuencia de su institución y protección es condenada universalmente.

En la mayoría de las situaciones en que se trata de un derecho del hombre, en cambio, sucede que dos derechos igualmente fundamentales se enfrentan, y no se puede proteger incondicionalmente a uno sin convertir al otro en inoperante. Piénsese, por ejemplo, en el derecho a la libertad de expresión por una parte, y el derecho a no ser engañados, excitados, escandalizados, injuriados, difamados, vilipendiados, por la otra.

En estos casos, que son mayoría, se debe hablar de derechos fundamentales no absolutos sino relativos en el sentido de que su tutela encuentra aún en cierto punto un límite insuperable en la tutela de un derecho también fundamental pero opuesto. Y como es difícil establecer, y es siempre materia de opinión, cuál es el punto en que termina uno y empieza el otro, la delimitación del ámbito de un derecho fundamental del hombre es extremadamente variable y no puede establecerse en forma definitiva. (Vid. Rodolfo Piza R. y Gerardo Trejos "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana". Editorial Juricentro, San José, 1989, págs 180 - 181).

3. El derecho al respeto de la vida humana está protegido por la ley a partir de la concepción

Fuere cual fuere la opinión de los científicos sobre el problema de saber cuándo comienza la vida humana, lo cierto es que para la Convención Americana, y consiguientemente para el Derecho costarricense, el derecho al respeto de la vida humana está protegido, en general (no de modo absoluto), a partir del momento de la concepción. Es decir, a partir del momento de la unión del óvulo con el espermatozoide, o más precisamente, en el período conocido como zingamia, o sea en el momento que ocurre la disolución de las membranas nucleares y se fusiona el material genético masculino con el femenino (aproximadamente entre catorce y veinte horas después de que el espermatozoide penetró en el óvulo).

Desde el punto de vista jurídico, señala el Profesor Cornu, este principio es indiscutible. Esta ahí porque, dentro de la arbitrariedad que le es propia, el derecho lo dicta. No lo ha sacado de ninguna ciencia, de ninguna fe. No lo obtuvo del oratorio ni del laboratorio. No le pidió a la biología ni a la filosofía ni a la antropología, ni a la religión decir cuándo comienza la vida humana. El derecho

dictó el principio, lo dijo, no por orgullo o tiranía sino con humildad y modestia, porque se sabe incapaz de decir, con exactitud, la verdad científica o, unánimemente, la verdad moral. El derecho ha puesto una primera piedra en virtud de la sabiduría un tanto grosera que él se arroga.

La Convención Americana, al encabezar el artículo 4, proclama que “ 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.” Así, enuncia una máxima que contiene al menos tres posiciones de principio:

1. Que en la creación (es el género), toda mujer, y todo hombre pertenece a la especie humana (es un modo aristotélico) por oposición al mundo animal, vegetal y mineral (*exit* la cosa)

2. Que la vida humana es humana desde su concepción (*ab ovo* el derecho lo dice *grosso modo*) y no solamente a partir de su nacimiento, pues su nacimiento no aporta nada específico a su humanidad, la cual ya está potencialmente toda entera en el embrión (y, seguidamente en el feto).

3. Que desde ese momento la vida humana debe ser respetada, compromiso formal de la sociedad que agrega a las dos afirmaciones de natura una proclamación solemne de valor. “Respeto a ti, niño por nacer”. Tal es, para todo buen entendedor, el mensaje del artículo 4 de la Convención Americana.

Sin embargo, de lo dicho anteriormente, y de lo que expondremos más adelante, se colige claramente que del artículo 4 de la Convención Americana no se desprende -ni puede concluirse como afirma ligeramente en la páginas 18, 19 y 20 la sentencia, “...que el embrión es un sujeto de derecho...y debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano”; o que “la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (aún con restricciones) atenta contra la vida humana. El embrión es persona desde el momento de la concepción”; o 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”; o que “la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma que se desarrolla en la actualidad atenta contra la vida humana”. Y mucho menos se puede pontificar, de modo abusivo, arbitrario y prepotente que “...ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación.

4. El respeto al embrión no es absoluto

Así, entonces, el problema se reduce a saber qué exige y qué tolera ese respeto al embrión, cuestión de régimen y de medida, no de naturaleza.

La sentencia afirma -y aquí nos encontramos, en el plano de las consecuencias, con un pensamiento extremista y radical -, que el embrión está investido de todos los derechos supuestamente indivisibles de la persona.

Esta concepción de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, eclipsa en favor de la concepción el nacimiento y el crecimiento, de los que surgen, sin embargo, el desarrollo del ser como persona humana y su realización (*actus personae*). Otros, por el contrario, pensamos que el respeto debido al embrión es compatible con ciertos atentados específicos cuando la Convención Americana, en una correcta interpretación, hace prevalecer otros intereses. Respeto de rigor siempre absoluto; o respeto de la regla, con excepciones, he aquí la oposición.

A juicio nuestro la protección del embrión no es exclusiva. Tiene sus límites, como lo reconoce expresamente la Convención Americana al expresar que la vida humana se protege, en general, (es decir, en principio, relativamente) a partir del momento de la concepción. La destrucción planea pues sobre el embrión, y todos los atentados que puede sufrir son aceptados en nombre de otras consideraciones que la Convención Americana, correctamente interpretada, toma en cuenta.

Igual se proclama que el respeto debido al embrión, erigido en valor supremo, reconocido no como persona sino como una “super persona”, de alguna manera sacralizada, ahoga, indivisiblemente, cualquier otra consideración. O, bien, se admite que los derechos e intereses del concebido están en presencia y frente a otros derechos y otros intereses, que meritan también respeto y consideración: derechos del hombre y de la mujer a fundar una familia y, por consiguiente, derecho a la procreación y a producir vida humana, e inclusive derechos de la salud pública y de la investigación.

Esta segunda interpretación, que es la nuestra, abraza el conjunto de valores en juego en esta controversia y admite solamente que, en la balanza de derechos e intereses en presencia y en conflicto, se debe procurar una conciliación. Es decir, los derechos del embrión pueden ser lesionados en cierta medida y el respeto debido al nascituro es divisible y modulable en función, especialmente, del nacimiento y el crecimiento de la persona. Toda deminutio del embrión no es una inconsecuencia, sino una transacción.

El estatuto del embrión no es una lógica solitaria del embrión, sino una composición. El embrión tiene derechos; pero no es el único que los tiene. Los derechos que tiene no son superiores hasta tal punto que sea preciso sacrificar todos los demás (los derechos de la pareja a producir vida humana, por ejemplo).

El embrión por sí mismo, fuera de la madre, no se desarrolla. La posibilidad de su desarrollo y vida se lo da la madre. La fecundación in vitro solo puede darse en posibilidad de gestar vida efectiva a partir de la implantación en útero y no antes.

G. TREJOS SALAS

Si de proteger y garantizar vidas humanas se trata, la técnica de fecundación in vitro igualmente debe protegerse. Además, plenamente potencia a las familias y parejas que por esterilidad o infecundidad no pueden procrear, con lo que se fortalecen los derechos humanos y los instrumentos internacionales y locales que los tutelan.

La oposición está entre la intransigencia superlativa (en todos los sentidos del término) y la transacción, humana y no gloriosa, pero más justa.

La legitimidad de los derechos del embrión pasa, antes que nada, por la identificación de múltiples derechos en presencia. El intérprete de la Convención Americana debe alcanzar, en esta contradicción, un justo balance (en lo justo y en la justicia), un equilibrio de intereses. Garantizar la fecundación in vitro, para asegurar la proyección en el tiempo de la familia, fundamento de la sociedad, pasa por reconocer que el embrión, por sí mismo, tiene todos los derechos que le definen su individualidad, su propia posibilidad de desarrollo, con sus particulares caracteres, y que no puede estimularse las técnicas artificiales que posibilitan la creación de la vida para experimentación o hibridación con otras especies; aquellos procesos científicos que, de cualquier manera, ataquen la esencia misma del embrión, (entre otros la clonación reproductiva -prohibida ya expresamente por la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano-; la partenogénesis; la fusión embrionaria; la octogénesis, la selección de sexo, la producción de embriones para experimentación o la comercialización de semen, de óvulos y de embriones; el alquiler de vientre (maternidad subrogada) y la donación personalizada de gametos.

5. El Estado costarricense ha violado gravemente el derecho a la vida, el derecho a la protección de la familia y a la procreación y la correlación entre derechos y deberes que establece la Convención Americana

De lo expuesto anteriormente resulta claro que el Estado costarricense, al prohibir la fecundación in vitro mediante la sentencia que comentamos -único país en el mundo que la ha prohibido-, ha quebrantado gravemente los artículos 4, 17 y 32 de la Convención Americana. Veamos separadamente esas violaciones:

a.- El derecho a la vida

El derecho a la vida consiste no sólo en el respecto a la integridad física de la persona sino, además, en el derecho a dar vida (es la otra cara de la moneda). Este derecho es, ni más ni menos, que el cumplimiento del deber bíblico de “Creced y multiplicaos” que las parejas estériles o infecundas solo pueden cumplir recurriendo a las técnicas de fecundación in vitro. La sentencia, al prohibir en su parte considerativa la fecundación in vitro, viola, simple y sencillamente, el derecho a la vida.

El poeta venezolano Andrés Eloy Blanco en su poema “Canto a los hijos”

decía: “Cuando se tiene un hijo / se tienen todos los hijos de la tierra”. Y, más recientemente, el novelista Jostein Gaarder, autor de la famosa obra “El mundo de Sofía”, escribió, en su última novela “Maya”, las siguientes reflexiones de uno de sus personajes que ilustra perfectamente el drama de la esterilidad y la infecundidad:

“¿Cuántas generaciones había habido desde el primer anfibio? ¿Cuántas divisiones celulares podía anotar en la cuenta desde el primer cigoto?. Me sentí incómodamente rico de pasado. Pero no tenía ningún futuro. Luego no sería nada.

Ya ves, en esas cosas pensé, y debo añadir que pensé por los dos, por ti también. Naturalmente también pensé en el hecho de que ya no tenía hijos. Me sobrevino como una bofetada el que hasta aquí yo era la primera generación sin hijos de una sola y larguísima estirpe que contaba cientos de millones de generaciones antes que yo. Porque, como es sabido, el no tener hijo no se hereda, es una de las leyes de la biología evolutiva, es decir que no tener hijos es una cualidad tan desfavorable que se elimina inmediatamente por sí misma. Solo los que tienen hijos pueden soñar con tener nietos, y sin nietos nunca serás bisabuelo o bisabuela.

Ahora que todo marchaba tan bien..., pensé. Ahora, cuando justo había estado admirando los viejos tesoros de la familia. En cierta manera era riquísimo, tenía millones de viejos tesoros familiares en el fondo del baúl. Pero me encontraba al final del viaje. Tenía casi cuarenta años, y no vislumbraba un atisbo de una posible descendencia. Me sentía muy solo en el mundo, inmensamente abandonado a mi suerte”.

b.- El derecho a la procreación

Este derecho (que comprende el derecho a procrear y el derecho a no procrear), también ha sido violado por el Estado costarricense. Aunque el derecho a la procreación no aparece expresamente reconocido en la Convención Americana sí está implícitamente reconocido en el artículo 17 de la referida Convención cuyo acápite 2º reconoce “el derecho del hombre y la mujer a fundar una familia”, que supone hijos, distinguiéndolo claramente del derecho a contraer matrimonio, que es exclusivamente, en la legislación costarricense y en la Convención Americana, la unión de un hombre y una mujer, cuando tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas.

Sobre el derecho a la procreación, y en particular sobre el derecho a la procreación médicamente asistida, es preciso señalar como bien expresa Gérard Cornu - uno de los más eminentes civilistas del siglo XX- “...la procreación asistida, fuerte proyecto parental, se torna hacia la vida; favor a la vida. El derecho del embrión no es un estatuto de la muerte, sino un derecho de la esperanza, una sonrisa a la procreación...”(Vid. L'article du droit en quête de sagesse” P.U. F,

G. TREJOS SALAS

París 1998, pág. 12).

c.- Correlación entre deberes y derechos

Una piedra angular de la Convención Americana es el artículo 32.2 que prescribe, con justa razón, que “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. Esta disposición recoge expresamente el principio -ya explicado- según el cual los derechos humanos son relativos y absolutos: mis derechos terminan donde comienzan los derechos de los demás. La sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ignora -y quebranta- esta norma, elemental en todo ordenamiento jurídico.

El derecho objetivo ciertamente aporta su protección al derecho subjetivo. Lo sanciona. Concorre a asegurar su respeto. Pero esta tutela no es, sin embargo, incondicional. El derecho subjetivo, en cuanto prerrogativa individual pero no absoluta, está sujeto desde su creación y durante su realización, a reglas que temperan el absolutismo y atenúan el exceso de individualismo que ese derecho podría desarrollar, como lo ha expresado magnífica y agudamente el Profesor Gérard Cornu (Vid. Derecho Civil, Vol. 1 Introducción, Editorial Juricentro, San José, 1997, pág. 37).

6. El estatuto del embrión en la jurisprudencia internacional

Ni la Corte Europea ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el estatuto del embrión en el Derecho Internacional. Existe si, una resolución de la Comisión Europea de Derechos Humanos que expresa que el *nasciturus* no tiene un derecho a la vida de carácter absoluto (caso N° 8416/1979).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante Resolución N° 23/81 de 6 de marzo de 1981 (caso 2141, Estados Unidos de América) también se pronunció sobre el tema. En esa importante resolución, que citamos *in extenso* por su importancia, concluyó que en los instrumentos interamericanos de Derechos Humanos la protección del embrión no tiene un carácter absoluto. En esa ocasión la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formuló las siguientes consideraciones:

"10. La breve historia legislativa de la Declaración no apoya el argumento de los peticionarios, como puede inferirse de las siguientes informaciones y documentos:

a. De acuerdo con la resolución XL de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (México.1945), el Comité Jurídico Interamericano, con sede en Río de Janeiro, formuló un Proyecto de una Declaración Internacional de los Derechos y Deberes

del Hombre para que lo estudiara la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos (Bogotá. 1948). Ese texto preliminar sirvió a la Conferencia de base para las discusiones, juntamente con el texto preliminar de una declaración similar preparada por las Naciones Unidas en diciembre de 1947.

b. El artículo 1, sobre el derecho a la vida, del Proyecto sometido por el Comité Jurídico expresa: "Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción; al derecho a la vida de los incurables, imbéciles y dementes. La pena capital puede aplicarse únicamente en casos en que se haya prescrito por leyes pre-existentes por delitos de extrema gravedad". (Novena, Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. V, p. 449).

c. Se formó un grupo de trabajo para que estudiara las observaciones y enmiendas introducidas por los delegados y preparara un documento aceptable. El grupo sometió, en efecto, a la sexta comisión, un nuevo texto preliminar con el título de Declaración Americana de los Derechos y Deberes Fundamentales del Hombre, cuyo artículo I decía, "Todo ser humano tiene derecho a la vida, libertad, seguridad, o integridad de su persona".

d. Este artículo 1, completamente nuevo, y algunos cambios substanciales introducidos por el grupo de trabajo en otros artículos, han sido explicados por el mismo grupo en su informe a la comisión sexta, como un arreglo al que se llegó para resolver los problemas suscitados por las delegaciones de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela, principalmente como consecuencia del conflicto entre las leyes de esos Estados y el texto preliminar del Comité Jurídico (Actas y Documentos, Vol 5, pp. 474-484,513-514).

e. En relación con el derecho a la vida, la definición dada en el Proyecto del Comité Jurídico es incompatible con las leyes que rigen la pena capital y aborto en la mayoría de los Estados americanos. En efecto, la aceptación de este concepto absoluto -- el derecho a la vida desde el momento de la concepción -- habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países, porque dichos artículos excluían la sanción penal por el crimen de aborto si se lo ejecutaba en uno o más de los siguientes casos: A) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; B) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; C) para proteger el honor de una mujer honrada; D) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa, y E) por angustia económica

f. En 1948 los Estados americanos que permitían el aborto en uno de

G. TREJOS SALAS

dichos casos y en consecuencia, hubieran sido afectados por la adopción del artículo 1 del Comité Jurídico, fueron: Argentina -artículo 86 n.1 2 (casos A y B); Brasil -artículo 128 n I. II (A y B); Costa Rica - artículo 199 (Caso A); Cuba - artículo 443 (casos A. B. y D); Ecuador - artículo 423 n.1,2 (caso A y B); México -Distrito y Territorios Federales - Artículos 332 e. y 334 (Casos A y 8); Nicaragua - artículo 399 /intento frustrado/ (caso C); Paraguay - artículo 352 (caso A); Perú - artículo 163 (caso A. para salvar la vida o la salud de la madre); Uruguay - artículo 328 n. 1-5 (casos A. B. C. y F), el aborto debe ejecutarse en los primeros tres meses de gravidez); Venezuela - artículo 435 (caso A); Estados Unidos de América -véanse- las leyes estatales y precedentes; Puerto Rico S S 266, 267 - caso A (Códigos Penales Iberoamericanos - Luis Jiménez de Asua. Editorial Andrés Bello, Caracas, 1946, Vol. I y II).

g. El 22 de abril de 1948, el nuevo artículo I de la Declaración, preparado por el grupo de trabajo, fue aprobado por la comisión sexta con un pequeño cambio de redacción en el texto español (no hubo texto inglés oficial en esta etapa) (Actas y Documentos. Vol. V, p. 510-516 y 579). Finalmente, el texto definitivo de la Declaración en cuatro lenguas: español, inglés, portugués y francés, fue aprobado en la séptima sesión plenaria de la conferencia, el 30 de abril de 1948. y el Acta Final se firmó el 2 de mayo. La única diferencia en la última versión es la supresión de la palabra "integridad" (Actas y Documentos, Vol. VI, p. 297-298; Vol. I p. 231.234,236,260 y 261).

h. En consecuencia, Estados Unidos tiene razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio.

11. El segundo argumento de los peticionarios, respecto a encontrar en la Convención elementos para interpretar la Declaración, requiere también un estudio de los motivos que prevalecieron en la Conferencia de San José al adoptarse la definición del derecho a la vida.

12. La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, celebrada en Santiago de Chile en 1959, encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la preparación de un Proyecto de convención de derechos humanos que los Estados Americanos deseaban suscribir desde la Conferencia de México de 1945.

13. El Proyecto, preparado por ese Consejo en dos semanas, fue origen de la Declaración Americana aprobada en Bogotá, pero también recibió la contribución de otras fuentes, inclusive los trabajos iniciados en las

Naciones Unidas. Contiene 88 artículos, empieza con una definición del derecho a la vida (artículo 2), en la cual se volvió a introducir el concepto de que “Este derecho estará protegido por la ley desde el momento de la concepción”, véase el Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968 - Organización de los Estados Americanos, Washington. D.C, 1973. p. 67 y 237). 23. La Segunda Conferencia Especial de Estados Americanos (Río de Janeiro, 1965) consideró el proyecto del Consejo y otros dos textos preliminares presentados por los gobiernos de Chile y Uruguay, respectivamente, y solicitó que el Consejo de la OEA, en cooperación con la CIDH, preparase un Proyecto de Convención para presentarlo a la conferencia diplomática que habría de convocarse con este propósito.

14. El Consejo de la OEA, al considerar la Opinión emitida por la CIDH sobre el Proyecto de Convención preparado por el Consejo de Jurisconsultos, encomendó a la Comisión que estudiara dicho texto y elaborara otro definitivo para transmitirlo como documento de trabajo a la Conferencia de San José (Anuario, 1968. p. 73-93).

15. Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de “desde el momento de la concepción”, con las objeciones suscitadas, desde la Conferencia de Bogotá sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto *inter-alia*, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro, la CIDH volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras “en general”. Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2:

1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho, estará protegido por la ley, en general desde el momento de la concepción” (Anuario. 1968, p. 321).

2. El relator propuso, en esta segunda oportunidad de discusión de la definición del derecho a la vida, eliminar la frase final entera “... en general, desde el momento de la concepción”. Repitió el razonamiento de su opinión disidente, es decir, que se basaba en las leyes sobre aborto vigentes en la mayoría de los Estados americanos, con la siguiente adición: “para evitar cualquier posibilidad de conflicto con el artículo 6 párrafo 1, del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derecho Cívicos y Políticos, que establece este derecho únicamente de manera general” (Anuario 1968. p. 97).

3. Sin embargo, la mayoría de miembros de la Comisión creyeron que, por razones de principio, fundamental formular la disposición sobre la protección del derecho a la vida en la forma recomendada al Consejo de la OEA en mi Opinión (primera parte). Se decidió, por tanto, mantener el

G. TREJOS SALAS

texto del párrafo 1, sin cambios (Anuario, 1968, p. 97).

4. En la conferencia diplomática que aprobó la Convención Americana, las delegaciones del Brasil y de la República Dominicana presentaron enmiendas separadas de eliminación de la frase final del párrafo 1 del artículo 3 (derecho a la vida), o sea, “en general desde el momento de la concepción”. La delegación de Estados Unidos apoyó la posición del Brasil (Conferencia Especializada Americana sobre Derechos Humanos -Actas y Documentos -Washington, D.C. 1978, (reimpresión), p. 57. 121 y 160).

5. La delegación del Ecuador apoyó, en cambio, la eliminación de las palabras "en general". Por fin, por voto de la mayoría la conferencia adoptó el texto preliminar sometido por la CIDH y aprobado por el Consejo de la OEA el cual continúa hasta el presente como texto del artículo 4, párrafo 1, de la Convención Americana (Actas y Documentos p. 160 y 481).

6. A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase “en general, desde el momento de la concepción” no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios”.

7. La responsabilidad del Estado - Juez

Rodolfo Piza R. y Gerardo Trejos en su obra “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana” pág. 149 expresan lo siguiente:

“En el ámbito de los Derechos Humanos todo asunto que involucre derechos humanos (que en el fondo son todos aquellos que interesan a la humanidad), ningún Estado u órgano judicial puede sostener que la opinión de sus tribunales es definitiva, sobre todo si tal Estado reconoce la jurisdicción obligatoria de Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, como el Tribunal Europeo o la Corte Interamericana.

Para estos países, aunque de ello se hayan percatado pocos, las Cortes Supremas no son ya supremas, ni crean por sí mismas “cosa juzgada”, pues están sobre ellas esos tribunales internacionales, que pueden revisar todo lo actuado, corregir y enmedarle la plana a esos tribunales internos.

Esta sola idea, es la revolución más grande de la tarea judicial que haya acontecido desde las revoluciones inglesa, americana y francesa”.

Esta doctrina ha sido recogida y aplicada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Véase, al respecto, entre otros, el Caso “La última tentación de Cristo” (demanda 11803), interpuesta ante la Corte por la Comisión Interamericana el 15 de enero de 1999 y que se refiere a la supuestas violaciones de algunos artículos de la Convención Americana, derivadas de la censura judicial interpuesta por la Corte Suprema de Chile, mediante resolución del 17 de junio de 1997. La Comisión considera que esa decisión violó el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de conciencia consagrados en los artículos 12 y 13 de la Convención Americana en perjuicio de la sociedad chilena y de varios denunciantes. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte, basada en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la reparación de las consecuencias de las violaciones objeto de la demanda.

8. Debates abiertos

La regulación de las técnicas de reproducción asistida plantean numerosos problemas de filosofía ética y filosofía jurídica. Mencionaremos, a modo de ejemplo, solamente algunos:

a. *La fecundación post mortem*

La posibilidad de conservar el semen congelado por un largo tiempo plantea una grave problemática con un notable trasfondo moral. Se dice que con la inseminación post mortem se pretende un imposible, que es hacer revivir la muerte a través del nacimiento del niño, para prolongar la vida de su padre. En la doctrina la Profesora Catherine Labrusse-Riou se opone categóricamente a esta posibilidad :

“ ...como si se pudiera ser hijo de un patrimonio genético, como si, aunque fuese por amor o por deseo de inmortalidad, se pudiera disponer de sí mismo o de otro, engendrar y fundar una filiación fuera de toda alianza de padre y madre, fuera de toda relación viviente. La filiación, en tal caso, no sería más que una abstracción fantasmal o el hecho de una célula... “. (Vid. *La vérité et le droit*, Association Henry Capitant, París, 1989, pág.119).

b. *Debe permitirse a la mujer sola –soltera, viuda o divorciada- el acceso a las técnicas de fecundación asistida?*

Cuestión muy debatida es la de si las técnicas de fecundación asistida deben estar reservadas a los cónyuges o convivientes, o si también pueden tener acceso a esas técnicas las mujeres solas. Para prohibir esta posibilidad el Profesor Cornu ha desarrollado ampliamente un argumento, a juicio nuestro, decisivo: “...puede

suceder que la procreación asistida respete la genealogía. Es lo que se produce en la inseminación artificial con el espermatozoide (fresco o conservado) de su marido (no estéril). Es también el caso de la fecundación *in vitro* realizada en el seno de una pareja, con las fuerzas genéticas de los cónyuges o convivientes. La asistencia que procura la procreación artificial consiste entonces en un simple reemplazo de las fuerzas genéticas de la pareja. El hijo conserva su árbol genealógico natural, su filiación no sufre perturbación alguna.

Pero en otras hipótesis, la procreación artificial comporta otra especie de servicio. Ello ocurre cuando se realiza mediante el aporte, a una pareja o a una mujer, de fuerzas genéticas exteriores. La asistencia en este caso no se limita a un reemplazo, sino a una importación. Esto puede ocurrir en tres casos: a) cuando la mujer soltera, viuda o divorciada recibe las fuerzas genéticas anónimas de un hombre, ya sea directamente y sola (IAD: inseminación artificial con donante), b) previamente asociadas (*in vitro*) [a aportes femeninos extraños a la mujer que los recibe] (fecundación *in vitro* con donación de óvulo), y c) fecundación *in vitro* con donación de embrión. El problema como puede observarse se presenta tanto para el espermatozoide y el óvulo separadamente como para el embrión.

Cuando ello ocurre, el trasplante hace desaparecer las líneas ascendentes del parentesco o una de ellas. En su ascendencia legal el hijo no podrá contar a la persona que ha aportado la contribución genética que le ha permitido ser procreado. Se produce, pues, una transferencia genética de un productor a un utilizador. En los tres casos la procreación artificial persigue la fundación de una familia mono parental o unilineal.

El carácter singular de estas tres hipótesis es que la mujer sola trae al mundo un hijo sin padre, puesto que la donación será siempre anónima. Pero al derecho de la mujer a la maternidad, se opone el derecho indiscutido del hijo a tener una familia biparental, derecho que no puede ser el juguete de la voluntad de uno solo de los padres. Reducido a tener solamente un vínculo, unilateral, el hijo se encuentra necesariamente privado de todo ligamen con el otro padre y, por consiguiente, privado de la vocación alimentaria o sucesoria y destinado a no tener más que un patrimonio moral en vez de dos. (Vid. Gérard Cornu, *La procréation dite artificielle et les structures de la parenté en l'article Du droit en quête de sagesse*. PUF. París, 1998. pág.121).

Al razonamiento que antecede podría objetársele que la familia monoparental existe ya: situación de la madre soltera, viuda o divorciada con un hijo y, sobre todo, que dentro de las familias monoparentales existen verdaderas familias unilineales: las que resultan del establecimiento unilateral de la filiación extramatrimonial. Pero si bien se observa la situación de estos casos es radicalmente diferente, puesto que la familia unilineal existe por causas exteriores (ausencia del reconocimiento del padre) y no por la mera voluntad de la madre. Además en estas hipótesis el hijo tiene siempre la *posibilidad* de establecer algún día la filiación biparental mediante un proceso de investigación de paternidad o por

el reconocimiento del padre, mientras que el caso de la fecundación asistida de la mujer sola esta posibilidad no existe.

c. ¿Donación anónima o personalizada?

Unánimemente las legislaciones optan por el anonimato de la donación. Bajo el término de anonimato, se caracteriza, en primer término, el secreto que, entre el donante y el receptor, interpone la intervención del organismo operatorio. En verdad, ese secreto no existe al momento de la extracción del esperma o del óvulo, respecto del organismo que procede a realizarlo, y éste conserva en sus archivos (cubiertos por el secreto profesional) los elementos de identificación del donante.

La regla del secreto significa, pues solamente: 1) que la personalidad de quien ha aportado sus fuerzas genéticas no es revelada al solicitante de la inseminación artificial o de la implantación de la *fecundación in vitro*, que no es admisible ninguna investigación ulterior tendiente al establecimiento voluntario o judicial de la filiación, de parte del donante (reivindicación de hijo, reconocimiento de paternidad o de maternidad), ni de parte del hijo [investigación de paternidad o maternidad]. El procedimiento, al abrigo del procedimiento originario y de la excepción de inadmisibilidad, escapa al inconveniente de mantener o establecer entre el donante y el receptor un vínculo de consecuencias dudosas.

Más profundamente, la donación anónima lleva la marca de un segundo carácter esencial para fundar su legitimidad: su carácter mediato. Esta circunstancia opera un cambio en la finalidad de la operación, es decir, a la vez en su destinación objetiva y en la intención que la anima. El destinatario del aporte es, de cierta manera, - como bien ha señalado el Profesor Cornu - la colectividad, la sociedad, el género humano, y la intención liberal deviene, como en la donación de sangre, un acto de generosidad pública. *Público*, he aquí la palabra clave. En ese cambio, la operación trasciende del derecho privado al derecho público. Dos ventajas relativas resultan. No siendo injerto *ad personam* de un árbol genealógico, sino semilla lanzada el viento, la operación no está encerrada en una relación interpersonal, corta tajantemente todas las interferencias jurídicas y humanas. No postula que las fuerzas genéticas estén en el comercio o en el patrimonio. Entra en el orden de la filantropía o del patriotismo. Así como ciertas personas donan a una fundación o a un país su sangre, su vida, sus penas, otros donan sus fuerzas genéticas.

d. Pérdida de embriones

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha afirmado - erróneamente - que la técnica de la fecundación in vitro conlleva una elevada pérdida de embriones. En realidad se puede concluir que de cien óvulos fertilizados en forma natural nacen relativamente pocos niños. Algunas estadísticas sugieren cifras cercanas o inferiores al veinte por ciento.

Los destinos posibles de un embrión humano son los siguientes:

1. Que no ocurra la implantación;
2. Que implante y se reabsorba (microaborto, aborto bioquímico o aborto subclínico);
3. Que implante, evolucione hasta embarazo clínico y se aborte;
4. Que implante fuera de la cavidad uterina (embarazo ectópico);
5. Que degenera en una enfermedad trofoblástica (degeneración cancerosa de la placenta);
6. Que muera intrauterinamente (por malformaciones o enfermedad materna);
7. Que llegue al final de la gestación y muera durante el parto y,
8. Que llegue al final de la gestación y nazca vivo.

Bibliografía

Alvarez F et al(1988) New insights on the mode of action of intrauterine contraceptive devices in women. *Fertil Steril.*, 49 (5): 768-71;

Hertig, A.T., et al. (1952) Thirty-four fertilized human ova, good, bad and indifferent recovered from 210 women of known fertility. *Paediatrics*,23,202-211;

Wilcox,A.J. et al. (1988) Incidence of early loss of pregnancy. *N. Engl. J. Med.*, 319,189-194;

Lopata, A.,et al. (1989) The surplus human embryo: its potential for growth, blastulation, hatching, and human chorionic gonadotropin production in culture. *Fertil Steril* 51: 984-991;

Buster,J.E. et al. (1985) Biologic and morphologic development of donated human ova recovered by nonsurgical uterine lavage. *Am J Obstet Gynecol* 153: 211-217;

Warner, C. et al. (1998) Genetic regulation of egg and embryo survival. *Human Reproduction* 13: 178-190