

# ¿*Quo vadis* Corte Interamericana de Derechos Humanos?<sup>1</sup>

Por Jorge Scala<sup>2</sup>

## 1. Introducción

El fallo en análisis contiene una enorme cantidad de falacias. Las esenciales han sido desnudadas por el voto disidente del Dr. Eduardo Vio Grossi. En este trabajo me propongo tratar dos tópicos: a) si la fecundación *in vitro* (FIV) es la respuesta a un problema de salud o no y, en tal caso, cómo responde; y b) el alcance de la tutela de la vida humana del *nasciturus*, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Respecto de ambas cuestiones, la resolución argumenta con los siguientes elementos:

1.a. La FIV: 1°) la infertilidad sería una enfermedad; 2°) la salud sería el completo bienestar físico, psíquico y social –vulnerado por la infertilidad; 3°) la salud *reproductiva* incluiría el derecho a utilizar toda técnica que sirva para asegurarle a cada quien la procreación, en el momento en que lo quisiera; 4°) la FIV sería un tratamiento médico que curaría la infertilidad; 5°) estarían prohibidas por la CADH las restricciones “desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan a cada persona”; y 6°) como la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica prohibiendo la FIV implicaría una restricción desproporcionada, el fallo dispone –entre otras cosas- que “El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV”.

1.b. La tutela de la vida según el art. 4.1 de la CADH: 1°) la locución “en general” implicaría que el inc. 1, del art. 4 de la CADH tutelaría, en forma relativa, el derecho a la vida; 2°) la “concepción” sería un proceso que va desde la fecundación hasta la implantación del óvulo fecundado en el útero materno; por tanto, antes de la implantación no habría ninguna tutela jurídica para el *nasciturus*; 3°) supuesto que la concepción se realizaría en el seno materno, entonces, el objeto directo de protección del art. 4.1 de la CADH sería la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realizaría esencialmente a través de la protección de ella (*sic*); 4°) el derecho a la vida de la persona por nacer -vulnerado por las pérdidas de vidas humanas que genera la FIV-, debería ceder porque implicaría una severidad desproporcionada, al compararla con la discapacidad, el *género* (*sic*) y la situación socioeconómica.

## 2. La infertilidad

En la nota n° 57 del voto mayoritario se afirma: “Como explicó el perito Zegers-Hochschild, según la Organización Mundial de la Salud, la infertilidad constituye una enfermedad del sistema reproductivo (expediente de fondo, tomo VI, folio 2818)”. La prueba es por demás endeble: la OMS es un órgano geopolítico de la ONU<sup>3</sup>, carente de cualificación científica, no se cita ningún trabajo de dicha institución donde conste la afirmación, y el perito no ha dado razón alguna de su tesis, sólo el argumento de autoridad de una institución que carece de ella... Es una afirmación dogmática.

Con estos elementos insuficientes, se da por probado el hecho que la infertilidad sería una afección del sistema reproductivo. Cabe preguntarse si esto es verdad, aún con la provisionalidad de toda verdad “científica”. Para responder a esta inquietud en preciso discernir previamente dos cuestiones: a) ¿qué es una enfermedad?, y b) ¿qué es la infertilidad? Aquí vamos:

2.a. La enfermedad según la OMS: En el párrafo 148 del fallo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sostiene que “la salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, apoyándose para ello en la constitución de la OMS,

<sup>1</sup> Este artículo fue publicado en “El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia” de la Universidad Católica Argentina, en su sección Política Criminal, el 23 de mayo de 2013, pág. 1 al 6.

<sup>2</sup> Abogado (Universidad Nacional de Córdoba), premio Tomás Moro en la categoría justicia, premio Juan Pablo II a la defensa de la vida, profesor honorario de la Universidad Ricardo Palma (Lima), autor de 6 libros y de un centenar de artículos –sobre vida y familia- publicados en revistas especializadas de varios países.

<sup>3</sup> Me remito a los muy documentados libros: “La cara oculta de la ONU”, de Michel Schooyans, Ed. Diana, México, 2002 y “El desarrollo sustentable”, de Juan Claudio Sanahuja, Ed. Vórtice, Buenos Aires, 2003. Específicamente respecto de la OMS, me ocupé en el libro “IPPF – La multinacional de la muerte”, 6° Edición, Ed. Inelec, Quito, 2011, págs. 209/17.

adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional (Nueva York, 19-22.7.46). En consecuencia, quien no tuviera un “completo” bienestar físico, mental y social –por ejemplo un desocupado o quienes no sea intelectualmente superdotado-, carecería de la salud debida (*sic*), sería un enfermo *sui generis* –porque no tendría ninguna enfermedad, pero tampoco tendría salud-.

Analizado con seriedad, tal concepto de “salud” se parece más al paraíso que Mahoma prometió a los soldados que murieran en la “guerra santa” o, eventualmente, a la bienaventuranza eterna de los cristianos, excluyendo la visión beatífica. En cualquier caso, tal cosa no pertenece a “este” mundo, pues es absolutamente imposible lograrlo siquiera un instante.

Al respecto, Pedro Morandé observa con agudeza, que “El mismo concepto de salud definido por la Organización Mundial de la Salud y comúnmente aceptado, contiene todos los elementos necesarios para el reduccionismo tecnológico. Se define la salud como el ‘estado de completo bienestar físico, psíquico y social y no sólo la ausencia de enfermedad’. En virtud de esta definición, ningún ser humano puede considerarse nunca sano y el Estado queda facultado para intervenir, a través de la práctica médica en cualquier ámbito de la existencia, sin limitación de ningún tipo”<sup>4</sup>. No es una definición inocente o neutra. Como veremos, este fallo confirma la intuición del destacado profesor chileno, solo que a nivel supraestatal.

Aun cuando el concepto “amplio” de salud de la OMS tuviera algún valor en el campo de la medicina; el mismo resulta inane en el derecho. La razón es obvia: *ad impossibilia nemo tenetur*, es decir que nadie puede ser obligado a realizar algo imposible. Y si nadie puede ser obligado a realizar o abstenerse de una conducta, estamos fuera del campo jurídico. En pocas palabras, esa definición de salud jamás podría ser utilizada para fundamentar una sentencia. Y de hacerlo, la misma devendría en insanablemente nula, por arbitrariedad manifiesta.

2.b. La enfermedad según la realidad: Desechado el concepto ideológico de salud, cae también el concepto de enfermedad de la OMS, originado en idéntico prejuicio. En cualquier caso, la frágil condición humana experimentada por todos, hace indudable la existencia de la enfermedad. Así como el mal no tiene entidad por sí mismo, sino que se trata de la carencia del bien debido y, por tanto, no es “algo” sino por el contrario, la carencia de “algo” concreto: el bien debido. De modo semejante, la enfermedad es la carencia de la salud debida de un ser humano de carne y hueso. Puede ser una afección física, psíquica, psico-somática o espiritual, pues puede radicar en cualquiera de las vastas y complejas dimensiones de la persona humana.

2.b.1. Por él se ha caracterizado la acción terapéutica, como la “ciencia o arte de aplicar bien los remedios, según las indicaciones recogidas en el estudio de la enfermedad”. Así, la terapia puede ser: profiláctica, curativa o paliativa, según el fin perseguido por el terapeuta. En pocas palabras, el acto médico previene, cura o, al menos, mitiga las dolencias o efectos colaterales de las enfermedades<sup>5</sup>.

2.c. El derecho a la salud: Así las cosas, el derecho individual a la salud tiene dos elementos: uno negativo –la prohibición de atentar contra la salud ajena-, y otro positivo –procurar el restablecimiento de la salud del paciente, más la reparación del daño causado, en caso que la dolencia haya sido provocada por el accionar de un tercero-. A nivel social, dicho derecho incluye también la obligación subsidiaria del Estado de organizar un sistema sanitario eficaz, con el debido planeamiento, ejecución y contralor de la política sanitaria, que respete debidamente el justo ordenamiento jurídico.

2.d. ¿Qué es la infertilidad?: Tal como la fiebre no es una enfermedad, sino la consecuencia de una dolencia –sea gripe, una infección, etc.-; la infertilidad tampoco es una enfermedad, sino la consecuencia de una dolencia. Diversas son las enfermedades del varón o la mujer, que pueden conducir a la infertilidad. Pueden clasificarse en dos grupos: “Un primer grupo incluye aquellas alteraciones que suponen un obstáculo físico o bioquímico, a que los gametos, bien constituidos y maduros, puedan encontrarse y

---

<sup>4</sup> “Vida y persona en la posmodernidad”, capítulo del libro “¿Qué es la vida? La bioética al debate, dirigido por Angelo Scola, Ediciones Encuentro, Madrid, 1999, pág. 112. Me ocupé de este asunto en el artículo “Subversión del orden natural por el concepto de salud de la OMS y los ‘principios’ de bioética”, ED, 194-924.

<sup>5</sup> Ilustro la idea con un ejemplo: la vasectomía no puede ser un acto terapéutico, puesto que ni previene, ni cura ni es paliativo de ninguna enfermedad. Por el contrario, es una grave mutilación, ya que impide al aparato procreador masculino cumplir su función natural de engendrar. Es una grosera violación del derecho a la salud.

reconocerse específicamente, y con ello inducirse mutuamente la activación requerida para la fecundación. La obstrucción de las trompas... es el impedimento más frecuente. La infertilidad puede deberse también a las características del *moco cervical*... En la fase de la ovulación el moco cervical tiene una composición y propiedades que hacen que sirva de nutriente para los espermios al mismo tiempo que permite un tránsito fácil de éstos. Cuando el moco está alterado se convierte en un obstáculo para que los espermios alcancen el óvulo.”

“Un segundo grupo corresponde a alteraciones de las características de los gametos. Concretamente en la esterilidad masculina, las causas que incapacitan o disminuyen substancialmente la capacidad fecundante de los espermatozoides pueden ser: un déficit en la producción (*oligospermia*), la disminución de su movilidad (*astenospermia*), o la existencia de una proporción elevada de espermios inmaduros (*teratospermia*). De igual forma, factores que regulan el funcionamiento ovárico pueden provocar la inmadurez del óvulo e incapacitarlo para la fecundación”<sup>6</sup>.

En consecuencia, la infertilidad –incapacidad de concebir o engendrar-, no es una enfermedad, sino que es la consecuencia de una o varias enfermedades del varón, la mujer, o de ambos. Por tanto, la única forma posible de eliminar la infertilidad, consiste en tratar y curar la enfermedad concreta que la ha causado en cada ser humano<sup>7</sup>. Ello es así por una sencilla razón: si una enfermedad es causa de la infertilidad, una vez curada la dolencia, cesa la consecuencia de la misma –la infertilidad-. Por ejemplo, cuando la causa de la infertilidad es una obstrucción tubárica, se realiza el siguiente procedimiento terapéutico en dos fases: 1º) analizar la integridad de la mucosa de las trompas de Falopio, mediante una *salpingoscopia*; y si la misma está sana, 2º) una microcirugía tubárica tendiente a remover el obstáculo. Si el procedimiento es exitoso, se obtiene la curación de la paciente y, por ende, la total eficacia de la acción terapéutica.

Ahora corresponde estudiar el modo en que la FIV actúa frente a la infertilidad.

### **3. La fecundación *in vitro*:**

La FIV es una técnica de fecundación extracorpórea. Una descripción típica de la misma nos dirá, que consiste en los siguientes pasos: “...muestra de esperma por masturbación, punción bajo celioscopia o ecografía de los ovocitos, cuya producción ha sido previamente estimulada (se obtienen entre seis y diez, en lugar de uno solo por ciclo), fecundación de la totalidad de los ovocitos, implantación de varios embriones así obtenidos –habitualmente tres- en el útero de la mujer que puede ser la de la pareja inicial (fecundación homóloga), o de una mujer diferente (fecundación heteróloga), congelación de los embriones sobrantes en nitrógeno líquido a -196°C. El embarazo se desarrolla de manera normal, salvo que, en el caso de una FIVET heteróloga, el niño sea retirado a la madre ‘portadora’, desde su nacimiento, para ser entregado a la madre social”<sup>8</sup>.

Esta síntesis nos permite preguntar si la FIV es -o no- un procedimiento terapéutico, y en caso negativo, qué cosa es en verdad. Como hemos visto, la infertilidad no es una enfermedad, sino la consecuencia de alguna dolencia concreta. También hemos concluido que una acción terapéutica debe consistir en prevenir, curar o paliar alguna enfermedad. Releyendo la descripción precedente, resulta obvio que la FIV no previene, ni cura, ni trata ninguna enfermedad. En efecto, si la mujer tiene obstrucción tubárica, luego de la FIV continuará con sus trompas de Falopio ocluidas. Si el varón tiene *oligospermia*, luego de la FIV, la misma continuará en idénticas condiciones. Y el mismo análisis cabe con el resto de las enfermedades que causan la infertilidad. En pocas palabras, la FIV jamás podría ser una acción terapéutica.

Entonces, ¿qué cosa es la FIV? Pregunta inquietante. Las definiciones deben corresponder a la realidad de las cosas o de los hechos. Para llegar a un concepto de la FIV es preciso integrar los elementos que la componen: su finalidad es la procreación de un ser humano fuera del cuerpo de una mujer, el medio empleado es una compleja técnica de manipulación de gametos, lo realiza un técnico -generalmente un equipo- con aparatología sofisticada, el cual realiza dicha tarea por un precio en dinero –sea que lo

---

<sup>6</sup> López Moratalla, Natalia e Iraburu Elizalde, María J., “Los quince primeros días de una vida humana”, EUNSA, Pamplona, 2º Edición revisada, 2.006, pág. 85.

<sup>7</sup> Cuando la cura es imposible –por ejemplo una mujer que no ovula-, la consecuencia de la enfermedad no es la infertilidad, sino –lisa y llanamente-, la esterilidad.

<sup>8</sup> Brughes, Jean-Louis, voz “Procreación asistida y FIVET”, en el “Lexicon”, del Consejo Pontificio para la Familia, Ediciones Palabra, Madrid, 2004, pág. 975.

reciba de los beneficiarios, la seguridad social o una prepaga<sup>9</sup>; a la postre se trata de un servicio técnico de carácter comercial. Con todos estos elementos podemos esbozar un concepto “claro y distinto” –en lenguaje cartesiano-, de la fecundación *in vitro*. La FIV es el acto comercial por el cual, a cambio de un precio, uno o más técnicos manipulando gametos de terceros, se obligan a intentar<sup>10</sup> la fecundación extracorpórea e implantación de un ser humano, en el útero de una mujer.

Este concepto es tan real como *políticamente incorrecto*. Va de suyo, que el mismo no implica juicio alguno, respecto de quienes acuden o practican estas técnicas. No obstante, la técnica en sí está siendo juzgada en este trabajo, desde una óptica jurídica limitada a un fallo de la Corte IDH.

Es preciso dar aún el último paso en el análisis. Lo haré muy someramente. Dejo a la perspicacia del lector sacar las últimas consecuencias. Hemos visto que la FIV no es un acto médico, ni cura ninguna enfermedad; por ende, tampoco tiene relación alguna con el derecho a la salud. Muy por el contrario, la fecundación *in vitro* es un acto comercial, tendiente a “fabricar”<sup>11</sup> un ser humano en un laboratorio. Ahora bien, ¿un ser humano puede ser objeto de un acto comercial? ¿Acaso tal cosa no hiere el más elemental sentido jurídico de las naciones civilizadas? ¿Esto no tiene el tufo de una suerte de *esclavitud posmoderna*, donde se paga la fabricación de un ser humano, en el anonimato de un laboratorio? El escollo luce insalvable.

Sin embargo, hay una única forma sofisticada de superar este obstáculo: negar la humanidad del embrión en la frase preimplantatoria. Y esto es, precisamente, lo que hace el fallo aquí criticado. El sofisma es evidente: si el objeto de la FIV es producir un ser humano, es absolutamente imposible que lo producido no lo sea. Tiene que ser humano desde su primer instante de vida. Porque sino lo fuera, nunca llegaría a serlo. Por tanto, es absolutamente necesario que ese ser vivo que se implanta en la mujer, previamente a la anidación, haya sido un ser humano viviente. Si estuviera muerto, la mujer jamás podría completar la gestación. Y si fuera un ser vivo perteneciente a otra especie, la mujer jamás podría parir un ser humano... Así de simple.

3.a. La “eficacia” de la FIV: Ya fueron dados los argumentos esenciales para negar que la FIV sea un acto médico, o que tenga relación alguna con el derecho a la salud. Quisiera subrayar otro elemento -que fue dirimente en la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica-, aunque sea un elemento accidental. Se trata de las tasas de eficacia de la fecundación *in vitro*. El fallo comentado elude tangencialmente la cuestión. No pudo dejar de mencionarlo, puesto que constituyó el principal argumento para la prohibición de la FIV en Costa Rica. Pero la Corte IDH lo eludió olímpicamente. Tal hecho refuerza la convicción de que la fecundación extracorpórea no se asemeja siquiera a un tratamiento terapéutico. Veamos:

Quienes pagan por hacerse una FIV pretenden que les nazca un hijo. Por tanto, la eficacia de la técnica se mide cotejando la cantidad de nacimientos, sobre el total de embriones “producidos”. Va de suyo, que este modo de medición de la eficacia, es el más benévolo para las clínicas que se dedican a la FIV, pues se descartan todos aquellos casos donde ni siquiera se logró fecundar un óvulo. Además, la tasa así obtenida permite visualizar la mortalidad provocada por estas técnicas, ya sea por defectos de la misma, o a propósito por eliminación de embriones “defectuosos” o “sobrantes”.

“Por lo que se refiere al porcentaje de éxitos hay que distinguir el porcentaje de logros en cuanto a la recogida del ovocito maduro (95 por ciento), al la fecundación (90 por ciento), el inicio del desarrollo (58.8 por ciento) y a los embarazos iniciados (17.1 por ciento) y llevados a término (6.7 por ciento). Por consiguiente la pérdida total de embriones equivale al 93-94 por ciento”<sup>12</sup>. “El éxito de las técnicas de procreación artificial

<sup>9</sup> En el fallo comentado consta que “La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000 por la entidad privada denominada ‘Instituto Costarricense de Infertilidad’” (párrafo 70). También consta que algunas de las presuntas víctimas intentaron infructuosamente la FIV en España, a un costo de “463.000 pesetas” (párrafo 93) y “413.000 pesetas” (párrafo 104).

<sup>10</sup> Más adelante veremos las tasas de éxito de estas técnicas. Adelanto que se trata de una obligación de medios con escasísimos resultados positivos.

<sup>11</sup> Este vocablo es duro, pero no encontré una palabra más adecuada. En efecto: la procreación importa la unión amorosa o, al menos erótica, de un varón y una mujer. Aquí no hay mujer, ni varón, ni *eros*, ni *ágape*. No hay quien engendra ni quien conciba. Aunque el resultado sea el mismo, la acción es esencialmente diferente. Por tanto, no es correcto utilizar la misma palabra para denominar realidades tan disímiles. Si bien no es del todo correcto, no encontré un término mejor que el verbo “fabricar”, para evocar la acción del tecnócrata en la FIV.

<sup>12</sup> Sgreccia, Elio, “Manual de Bioética”, 3º Impresión, Ed. Diana, México, 2003, págs. 422/3.

ronda el 13,9% (según el estudio más completo realizado, publicado en revista Médica 'The Lancet', 23/09/96), transfiriendo 3 embriones, lo que nos da un éxito del 4,5% por cada embrión, o una mortalidad de 95,5%"<sup>13</sup>.

Las estadísticas completas durante el período 1991 a 2006, publicadas por el organismo británico de control de la procreación artificial, el Human Fertilisation and Embriology Authority (HFEA), revela los siguientes totales:

Embriones humanos producidos:	2.302.627	(100%)
Niños nacidos por procreación artificial:	98.200	(04,26%)
Seres humanos abortados directamente:	1.009.916	(43,86%)
Personas congeladas o muertes indirectas:	1.194.511	(51,88%) <sup>14</sup>

En consecuencia, la tasa de eficacia no llega al 5%. Esto significa que con la FIV se "producen" 100 seres humanos y nacen sólo 5. El resto son abortados directamente – por ser presuntamente "defectuosos"–, o mueren por las deficiencias de la técnica o son congelados y, a los cinco años –conforme la ley británica–, son sacrificados.

Las causas de tan magros resultados de la FIV se conocen perfectamente. En términos sencillos son tres: 1) la sobreestimulación ovárica permite que la mujer desarrolle entre 6 y 10 óvulos en un ciclo, al costo de una maduración menor o incompleta en varios o todos ellos; 2) la selección natural en una relación sexual natural fecunda, es de 1 espermatozoide entre 200 ó 300 millones –que son los depositados en el interior de la mujer–; la selección no natural de la FIV es de varios espermatozoides entre unos miles, por lo que la calidad baja notablemente; 3) la FIV elimina todo el "diálogo" físico-químico entre la madre y el hijo, durante los 5 primeros días de vida del *nasciturus*, que es el tiempo en que se desarrolla *in vitro*, es decir fuera del cuerpo de la madre. Ese intercambio de mensajes se pierde para siempre, puesto que luego de la implantación el embrión está en otra etapa de su desarrollo<sup>15</sup>.

Esta inquietante realidad merece una reflexión ulterior: la FIV se practica desde hace más de 30 años, de modo que no podría considerarse una técnica "experimental". Resulta inconcebible que un procedimiento "consolidado" tenga sólo el 5% de éxito; y, además, que provoque un 95% de mortalidad de seres humanos. Quizá un ejemplo sencillo permita visualizar mejor la enormidad del asunto: imaginemos un medicamento que provoque un 95% de muertes y un 5% de curaciones. Naturalmente, se habrían suspendido todos los experimentos del mismo, y se habría prohibido su fabricación y venta en todo el mundo. ¿Por qué entonces la FIV no ha sido prohibida en todo el mundo?

Dos parecen ser los motivos: De un lado, se trata de muertes ocultas, puesto que solo podría verlas el tecnócrata. Los padres no ven cuando sus hijos son eliminados y, además, nadie se los hace saber... Por otra parte, hay un gran negocio detrás de estas técnicas: "De media, el coste de cada parto con fecundación *in vitro* varía desde 50.000 a 73.000 dólares. Pero para las parejas que desde hace más tiempo buscan un hijo y que presentan numerosos problemas de infertilidad, el coste llega hasta 800.000 dólares por parto"<sup>16</sup>. El fallo, en su considerando 66, menciona que han nacido 5.000.000 de personas merced a esta tecnología. El lector podrá calcular el volumen económico de la misma.

La Corte IDH trata el tema de los embriones muertos por la FIV, en el acápite "D.3 Controversia sobre la alegada pérdida embrionaria". El título es tendencioso, puesto que a un homicidio nadie lo calificaría como una "pérdida"... El fallo reconoce que... la perita Garza manifestó que "la mortalidad de los embriones es de alrededor de 30% en circunstancias naturales y para la FIV se estima que la pérdida embrionaria es de alrededor de 90%"<sup>17</sup>. Pese a ello, elude la cuestión al manifestar que como hay pérdida embrionaria natural, "la protección del embrión que se busca a través de la prohibición de la FIV tiene un alcance muy limitado y moderado" (*sic*, párrafo 313).

#### 4. Inexistencia de los "derechos reproductivos"

Dado que el fallo comentado los menciona como fundamento del mismo, conviene estudiarlos. La bibliografía ideológicamente sesgada, sostiene que "los *derechos*

<sup>13</sup> Marrama, Silvia, "Fecundación *in vitro* y Derecho", Dictum Ediciones, Paraná, 2012, pág. 114.

<sup>14</sup> Human Fertilisation and Embriology Authority (HFEA), Informe "A long term análisis or the HFEA Register data, 1991-2006", del 11.7.07.

<sup>15</sup> Una síntesis científica del tema se encuentra en López Moratalla *et al.*, *opus cit.*, págs. 82/6.

<sup>16</sup> Spagnolo, A.G., "Costi economici e costi umani della fecondazione *in vitro*", artículo publicado en la Revista Medicina e Morale 45 (1995), pág. 1344.

<sup>17</sup> Párrafo 308.

*reproductivos* se fundamentan en el reconocimiento del derecho básico de los individuos de decidir libre e informadamente sobre su vida reproductiva y ejercer el control voluntario y seguro de su fecundidad<sup>18</sup>. Corresponde hacer un escrutinio estricto sobre la juridicidad o no de tal concepto abstracto. Aquí vamos:

Engendrar y concebir un ser humano es un hecho natural, con una alta dosis de aleatoriedad. Supone un voluntarismo irreal, pretender que alguien pueda *controlar* su fecundidad; pues la fecundidad, de suyo, nos resulta incontrolable. Es obvio que si la fertilidad fuera controlable, no existirían embarazos inesperados, abortos, ni esterilizaciones... Pero como existen y en gran número, la realidad es que la fertilidad no es controlable por la especie humana. Esta realidad hace que no pueda considerarse justo, el ilusorio intento de controlar la procreación.

Por otra parte, si se aplican los caracteres jurídicos de alteridad, normatividad y coactividad, los *derechos reproductivos* deberían implicar que toda persona tendría derecho a obligar a otra u otras -a su elección-, a tener relaciones fecundas con ella, bajo pena de cárcel o indemnización en caso de negativa. Tal hipótesis resulta absurda. Entonces, los mal llamados *derechos reproductivos* están fuera del mundo jurídico, y no podrían otorgar derecho alguno a nadie.

## **5. Conclusiones sobre los fundamentos del fallo analizados en primer término**

De todo lo dicho hasta el momento, el fallo comentado luce como arbitrario por falta de fundamentación lógica y jurídica, pues son falsos todos sus presupuestos dado que: 1°) la infertilidad no es una enfermedad; 2°) el completo bienestar físico, psíquico y social excede ampliamente el marco de la salud; 3°) no existen los *derechos reproductivos*; 4°) la FIV es un acto comercial que no cura ninguna de las enfermedades causantes de la infertilidad o la esterilidad; 5°) matar seres humanos en sus primeros días de vida lesiona todo el ordenamiento jurídico y no puede tolerarse so capa de ejercer “decisiones reproductivas”; y 6°) la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica prohibiendo la FIV constituye una restricción proporcionada, a cualquier derecho o interés invocable por los tecnócratas de la FIV o sus usuarios.

## **6. Hermenéutica ideológica del art. 4.1 de la CADH en relación a la FIV**

La jurisprudencia de la Corte IDH interpretó siempre dicha norma en el sentido que “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo<sup>19</sup>, y que “los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable<sup>20</sup>”.

En el fallo comentado la Corte IDH modifica sustancialmente esta jurisprudencia uniforme. Para justificar su nueva y extraña hermenéutica, la Corte realiza múltiples “piruetas semánticas”, que pueden sintetizarse así:

1°) en este caso se debería interpretar el derecho a la vida del *nasciturus*, a la luz de los derechos a la integridad personal (art. 5.1 de la CADH), a la libertad personal (art. 7.1 de la Convención) y a la vida privada y familiar (arts. 11.1 y 17 de la CADH)<sup>21</sup>. Tal argumentación no resiste el menor análisis, puesto que para ser libre, íntegro y tener vida privada y familiar es preciso, indefectiblemente, estar vivo. Por tanto, la óptica lógica y jurídica es exactamente la contraria;

2°) afirma dogmáticamente que la concepción se identificaría con la implantación, entonces antes de la anidación no habría tutela del embrión (párrafo 189);

3°) sostiene sin dar argumento alguno, que la locución “en general”, implicaría excepciones a la tutela de la vida humana (párrafo 189);

---

<sup>18</sup> “Declaración de derechos humanos desde una perspectiva de género”, de Cladem Argentina, XVI, 1.

<sup>19</sup> Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, párr. 144.

<sup>20</sup> Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 48.

<sup>21</sup> Punto VIII, A del fallo.

4°) afirma dogmáticamente, que “no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados” en la CADH” (párrafo 222);

5°) “se puede concluir respecto al 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” (*resic*, párrafo 222);

6°) no sería “procedente otorgar el estatus de persona al embrión” (párrafo 223);

7°) “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” (*sic*, párrafo 258 *in fine*);

8°) Finalmente aniquila el derecho a la vida de todo *nasciturus*, absolutizando otros derechos de muy inferior jerarquía, al decir: “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” (párrafo 314) y, “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” (párrafo 315), como si entre la muerte natural y el homicidio no hubiera una diferencia esencial...

En síntesis, para la Corte IDH el derecho a la vida es absoluto, excepto para los embriones. Frente a ellos, el fin justifica cualquier medio. El fuerte somete al débil hasta aniquilarlo. Y tal ideología se impone bajo el eufemismo de los “derechos humanos”...

6.a. Hermenéutica ideológica de los vocablos “concepción” y “en general, del art. 4.1 de la CAHD: Para tratar de justificar su interpretación ideológica –y antijurídica- de la mencionada norma, la Corte IDH analiza los términos “concepción” y “en general”, sacándolos de su contexto. Veamos:

6.a.1. La “concepción” según la Corte IDH: La Corte se propone hacer una “interpretación conforme al sentido corriente de los términos”, como titula el acápite C.1) al comenzar el párrafo 174. Pese a ello, y basada en el testimonio de un perito ofrecido por las empresas que se dedican a la FIV, la Corte da por controvertido el sentido del término “concepción”, al decir: “Otra corriente entiende ‘concepción’ como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero” (párrafo 180), añadiendo “que la prueba en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de ‘la concepción’. En efecto la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de ‘concepción’ que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer” (párrafo 179), para concluir que “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” (párrafo 189).

Al margen de ello, en otros puntos, la Corte IDH reconoce que la Convención Americana fue suscripta en 1969, que Costa Rica es Estado Parte desde el 8 de abril de 1970 (párrafo 41), y que el primer bebé por la FIV nació en Inglaterra en 1978 (párrafo 66).

En pocas palabras, la Corte sostiene: a) que el término concepción habría variado hacia la anidación, después de la FIV –año 1978-, y b) que la Convención se firmó en 1969. Entonces el único silogismo jurídico posible es que el término corriente “concepción” válido –porque es el usado a su firma-, sólo puede significar la fecundación del óvulo por parte del espermatozoide humano. Y esto no solo por la cuestión temporal, sino también porque según la propia Corte IDH, el nuevo significado de concepción sería de carácter científico a tenor de los nuevos conocimientos aportados por la FIV. Y ese significado “científico” ya no es el sentido corriente del término. Pero, según el inc. 4, del art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena), sólo “se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”, y ello es absolutamente imposible en este caso, porque la CADH se firmó en 1969 y la FIV no existía en ese momento. Jamás hubiera podido ser intención de las

partes interpretar la palabra “concepción”, a la luz de los experimentos en torno a la FIV. El fallo es autocontradictorio, y eso lo fulmina de nulidad.

6.a.2. Locución “en general” según la Corte IDH: Sostiene la Corte, que “...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” (párrafo 189). Como veremos, el sentido correcto de la locución es exactamente el contrario: no hay excepciones. En cualquier caso, la Corte debió fundamentar su interpretación. Al no hacerlo, estamos frente a una afirmación dogmática, carente de todo valor jurídico. Autocontradictoriamente, la Corte IDH en la oración anterior del mismo párrafo 189, ya había marcado cuál sería la excepción a la regla, al decir: “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” (párrafo 189). En pocas palabras, y según el fallo, la vida del ser humano antes de la anidación –es decir aquél que es víctima de la manipulación que implica la FIV-, carece de tutela jurídica. Excepción de la regla de proteger la vida de “toda persona”.

Bien se ha escrito, que “No tiene sentido hacer comenzar la vida –y por tanto la personalidad- de este nuevo ser humano solamente desde el momento en que ha alcanzado un cierto grado de independencia de la vida de la madre, por ejemplo desde el momento de la anidación, porque –se dice- solamente desde ese momento en adelante es posible un desarrollo autónomo. Esto es verdad, pero lo que se desarrolla autónomamente existe ya antes de haber encontrado el lugar conveniente en el vientre materno”<sup>22</sup>.

Luego pretende reforzar tan inane argumentación jurídica diciendo: “La Corte observa que durante los trabajos preparatorios se utilizaron los términos ‘persona’ y ‘ser humano’ sin la intención de hacer una diferencia entre estas dos expresiones. El artículo 1.2 de la Convención precisó que los dos términos deben entenderse como sinónimos” (párrafo 219). Y de allí hace el siguiente “doble salto al vacío”: “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 (*supra* párrs. 186 y 187), 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...” (Párrafo 222).

El dislate no tiene desperdicios: persona equivale a ser humano; en la CADH se otorgan muchos derechos a “toda persona” –término que incluye por definición a la persona por nacer-; al analizar dichos artículos no sería factible sostener que el embrión sea titular de todos esos derechos –no analiza ninguno de esos artículos, ni menciona de cuál o cuales derechos no sería titular el embrión, ni da razón alguna del motivo de tal preterición-; y para entrar en un lugar de privilegio en la mítica “Antología del disparate jurídico”, sostiene que el bien jurídico protegido por el art. 4.1 de la CADH es “fundamentalmente la mujer embarazada”. La frase no parece gratuita. Puede preparar el terreno para un futuro fallo de la Corte IDH, legalizando el aborto a nivel continental -al menos en algunos supuestos-.

En pocas palabras y según el fallo comentado, la tutela de la vida es “en general” para todos los habitantes de los Estados Parte. Hay dos excepciones: a) la vida de los embriones preimplantados no tienen ninguna protección jurídica y b) la vida de las personas por nacer, entre su implantación y hasta el nacimiento, se protege mientras no colisione con “la mujer embarazada”. ¿*Quo vadis* Corte Interamericana de Derechos Humanos?...

## 7. La regla general de interpretación de los Tratados

La Convención de Viena prescribe en su art. 31, la regla general de interpretación de todo Pacto Internacional y en el art. 32 los medios de interpretación complementarios. Para el *sublite* alcanza la regla general, que dice: “Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de

---

<sup>22</sup> Spaemann, Robert, “¿Cuándo comienza el hombre a ser persona?”, ponencia que forma parte de la obra colectiva “El embrión humano en la fase de preimplantación”, BAC, Madrid, 2008, pág. 202.



atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin...<sup>23</sup> 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

Este breve texto, implica que la justa interpretación de un tratado, es aquella que integre armónicamente cuatro elementos: a) La *bona fides* como *conductio sine qua non*, de toda hermenéutica, porque lo es de todo el derecho, también del internacional; b) se otorga prioridad a la literalidad de la norma, atendiendo –fundamentalmente-, al laconismo de las convenciones internacionales, y al uso de términos del lenguaje común, en la redacción de dichos pactos. Sólo se dará un sentido especial a un vocablo, si consta que esa fue la intención de los Estados Partes; c) luego se atiende al análisis histórico –el contexto del tratado, donde importan sobremanera los antecedentes que llevaron a la redacción definitiva de la norma a interpretar-; y d) la interpretación teleológica –el objeto y fin del tratado-; puesto que no existen normas aisladas, cada tratado tiene una finalidad y, por ende, cada una de sus normas debe ser coherente con dicho objeto.

## **8. El bien jurídico protegido por artículo 4, inc. 1, de la CADH**

Antes de aplicar la regla general de interpretación, parece conveniente determinar el bien jurídico protegido en la norma medular para resolver la controversia. Dicho precepto es el art. 4.1 de la CADH, puesto que en ella se basó la Corte Suprema de Costa Rica, para prohibir la FIV en dicho país hermano. La transcribo textualmente:

“Artículo 4: Derecho a la vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente”.

El título del artículo 4 de la CADH impide toda duda respecto del bien jurídico protegido por la norma. Es el “derecho a la vida”. Ahora bien, ¿cuáles son los titulares del derecho a la vida protegido por dicho precepto? Para percibirlo basta leer la primera oración del inc. 1 de dicho artículo: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”. Sólo resta averiguar qué entiende la Convención por “persona”. El tema está definido con claridad meridiana por el art. 1, inc. 2, de la CADH, al decir: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Entonces, el bien jurídico protegido por el art. 4, inc. 1, de la CADH es el derecho a la vida de todo ser humano. Va de suyo que “todo” ser humano, implica una protección jurídica cuantitativa y cualitativa a la vez, puesto que no hay ninguna excepción posible al “todo”. Es decir que la tutela es cuantitativa y abarca a cada ser humano singular; y, además, es cualitativa porque se extiende desde el comienzo hasta el fin de la existencia de cada ser humano. Esto es evidente, porque si se hubiera pretendido una protección sólo cuantitativa, la Convención habría sido redactada así: “Todas las personas tienen derecho a que se respete su vida”. Por otra parte, siendo la vida humana el soporte de todo derecho, es necesario que su tutela abarque todo el tiempo de la existencia humana.

---

<sup>23</sup> Los incs. 2 y 3 se refieren al contexto, por lo que carecen de interés.

En definitiva, el bien jurídico protegido por el art. 4.1 de la CADH, es la vida de todos los seres humanos, durante toda su existencia.

## 9. Hermenéutica jurídica del art. 4.1 de la CADH en torno a la FIV

Según ya hemos visto, el objeto y fin –o lo que es idéntico, el bien jurídico tutelado- del art. 4 de la Convención es la protección del derecho a la vida de “toda persona” o, lo que es lo mismo, de “todo ser humano” (art. 1.2 CADH), durante todo el tiempo de su existencia. Descartada la interpretación del fallo respecto del alcance jurídico de las voces “concepción” y “en general” del art. 4.1., corresponde ahora desentrañar su sentido conforme a derecho.

9.a. Interpretación jurídica del término “concepción”, en el art. 4.1 de la CADH: Como al momento de suscribirse la Convención, no se dio un sentido especial al vocablo “concepción”, es preciso determinar cuál era el sentido “corriente” del mismo al momento de entrar en vigencia la CADH –art. 31, inc. 4, de la Convención de Viena-.

El fallo comentado, reconoce que la versión vigente en 1969, del Diccionario de la Real Academia Española –publicada en 1956-, “definía ‘concepción’ como ‘acción y efecto de concebir’, ‘concebir’ como ‘quedar preñada la hembra’ y ‘fecundar’ como ‘unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser’<sup>24</sup>. También manifiesta la Corte IDH que “... la perita Condit consideró que ‘la vida humana inicia en la fusión espermatozoide-óvulo, un ‘momento de concepción’ observable’<sup>25</sup>.

Además, el fallo de marras, afirma que: “Sobre el desarrollo embrionario en la FIV, existen cinco etapas de dicho desarrollo que duran en total cinco días. En primer lugar, se seleccionan los óvulos maduros, los cuales son fecundados, por lo que se da paso al desarrollo del cigoto. En las primeras 26 horas de desarrollo el cigoto se divide en dos células, las cuales posteriormente se dividen en cuatro células en el día dos, y finalmente se vuelve a dividir para formar ocho células en el día tres. En el día cuatro, se habla de Morula y del día cuatro al día cinco, el embrión llega a su estado de Blastocisto. Los embriones pueden permanecer en cultivo hasta cinco días antes de ser transferidos al útero de la mujer” (párrafo 65). Esto implica reconocer –lisa y llanamente-, que la vida humana comienza con la fecundación del óvulo por el espermatozoide, y que lo implantado en la mujer por la FIV, es un ser humano vivo, en sus primeros días de desarrollo.

Con estos elementos que constan en el voto de la mayoría, estamos en condiciones de hacer la correcta hermenéutica del término “concepción”, del art. 4.1 CADH, para lo cual conviene transcribir nuevamente la norma: “Artículo 4: Derecho a la vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Aquí vamos:

El objeto y fin del precepto es la tutela de la vida de todo ser humano y, la norma dice que dicho derecho “estará protegido por la ley... a partir del momento de la concepción”. Va de suyo que el vocablo “concepción” se refiere al momento inicial –“a partir”-, en que comienza la protección legal de toda vida humana. A su vez, el sentido corriente de la palabra “concepción” es la fecundación -unión del óvulo con el espermatozoide-, momento que coincide, precisamente, con el inicio de la vida humana. La buena fe exige sostener que la tutela jurídica y legal de la vida, comienza en el mismo momento en que se inicia la vida humana –la concepción o fecundación-. Ello es obviamente así, porque todos los demás derechos humanos inhiere en una persona viva; por tanto, la vida es no solo el primer derecho humano, sino el presupuesto de los demás. Por tanto, debe tutelarse jurídicamente del principio -concepción- al fin -muerte-.

Estudiando el contexto de la norma se llega a idéntico resultado. El contexto implica relevar tanto los antecedentes de la CADH, cuanto los pasos jurídicos posteriores de los Estados Parte (art. 31, incs. 2 y 3 de la Convención de Viena), lo cual excede ampliamente las posibilidades de este trabajo<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Párrafo 181.

<sup>25</sup> Párrafo 182.

<sup>26</sup> Remito a los interesados a dos obras exhaustivas sobre el tema, que son las tesis de maestría y doctorado de Aurelio García Elorrio, a saber: “Protección de los niños no nacidos en el sistema jurídico interamericano de derechos humanos”, Ed. Advocatus, Córdoba (Argentina), 2001, publicado también en Costa Rica en 2002 y 2009; y “Agotamiento de los Recursos Internos en los Crímenes Contra la Infancia”, Ed. Advocatus, Córdoba (Argentina), 2004.

9.b. Interpretación jurídica de la locución “en general”, en el art. 4.1 de la CADH: El diccionario nos da el sentido corriente de la palabra “general”: “común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente”, y se menciona como sinónimo a “común, frecuente, usual”. En cuanto a “en general”, significa “sin especificar ni individualizar cosa alguna”.

Reitero que la norma establece: “Artículo 4: Derecho a la vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Por tanto, su objeto y fin es la tutela legal de la vida de todo ser humano. Y, conforme lo dicho del significado común del vocablo, su hermenéutica es clara y sencilla: la tutela legal del derecho a la vida debe incluir a todos los seres humanos, sin distinción alguna, al margen de que algunos hayan nacido y otros ya concebidos aún no hayan nacido. Si no fuera así, la norma jurídica no tendría efecto útil, ya que no protegería a “toda persona”, sino solamente a “algunas personas” -en este caso las ya nacidas, pero el fallo de la Corte IDH deja la puerta abierta para otras excepciones...

El contexto del artículo nos lleva al mismo resultado, tal como destaca el voto en disidencia: “...procede tener presente que en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos que aprobó la Convención, tres países propusieron, a los efectos de que no se prohibiera el aborto, la eliminación, en el artículo 4.1, de la frase ‘y, en general, a partir del momento de la concepción’, propuesta que, empero, fue rechazada, quedando así esa frase, por decisión adoptada por la mayoría de los Estados participantes en la mencionada Conferencia, incorporada en la citada disposición<sup>27</sup>. Es decir, es a todas luces evidente que se quiso ampliar o no dejar lugar a duda alguna de que la protección que por ley se debe dar al derecho de toda persona a que se respete su vida, lo debe ser aún cuando se encuentre como concebido o no haya nacido aún” (considerando 2.b).

También cabe otra interpretación que llega al mismo resultado: “El término ‘en general’ que menciona el art. 4° de la CADH en el contexto de dicha norma, no tiene un sentido claro y, por lo tanto, justifica una interpretación de acuerdo al art. 31 de la Convención de Viena (1969) sobre el Derecho de los Tratados. De la simple lectura del art. 4° se demuestra el error de la Convención Americana. Dice la norma: ‘toda persona’ tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley en general a partir del momento de la concepción. La Convención no dice ‘algunas personas’ tienen derecho a que se les respete su vida; al contrario, dice que se le debe respetar la vida a ‘todas’ las personas. Aquí hay un término de más y es preciso saber cuál de los dos. El término ‘toda persona’ y el término ‘en general’ son contradictorios esencialmente en la redacción del art. 4°, por lo que en el trabajo interpretativo, uno de ellos deberá prevalecer sobre el otro. Si el término ‘en general’ cede ante el término ‘toda persona’, el absurdo desaparece y el art. 4° encuentra compostura lógica con el resto de los demás artículos de la Convención, donde el término ‘en general’ no figura ni aparece condicionando ningún derecho. La desaparición del absurdo es el signo evidente de que la interpretación es la correcta”<sup>28</sup>.

Finalmente, el principio de la buena fe es dirimente para cualquier galimatías retórico que pueda hacerse al respecto. En efecto, hay sólo una única manera que “toda persona” tenga “derecho a que se respete su vida”, protegiendo tal derecho “por la ley... a partir del momento de la concepción”, vida de la que no se puede privar “arbitrariamente” a “nadie”. Esa forma es otorgar el derecho a la vida a todo ser humano, sin discriminación y sin excepción de ningún género. También al *nasciturus*.

## 10. Límites a la interpretación “evolutiva” de los derechos humanos

El voto mayoritario acude al expediente ramplón de la hermenéutica evolutiva, para pseudo-justificar la negativa a reconocer la inviolabilidad de la vida de los embriones preimplantados –seres humanos en sus primeros días de vida-. Por tanto, es preciso hacer unas breves reflexiones, sobre la interpretación evolutiva de los derechos en general y de los humanos en particular. Ella es una pauta hermenéutica útil, a condición de no traspasar dos vallas infranqueables: a) no afirmar lo contrario de lo que expresa la norma, y b) no aniquilar por dejar inoperante al texto legal.

<sup>27</sup> Párrs. 203 a 205.

<sup>28</sup> Voto del Dr. Carlos Benítez Meabe, *in re*: “L., A.C. c/Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) s/Amparo, CApel. CC Corrientes, Sala IV, 29.4.11, ED, 243:68.

Así las cosas, la Corte IDH debió hacer una valiosísima interpretación “evolutiva” en la materia propia del fallo. Veamos: a la entrada en vigencia de la CADH (año 1969), los seres humanos sólo podían ser concebidos *in vivo* por una mujer, en cuyas trompas de Falopio se producía la fecundación y, días después, la implantación en su propio endometrio. Recién en 1978 se pudo efectuar la fecundación *in vitro*, es decir fuera del cuerpo una mujer, desarrollándose fuera de ella ese pequeñísimo ser humano unos pocos días, hasta que se lo implantara en el endometrio de una mujer. Así las cosas, no cabe duda que la CADH no protegió la vida humana fuera del seno materno; puesto que ello era imposible en ese momento. A partir de 1978 hay dos clases de concebidos, la inmensa mayoría en el seno materno y una minoría en un laboratorio. La interpretación “evolutiva” del art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, exige que se extienda dicha tutela el embrión fecundado *in vitro*.

Pero la Corte IDH utiliza la excusa de la interpretación “evolutiva” para hacer lo que a la misma le está vedado. Puesto que aniquila la norma al volverla inoperante y, además, le hace decir lo contrario de lo que manda. Veamos:

Como el art. 4.1 de la CADH tutela el derecho a la vida de “toda persona”. Es importante medir la cantidad de muertos provocados por la FIV, porque ello nos dará la idea de cuánto vulnera la inviolabilidad de la vida humana. Un simple cálculo matemático con las estadísticas de Gran Bretaña –país donde comenzó la FIV-, nos permite tomar conciencia del volumen de afectación al derecho a la vida, que supone esta técnica.

“Si como hemos visto, durante los 48 años que transcurrieron entre 1.958 y 2.005, se practicaron en el Reino Unido 6.578.149 abortos, esto nos da un promedio de 137.045 abortos anuales. Ahora bien, tomando los 2.204.427 personas abortadas directa o indirectamente –más las congeladas que en 5 años serán muertas-<sup>29</sup>, en los 16 años que median entre 1.991 y 2.006, nos da un promedio de 137.777 abortos anuales por fecundación artificial; o sea, una cifra idéntica a la de abortos quirúrgicos. Vale decir que, en el Reino Unido, se mata anualmente la misma cantidad de personas por aborto quirúrgico, que por procreación artificial. Obviamente, estas proporciones no son extrapolables a las otras naciones<sup>30</sup>. Las cifras de muertes provocadas son escalofriantes.

Conforme lo visto hasta el momento –según la hermenéutica jurídica del art. 4.1 de la CADH-, los Estados Parte se obligaron a tutelar legalmente la vida de todo ser humano desde su comienzo –la fecundación del óvulo por el espermatozoide-, sin que ninguno de los *nascituri* pueda ser privado de su vida en forma arbitraria –como sería por decisión de sus padres o de un tecnócrata-.

Se lee en el fallo comentado que “En el presente caso, la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención” (párrafo 246). En base a ella, la Corte pontifica “...que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana... Además, es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general” (párrafo 264). Una excepción quedó configurada al decir: “...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 (párrafo 189). Rematando las excepciones, al decir: “...teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (*supra* párrs. 186 y 187), 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” (párrafo 222).

Como puede apreciarse fácilmente, con la excusa de una interpretación “evolutiva” el fallo de la Corte IDH, ha traspasado los dos límites infranqueables para dicho principio hermenéutico: a) le hace decir lo contrario de lo afirmado (no toda persona tendría derecho a la vida; puesto que no lo tendría el embrión preimplantado y, a la postre tampoco la persona por nacer, puesto que el art. 4.1 de la CADH protegería a la mujer

<sup>29</sup> Esta cifra surge del cuadro a que hace referencia la nota n° 12 de este trabajo.

<sup>30</sup> Scala, Jorge, “Hacia el reconocimiento del homicidio prenatal como genocidio”, Suplemento de Política Criminal, ED, 7.7.2008.

embarazada y no al embrión); y b) porque dejó inoperante al aniquilar la tutela de la vida de todo ser humano desde la concepción, es decir desde el comienzo de su vida.

Bien se ha dicho que “Otro argumento contra la idea de vincular el ser persona a la presencia efectiva de determinadas características se basa en la observación de que poniendo esa condición se transforma el acto de reconocimiento de las personas en un acto de cooptación. Los que llegan quedan sometidos al arbitrio de aquellos que ya se reconocen entre sí. De hecho, ellos son los que definen las características en base a las cuales alguien es cooptado en la comunidad de las personas... Si abandonamos el único criterio de la pertenencia a la especie *Homo sapiens* y de la descendencia de los miembros de esta especie, establecer a qué hombres corresponden derechos personales y a cuáles no corresponden se convierte en una pura cuestión de poder. La dignidad de la persona comporta que ésta asuma el puesto que le compete en la comunidad universal de las personas, no como alguien que se convierte en un miembro de esta por cooptación, sino como alguien que lo es por nacimiento”<sup>31</sup>.

## 11. ¿*Quo vadis* Corte Interamericana de Derechos Humanos?

Con los fallos *Attala Riffo*, *Karen* y el aquí comentado, la Corte IDH ha perdido el rumbo. Se ha prostituido. Se ha puesto al servicio del fuerte contra el débil, aniquilando no solo los derechos de éste último, sino aún su propia existencia, si tal cosa fuera pretendida por quien detenta el poder. Que siete jueces se arroguen potestad continental para redefinir el matrimonio y la familia –contra su constitución antropológica-, instaurar un “derecho absoluto” al hijo, otorgar a ciertos tecnócratas *bill* de indemnidad para matar *nasciturus*, y preparar el terreno para la próxima legalización del aborto, resulta intolerable. La Corte IDH dejó de ser un tribunal de justicia, para transformarse en una pieza clave para imponer la “dictadura del relativismo” en Iberoamérica.

Con la resolución de *marras*, la Corte Interamericana se autoerigió en la autoridad supranacional capaz de determinar quienes tienen derecho a sobrevivir y quienes no; y, correlativamente, quienes tienen derecho a matar a aquellos a quienes se les ha negado la supervivencia. Ya no es un tirano quien reivindica para sí tal potestad. En las democracias liberales relativistas, tal poder es reivindicado por las Supremas Cortes – como en EE.UU.- o los parlamentos –los países europeos y muchos asiáticos-. Como las Naciones iberoamericanas han sido renuentes a esta forma suprema de injusticia, la Corte IDH va realizando dicha iniquidad, poniendo en riesgo la paz social de nuestros pueblos.

En efecto: “Una condición previa para la paz es el desmantelamiento de la dictadura del relativismo moral y del presupuesto de una moral totalmente autónoma, que cierra las puertas al reconocimiento de la imprescindible ley moral natural inscrita por Dios en la conciencia de cada hombre...”<sup>32</sup>.

Esta realidad no puede sorprender. Hace menos de dos años, lo anticipó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al decir: “En este Período de Sesiones, la Comisión adoptó la decisión de dar un énfasis temático especial a los derechos de las personas lesbianas, gays, transgénero, bisexuales e intersexuales (LGTBI)”. Además: “En la audiencia sobre los Derechos Reproductivos de las Mujeres, la CIDH recibió información de parte de organizaciones de 12 países de la región acerca de los graves obstáculos que enfrentan las mujeres a través de las Américas en el ejercicio efectivo y pleno de sus derechos reproductivos... las organizaciones informaron a la CIDH sobre las consecuencias e impacto de leyes restrictivas sobre la interrupción legal del embarazo... Al respecto, la CIDH reitera... (que) Los Estados están igualmente obligados a eliminar todas las barreras de derecho y de hecho que impiden a las mujeres su acceso a servicios de salud materna que ellas necesitan, así como la sanción penal por acudir a estos servicios. La CIDH asimismo recuerda a los Estados que el aborto terapéutico es reconocido internacionalmente como un servicio de salud especializado y necesario para las mujeres cuya finalidad es salvar la vida de la madre cuando ésta se encuentra en peligro a consecuencia de un embarazo; servicio cuya negación atenta contra la vida, la integridad física y psicológica de las mujeres”<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Spaemann, Robert, *op. cit.*, pág. 199.

<sup>32</sup> Benedicto XVI, Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz (1.1.13).

<sup>33</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Anexo al comunicado de prensa 28/11, sobre el 141º Período Ordinario de Sesiones, Washington, 01-04-11.

Ante el rumbo que ha tomado la Corte IDH, sólo queda como respuesta jurídica a la República Argentina, el denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a tenor del art. 78.1 de la misma.