

Voces: DERECHO A LA VIDA ~ PERSONA POR NACER ~ DERECHOS HUMANOS ~ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ~ SENTENCIA EXTRANJERA ~ PROVINCIA DE SALTA ~ INTERPRETACION JUDICIAL ~ DERECHO A LA SALUD ~ FECUNDACION ASISTIDA ~ ENFERMEDADES ~ INFERTILIDAD ~ TRATAMIENTO MEDICO ~ COBERTURA MEDICA ~ MEDICINA PREPAGA ~ LEY DE REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ DERECHOS CONSTITUCIONALES ~ TRATADO INTERNACIONAL

Título: El derecho a la vida de las personas por nacer y el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un interesante fallo de la Cámara Federal de Salta

Autores: Santiago, Alfonso (h) Lau Alberdi, Jerónimo

Publicado en: DFyP 2013 (octubre), 07/10/2013, 240

Cita Online: AR/DOC/3536/2013

Sumario: I. Los hechos del caso, el trámite de la causa y los argumentos esgrimidos por las partes. II. Un anterior fallo de la Cámara Federal de Salta. III. El fallo de la CIDH en el caso "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica". IV. La sentencia de la Cámara Federal de Salta. V. Nuestra opinión.

I. Presentación

El 8 de julio de 2013 la Cámara Federal de Apelaciones de Salta dictó su fallo en el caso "L. O., A. y otros c. Swiss Medical s/amparo", en el que se solicitaba la cobertura de un tratamiento médico de FIV por parte de una empresa de medicina prepaga. Se debatía en el caso el alcance del derecho a la salud de la accionante, la protección de los derechos a la vida e integridad física de las personas por nacer, como así también el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cabe señalar que el 5 de junio de 2013, un mes antes de la sentencia de Cámara, el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.862 tendiente a "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida". (1) De acuerdo con lo dispuesto en su art. 11, dentro de los 90 días fijados desde su publicación en el Boletín Oficial, dicha ley debía ser reglamentada. En tiempo, ello aconteció al mes y catorce días, mediante el decreto 956/2013.

Unos meses antes, el 28 de noviembre de 2012, la CIDH había dictado, el fallo en la causa "Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica", en el que consideró "inconveniente" la sentencia del tribunal constitucional costarricense que prohibía la realización de los tratamientos médicos de fecundación in vitro fundándose, entre otros motivos, en que ellos lesionaban el derecho a la vida de las personas por nacer.

En nuestro comentario comenzaremos describiendo los hechos que dan origen al caso, el trámite de la causa y los argumentos esgrimidos por las partes (apartado I), reseñaremos un fallo anterior de la Cámara Federal que trataba sobre la misma cuestión (apartado II), analizaremos el fallo de la Corte IDH en el caso "Artavia Murillo" (apartados III), para luego desarrollar en extenso la decisión y fundamentos del fallo de la Cámara, en especial a lo referente al derecho a la vida de las personas por nacer y el carácter vinculante para los tribunales nacionales de la jurisprudencia de la CIDH (apartado IV). Finalmente, daremos nuestra opinión personal sobre estos dos últimos puntos y los criterios para resolver un posible conflicto insalvable entre un derecho consagrado en la constitución y la jurisprudencia emanada de la CIDH.

II. Los hechos del caso, el trámite de la causa y los argumentos esgrimidos por las partes

Un matrimonio, inició, antes de la sanción de la ley 26.682, una acción de amparo solicitando que se ordene a la Empresa de Medicina Prepaga Swiss Medical S.A. que proporcione una cobertura integral y total de los gastos que insuma el primer intento de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) y en caso de resultar positiva, la cobertura integral de la atención del niño por nacer, desde el embarazo, incluyendo el parto y el servicio neonatal.

El Juzgado Federal de Salta N° 1, en su fallo dictado con posterioridad al fallo "Artavia Murillo" de la CIDH pero antes de la sanción de la ley 26.682, rechazó la acción de amparo incoada por la actora, imponiendo las costas por el orden causado. Los actores apelaron esta sentencia, argumentando que el juez a quo no había realizado una valoración completa de la normativa vigente, y que éste no se había pronunciado sobre el derecho a la salud —en particular a la salud reproductiva y el derecho a procrear—, a una mejor calidad de vida, a la integridad física, a la autodeterminación y a la igualdad de la actora. En idéntico sentido, entendieron que el magistrado omitió referirse a los artículos 14 y 41 de la Constitución Nacional, en cuanto ellos tutelan el derecho a la salud.

Asimismo, los recurrentes señalaron, con cita del reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica" del 28/11/2012, que la prohibición de la fecundación in vitro constituye no sólo una discriminación contra las personas con dificultades o imposibilidades para procrear, sino que también vulnera el derecho a la vida del nasciturus. Por último, sostuvieron que la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha entendido que la salud reproductiva y sexual es fundamental para las personas, así como para el desarrollo social económico de las comunidades. Es por ello, argumentaron, que en aras de tornar efectivo el derecho a la salud, resulta necesario garantizar la salud reproductiva y con ello los tratamientos que hacen posible su disfrute, incluidos los requeridos para paliar la infertilidad.

Por su parte, la demandada Swiss Medical S.A. sostuvo que, al momento de dictar la sentencia, no existía ninguna normativa que le imponga la obligación de otorgar prestaciones asistenciales referidas a la tecnología de reproducción asistida.

III. Un anterior fallo de la Cámara Federal de Salta

La Cámara Federal de Apelaciones de Salta, antes de la sanción de la ley 26.862 (2) y de la sentencia de la Corte IDH "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica", (3) ya había decidido en un caso similar. (4) En este precedente del mismo Tribunal, luego de analizar los derechos constitucionales involucrados en la causa — a la salud de la mujer, y a la vida e integridad física de los embriones— buscando su armonización y protección de su contenido esencial, rechazó el pedido de cobertura del tratamiento de FIV.

En su voto, el Dr. Rabbi-Baldí Cabanillas analiza la cuestión de fondo haciendo referencia a los derechos constitucionales implicados: el derecho a la salud y a la maternidad por un lado, y el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física del embrión, por el otro. La exigibilidad de la prestación solicitada por los actores a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación halla su fundamento en el derecho a la salud, dado que la infertilidad ha sido considerada por la Organización Mundial de la Salud como enfermedad, sin que se hayan realizado distingos acerca de los niveles de complejidad, ni mencionado los medios o posibilidades para superarla. La salud implica "un estado de completo bienestar físico, mental, social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". (5) En este sentido, la jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado, con sustento en el preámbulo, que el derecho a la salud es de rango constitucional, lo que ha sido explicitado con la incorporación de diversos tratados internacionales de protección de los derechos humanos en la reforma de 1994. (6)

Las cuestiones presentes en el caso generan un debate ético con graves consecuencias en la dignidad de la persona por nacer. Las técnicas de fecundación in vitro rápidamente nos reenvían al examen de asuntos como la manipulación de embriones humanos, su congelamiento y selección, la cuestión del diagnóstico genético preimplantacional o la incertidumbre acerca de si estos tratamientos incrementan el riesgo de defectos o anomalías genéticas.

En razón de lo expuesto, el magistrado se propone dilucidar el status jurídico del embrión. Señala que una postura amplia conduce a reconocer un ser humano en el embrión no implantado, pues la singularidad de su código genético, fruto de la original combinación de los 23 cromosomas maternos y los 23 cromoso-

mas paternos, determinaría la individualidad propia de un nuevo ser y las reglas de su futuro desenvolvimiento. Una posición menos tuitiva admite la existencia del ser humano solo a partir de los primeros catorce días de la fecundación, con la implantación estable del denominado pro embrión en la pared del útero materno.

En su voto, el camarista señala que es apropiado señalar que la persona humana existe desde el momento de su concepción. La expresión concepción se resiente de una insalvable vaguedad, tanto en el ámbito científico como en el jurídico, pero resulta indudable que el propósito del legislador de entonces y del constituyente de ahora ha sido inequívoco: proteger a la persona y dotarla de todos sus derechos desde los primeros momentos de su existencia.

Para el derecho argentino resulta indiferente el debate científico en torno al principio de la personalidad, pues los elementos que la biología aporta de manera incontrastable son ya suficientes a fin de concluir todo embrión debe ser considerado como un ser humano o, que ante la duda sobre su existencia, el principio pro homine que gobierna la filosofía jurídica sobre la que reposa nuestra Constitución y el Derecho Internacional sobre los Derechos Humanos, aconseja llegar a esta conclusión.

Desde una perspectiva científica, el embrión ya existe desde la fusión de los gametos, contando desde entonces con toda la información genética, por lo que, en clave jurídica, deviene lógicamente necesario concluir que, más allá de sus accidentes, ostenta signos característicos de humanidad en los términos de nuestra legislación civil, y se está ante una substancia de naturaleza racional. (7) Consecuentemente con lo recién expuesto, la prudencia aconseja otorgar a los ovocitos pronucleados la consideración de persona en los términos de nuestra legislación, en razón del señalado principio pro homine, toda vez que ante la duda acerca de su existencia cabe estar a favor de ella; pues el principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los Derechos Humanos.

En línea con lo expuesto, manifestó que el derecho a la salud de la accionante debe armonizarse con el derecho a la vida, (8) a la integridad física y a la salud de los embriones y/o ovocitos pronucleados; afirmación que responde a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual los derechos constitucionales no son absolutos ni pueden actuar de forma aislada, toda vez que conforman un completo de operatividad concertada, debiendo rechazarse toda interpretación de la que resulte que un derecho de base constitucional requiere la sustancial aniquilación de otro. Al respecto, señaló que la adecuada interpretación de los derechos constitucionales es aquella que concilia armónicamente los derechos en juego en cada caso. El contenido esencial de los derechos es el que constituye un límite infranqueable a las concesiones que unos deben hacer a favor de otros.

Por último, es necesario recordar que la vida humana es de ordinario procreada, por lo que si los avances científicos permiten su producción, ello debe acaecer de modo que no se pierda de vista que se está ante una persona, un ser espiritual, inteligente y libre, que es un fin en sí mismo. Únicamente cabe experimentar sobre las cosas, ya que un proceder de tal índole sobre las personas implica reducirlo a la condición de medio u objeto y, por lo tanto, privarlo de su status de sui iuris.

El Dr. Loutayf Ranea adhiere al voto de su colega preopinante, señalando que cuando se recurre a la jurisdicción para solicitar un pronunciamiento que ordene a una obra social a la cobertura de un proceso de fertilización asistida, no puede el interesado limitarse a formular tal pedido en forma genérica, sino que debe precisar el procedimiento de fertilización cuya aplicación pretende. En el caso, se evidencia una grave orfandad probatoria que impide acoger la demanda deducida, como así también ordenar en forma genérica a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación a cubrir un tratamiento de fertilización in vitro cuyas características ni consecuencias se han explicitado. Asimismo, y frente a idéntica cuestión planteada, el Dr. Villada adhiere por compartir sus fundamentos.

IV. El fallo de la CIDH en el caso "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica"

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia el 28 de noviembre de 2012 en un caso vinculado con la fecundación in vitro (FIV) y la protección del embrión humano, condenando al Estado de Costa Rica por considerarlo responsable de la vulneración de los artículos 5.1 (Derecho a la integridad personal), 7 (Derecho a la libertad personal), 11.2 (Protección de la Honra y de la Dignidad) y 17.2 (Protección a la familia), en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la sentencia, el Tribunal sostuvo que, para el sistema interamericano de derechos humanos, el embrión es considerado persona y titular del derecho a la vida sólo a partir del momento de la implantación y no de la fecundación. Debido a ello, la prohibición del uso de las técnicas constituye una discriminación indirecta respecto de las personas con infertilidad, a las que consideró protegidas por los derechos de las personas con discapacidad.

a) Antecedentes: hechos y decisión final de la Corte IDH

El 3 de febrero de 1995 el Ministerio de Salud de Costa Rica dictó el Decreto Ejecutivo 24.029-S (9) en el cual se regulaba la Fecundación In Vitro (10) (FIV) en el país. Dicho decreto se encontró vigente hasta el 15 de marzo de 2000, fecha en la cual la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica lo declaró inconstitucional. (11) Frente a esta circunstancia, la señora Artavia Murillo y otros, luego de agotados los recursos internos de su país, iniciaron la denuncia ante la Comisión Interamericana, que concluyó con el Informe de Fondo 85/10 de sometimiento del caso a la jurisdicción de la Corte.

En noviembre de 2012, entonces, la Corte (12) emitió la sentencia final condenando al Estado de Costa Rica por considerarlo internacionalmente responsable de la vulneración de los arts. 5.1 (Derecho a la integridad personal), 7 (Derecho a la libertad personal), 11.2 (Protección de la Honra y de la Dignidad) y 17.2 (Protección a la familia), en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, interpretó que el embrión en el estadio previo al de la implantación en el útero materno no es titular del derecho a la vida contenido en el art. 4.1. de dicha Convención.

b) Fundamentos de la decisión

Tras subestimar las excepciones preliminares presentadas por Costa Rica (falta de agotamiento de recursos internos, extemporaneidad de la petición presentada por una de las parejas demandantes y la incompetencia de la Corte Interamericana para conocer de hechos sobrevinientes a la presentación de la petición), la Corte realizó un análisis de interpretación de los arts. 4º, 7º y 11 del Pacto de San José de Costa Rica, que la llevó a determinar —por cinco votos contra uno—, que la Sala Constitucional de Costa Rica "partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios". (13)

En primer lugar, la Corte IDH se propuso determinar el alcance de los derechos a la vida privada y familiar y su relación con otros derechos convencionales, por considerar que ello era relevante para resolver la controversia. El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. Además, la Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

Asimismo, el Tribunal indicó que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud.

La Corte analizó luego el principal argumento del Estado costarricense, esto es, que el Pacto de San José de Costa Rica establece una protección absoluta del derecho a la vida de la persona por nacer. Esta es la parte más extensa del fallo, dedicada a analizar el alcance de los arts. 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto de las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general". En este sentido, el Tribunal expresó la necesidad de interpretar estos términos conforme al sentido corriente que deba atribuírseles en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, "el cual es la eficaz protección de la persona humana". Desde una interpretación sistémica e histórica, el Tribunal estudió el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, (14) el Sistema Universal de Derechos Humanos, (15) el Sistema Europeo de Derechos Humanos, (16) y el Sistema Africano de Derechos Humanos. (17) Por otro lado, el Tribunal interamericano también hizo hincapié en una interpretación evolutiva, (18) analizando el estatus legal del embrión, (19) y las diferentes regulaciones normativas sobre FIV en el derecho comparado. (20) Estos métodos de interpretación, llevaron a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención.

Por último, es menester señalar que la Corte estableció que su Sentencia constituye per se una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado:

i) tomar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la fecundación in vitro y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimento al efecto;

ii) regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para su implementación y establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida, y

iii) la Caja Costarricense de Seguro Social deberá incluir gradualmente la disponibilidad de la Fecundación in Vitro dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.

V. La sentencia de la Cámara Federal de Salta

Hemos analizado en los apartados anteriores el contexto normativo y jurisprudencial que enmarcaban la decisión de la Cámara Federal de Salta al momento de resolver la apelación. Ahora corresponde exponer su contenido y fundamentos.

El fallo de la Cámara Federal, a través del voto del Dr. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas al que adhiere el Dr. Roberto G. Loutayf Ranea, (21) revoca el fallo de primera instancia y admite parcialmente la demanda. (22)

La pretensión de la actora de la actora es admitida bajo los siguientes requisitos:

- En primer lugar, deberá ser requerido con anterioridad a la realización de cada procedimiento de reproducción medicamente asistida, la aceptación libre y consciente de los amparistas, previa explicación y debida información de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos.

- En segundo lugar, todos los embriones obtenidos por ciclo a partir de la práctica empleada serán implantados de una vez, no pudiendo exceder su número de tres. Queda en consecuencia expresamente prohibida cualquier intervención que atente contra la condición y dignidad humana del embrión u ovocito pronucleado, tales como su selección, reducción, manipulación, descarte o destrucción, así como su crioconservación, vitrificación o cualquier método semejante de congelamiento. Además de los recaudos que indica la sentencia, serán aplicables las restricciones que estableciere la Autoridad de Aplicación en la reglamentación que oportunamente se dicte sobre la materia (vgr., límite de edad de la tratante u otras consideraciones que la pericia médica reputare atendibles en torno a la posibilidad o conveniencia de que las partes realicen los tratamientos asumidos). (23)

- Por último, la demandada —Swiss Medical— deberá autorizar las prestaciones involucradas en las técnicas de que aquí se trata, en la medida que resulten ajustadas a las condiciones precedentemente prescriptas, encomendándosele el ejercicio de ese contralor a través de un profesional específicamente designado al efecto o mediante el empleo de las medidas que estime oportunas.

En lo que hace a la cuestión de fondo (apartado VII de la sentencia), el voto del Dr. Rabbi Baldi está estructurado en tres apartados: una introducción en que se señalan los derechos humanos que estén presentes en la litis; una segunda parte en la que se analiza el fallo de la Corte IDH en el caso "Artavia Murillo", la obligatoriedad de su seguimiento por los jueces nacionales, su dictum y la posibilidad de establecer medidas protectorias de los embriones; y una tercera en que se establecen las precisiones técnicas de la fecundación in vitro en base a las cuales será admisible la demanda.

Al momento de analizar la sentencia del caso "Artavia Murillo", el juez Rabbi-Baldi Cabanillas estructuró su voto en dos grandes apartados: (i) Sobre los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Justicia en el derecho interno; (ii) Sobre el análisis del dictum de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Respecto de la primera cuestión —los efectos de las sentencias de la Corte IDH en el derecho interno—, el magistrado observa que a partir del ingreso de nuestro país al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y especialmente con la reforma constitucional de 1994, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han ocupado del carácter vinculante o no de las sentencias de la Corte IDH. Así, cuando se trata de una decisión recaída en un proceso en el que la Argentina ha sido parte, resulta obligatorio su cumplimiento, tal como se desprende del art. 68.1 (24) de la Convención Americana de Derechos Humanos. A contrario sensu se deduce que "no hay compromiso de los Estados a cumplir con las decisiones de la CIDH en aquellos casos en que no fueron partes, o sea, la jurisprudencia general del tribunal". (25) El magistrado se remite a lo sostenido por el Procurador General en su conocido dictamen en la causa "Acosta" (Fallos 335:533, del 08/05/2012) quien sostuvo: "según el derecho interamericano, las únicas decisiones de los órganos de protección del sistema interamericano que son obligatorias para los Estados son las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana, y ello, por un lado, en los términos del art. 68.1 de la Convención Americana". A lo que agregó: "De este modo, la decisión de la Corte Interamericana en un caso contencioso es obligatoria respecto de un Estado parte de la Convención Americana que aceptó la competencia de la Corte Interamericana y fue parte en el proceso internacional concreto en el cual esa decisión fue dictada y, además, lo es exclusivamente en relación con ese proceso concreto. Las decisiones de la Corte Interamericana no tienen efectos generales, erga omnes, sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado".

Por otra parte, el magistrado Rabbi-Baldi Cabanillas destacó que reputar a la jurisprudencia de la Corte

IDH como "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", (26) no es sino una manera de considerarla una "guía" respecto de la inteligencia que debe otorgarse al Pacto de San José de Costa Rica, pero de ello no implica reconocer su carácter plenamente vinculante.

El magistrado agrega que ni siquiera las decisiones de nuestro más Alto Tribunal poseen carácter vinculante; a fortiori no cabe predicar semejante concepto de las sentencias de un tribunal internacional fuera del referido alcance del art. 68.1 del Pacto. En efecto, es conocida la jurisprudencia de la Corte Suprema que expresó que sus resoluciones sólo ostentan —para los tribunales de la República— una "fuerza moral" (Fallos: 330:4040, 332:1488, entre muchos otros). Y al respecto —con sustento en esa doctrina— la Cámara Federal de Apelaciones de Salta ha sostenido que "para los jueces de la República (...) los argumentos de la CSJN —y mutatis mutandi de la Corte IDH—, ostentan un respeto moral que no impide que razones específicas (...) autoricen a no seguirlos en las resolución de los casos sometidos a su conocimiento". (27)

Finalmente, en línea con los argumentos vertidos, la Cámara Federal de Apelaciones de Salta resuelve que la sentencia dictada por la Corte IDH en la citada causa "Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") c. Costa Rica" carece de fuerza vinculante strictu sensu respecto de la decisión que se presenta ante sus estrados.

Respecto de la segunda cuestión, el juez Rabbi-Baldi Cabanillas se ciñó a examinar el fallo de la Corte IDH. El Tribunal internacional consideró que la decisión de ser madre forma parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión en el sentido genético o biológico. En ese contexto, entendió implicados en la cuestión tratada los derechos a formar una familia, a la integridad física y mental, y específicamente los reproductivos de las personas. Puso también de relieve el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria.

Asimismo, la Corte IDH se adentró en la personalidad de los embriones partiendo del análisis del alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras "persona", "ser humano", y "concepción". Sin lugar a dudas, la FIV transformó la discusión sobre cómo debía entenderse el fenómeno de la concepción. El tribunal interamericano reconoció "que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida" (parág. 185), subrayando "que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término 'concepción'. Una corriente la entiende como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. Otra, como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero" (confr. parág. 182).

En cuanto a las premisas que sustentan la primera, el tribunal internacional explicó que "de la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto" (parág. 182), "con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un 'ser humano'" (parág. 186). En lo relativo a los postulados que respaldan la segunda, expuso que "la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión" (parág. 182), permitiéndole "sumar su potencial genético con el potencial materno" (parág. 183).

Posteriormente, inclinándose por esta última posición explicó que "sólo al cumplirse la implantación se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Asegurando a continuación, "lo cierto es que si (...) [el] embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo" (parág. 186).

No obstante esta observación de la Corte IDH, el juez Rabbi-Baldi Cabanillas señala que las precedentes afirmaciones son pasibles de fundadas críticas. En primer lugar, de las propias palabras de la Corte se desprende que existe ya el reconocimiento inequívoco —a partir de la evidencia científica— (28) de que con la fecundación se está ante una "célula diferente" que posee "información genética suficiente" para permitir "el desarrollo humano". Desde luego, para el referido desarrollo es menester su implantación, más dicha ausencia no priva al embrión de su ya reconocida —científicamente— condición de humanidad, en tanto las células que lo componen (portadoras, como se dijo, de una información genética propia y distinta de la de sus progenitores) son de naturaleza "totipotente", es decir, "contiene[n] todo el ser humano". (29)

En esta línea expositiva, el magistrado reconoce que la decisión de tomar a la implantación como el momento a partir del cual se le reconocería personalidad al embrión, admite objeciones metodológicas y sustantivas. Esto es así porque la Corte IDH, pese a reconocer la existencia de dudas y controversias en torno al momento en que comienza la persona, se inclinó por la visión más restringida y acotada de la protección del derecho a la vida, lo que resulta incompatible con la aplicación del principio pro homine que gobierna la materia y que, como expresa Mónica Pinto "es un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los Derechos Humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del Derecho de los Derechos Humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre". (30)

En ese sentido, lejos de "complementar" los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento interno, la conclusión de que "el embrión no puede ser entendido como persona" (parág. 256, el énfasis se ha añadido) representa una involución en el alcance que el derecho a la vida ha alcanzado en éste ámbito, lo cual da pie a la aplicación del "margen de discrecionalidad" respecto del efecto de las sentencias internacionales en el derecho interno, máxime si aquellos suponen violentar principios de derecho público constitucional. Esta conclusión, que en términos formales equivale a admitir la adopción por parte de nuestros constituyentes de un esquema monista con prevalencia del derecho interno, (31) entraña, en términos sustanciales, que ningún tratado internacional y, a fortiori, ninguna interpretación de éstos por sus órganos permanentes puede prevalecer sobre los principios de derecho público constitucional consagrados por el art. 27 de la Constitución Federal de 1853 y vigentes desde entonces.

Por otra parte, el magistrado recuerda que aun cuando la protección de la mujer resulte doblemente fundamental cuando lleva una vida en sí, habida cuenta de su propio carácter de persona y de su condición de portadora del no nacido, no puede afirmarse que ella sea el objeto directo de la protección a la vida, pues se trata de dos individuos diferenciados, cada uno titular por sí del derecho a poseerla, conservarla y transitarla.

En síntesis, en base a que la Constitución Nacional otorga una protección más amplia que al derecho a la vida de las personas por nacer que el fijado por la Corte IDH y de acuerdo a las exigencias del principio pro homine, corresponde reconocer el carácter de persona de los embriones desde el momento mismo de la concepción o fecundación y tutelar plenamente su consecuente derecho a la vida.

VI. Nuestra opinión

Compartimos plenamente la doctrina expuesta en el fallo acerca del derecho a la vida de las personas por nacer y del carácter que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH, más allá de algún reparo o inconsecuencia que podamos descubrir en la decisión finalmente adoptada.

a) Momento a partir del cual se reconoce el carácter de persona a los embriones y su consiguiente derecho a la vida

Compartimos plenamente el criterio y los fundamentos sostenidos en el fallo de la Cámara Federal de

Salta de considerar que para el derecho argentino los embriones han de ser considerados personas humanas desde el momento mismo de la concepción o fecundación y no a partir de la implantación como ha sostenido la Corte IDH.

En efecto, la Convención de Derechos del Niño, que de acuerdo al art. 75 inc. 22 tiene jerarquía constitucional, señala en su art. 6: "Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño". A la vez la reserva interpretativa realizada por nuestro país por medio de la ley 25.043 y a la que el Constituyente de 1994 le otorgó jerarquía constitucional, señala que niño "es todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad". El legislador y los jueces han de tutelar el derecho a la vida de las personas por nacer "en la máxima medida posible". Ello exige hacerlo a partir del momento mismo de concepción o fecundación, como bien señala el fallo que estamos comentando.

Reconocer la personalidad humana de las personas por nacer, la dignidad intrínseca de la que ello se desprende y su derecho a la vida, es incompatible con toda manipulación, cosificación, congelamiento, selección o instrumentalización, situaciones que suelen darse en la práctica de los tratamientos de FIV.

b) Modo de resolver un conflicto insalvable entre una norma o principio constitucional y la jurisprudencia de la Corte IDH

El fallo aborda también la compleja y ardua cuestión de cómo resolver un conflicto insalvable entre la normativa constitucional y los criterios provenientes de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Más allá de los intentos de armonización entre el derecho interno y el derecho internacional de los Derechos Humanos, se puede plantear en un caso concreto, como el que estamos comentando, la cuestión de cómo un juez nacional debe resolver un conflicto insalvable entre la Constitución Nacional y una norma o criterio interpretativo proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (32)

Las preguntas decisivas que corresponde plantear y resolver aquí son las siguientes:

- ¿a qué norma, la constitucional o la convencional, corresponde el máximo rango normativo en el sistema jurídico argentino?

- ¿en caso de conflicto insalvable, el juez nacional por cuál norma tiene que elegir: la constitucional o la convencional?

- ¿corresponde realizar el control de convencionalidad de las normas constitucionales o, más bien, lo procedente es hacer el control de constitucionalidad de las disposiciones convencionales y/o de las interpretaciones que de ella hagan los tribunales internacionales?

- ¿cuál es la instancia jurídica suprema? ¿a quién debe lealtad final el juez nacional?

No se trata de meras elaboraciones "de laboratorio", sino de cuestiones que comienzan a plantearse en nuestra práctica jurídica. Alcanza para ello mencionar tres ejemplos:

- en el caso Brusa se planteó la cuestión de si, aún teniendo en cuenta que el art. 115 de la CN establece el carácter irrecurrible del fallo del Jurado de Enjuiciamiento, corresponde o no su revisión judicial para no cercenar el derecho a la tutela judicial efectiva;

- en el caso Mazza, (33) en un obiter dictum del voto individual del Dr. Zaffaroni, se señala que, no obstante que el art 60 de la CN permite la inhabilitación del funcionario destituido por juicio político, en virtud que esa inhabilitación es una pena y las penas sólo pueden ser establecidas de acuerdo con las disposiciones del derecho internacional de los Derechos Humanos por los integrantes del Poder Judicial, el Senado, que es un tribunal político, no puede imponer más esa medida accesoria a la destitución; (34)

- también se ha planteado la cuestión de si la prohibición de que un ciudadano naturalizado pueda ser candidato a presidente establecida implícitamente en el art. 89 de la CN es contraria o no a las exigencias

del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Consideramos que la primacía final continúa siendo en nuestros días a favor de la norma constitucional respecto de las normas convencionales o de las interpretaciones que ellas hagan los tribunales u organismos nacionales. El juez nacional argentino debe resolver los conflictos normativos insalvables siguiendo este criterio.

Estimamos que cabe encontrar distintos fundamentos para fundar esta afirmación.

A) Argumentos provenientes de la constitución original de 1853-60

El art. 30 establece con claridad el carácter rígido de nuestra Constitución, previendo un procedimiento especial para su reforma. De acuerdo con ello, los poderes constituidos no pueden modificar la Constitución Nacional, ni pueden ir en sus decisiones más allá de las disposiciones constitucionales. De ese modo, los órganos de gobierno no podrían firmar, aprobar ni ratificar ningún Tratado Internacional que contraría la constitución, ni los jueces no pueden aplicar ninguna norma o criterio contrario a sus disposiciones. Quebrar el principio de la supremacía y rigidez constitucional significaría afectar las bases mismas de nuestro sistema institucional y jurídico.

Por otra parte, el art. 27 establece con toda claridad que "el Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución". De acuerdo con esta cláusula los Tratados Internacionales que celebre el Estado Argentino han de ser, para su validez, conforme con las disposiciones de su Constitución. Entre esos principios se encuentran el de la supremacía y la rigidez constitucional.

Estos artículos de la constitución originaria, de acuerdo con las disposiciones de la ley 24.309 declaratoria de la necesidad de reforma de 1994, no podían ser modificados por el Poder Constituyente bajo pena de nulidad absoluta e insanable.

B) Argumentos provenientes de las cláusulas introducidas por la reforma constitucional de 1994

La decisión del Constituyente de 1994 fue establecer el carácter complementario de las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto de la Constitución Nacional (35) y establecer la supremacía de los Tratados Internacionales respecto de la legislación interna, pero no en relación con la Constitución Nacional. Las normas internacionales en materia de derechos humanos tienen en la Argentina rango supralegal y complementario de la Constitución Nacional, pero no son supraconstitucionales. Han de ser aplicadas de modo subordinado a las disposiciones constitucionales. (36)

Se complementa algo ya existente y principal que no puede ser modificado ni alterado.

Estos criterios surgen con claridad del texto del art. 75 incs. 22 párraf. 1 y 2 y 24. En el primero se establece que "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes" y que once Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". En el inc. 24 se habilita la posibilidad de "aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes".

Por otra parte, esta era la única opción que podía establecer el Constituyente de 1994 dado los límites que le había fijado el Poder pre-constituyente mediante la sanción de la ley 24.309.

Algunos alegan para sostener la primacía de los Tratados Internacionales sobre la Constitución Nacional las disposiciones de los arts. 27 y 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que impide alegar las normas internas para dejar de cumplir los compromisos internacionales que los

Estados asumen internacionalmente. Sin embargo, corresponde recordar que para el derecho argentino la mencionada Convención es un Tratado Internacional con jerarquía supralegal pero no supraconstitucional. Por lo tanto, no puede ser opuesto válidamente a lo establecido en el art. 27 de la CN.

C) El establecimiento de la primacía normativa es una decisión constitucional

Señala Kelsen al referirse a las relaciones que guardan entre sí el derecho internacional y el interno que "ambos sistemas son igualmente correctos e igualmente justificados. Es imposible, a partir de una especulación jurídico-científica, adoptar una decisión jurídico-científica a favor de uno de los dos"; en otras palabras, la decisión de cuál debe prevalecer "escapa a la ciencia del derecho". (37) No siendo de origen estrictamente jurídico el establecimiento de la primacía es una decisión política que establece cada comunidad soberana.

Consideramos que en el estado actual de la organización jurídico-política la instancia última normativa de derecho positivo le corresponde a la Constitución Nacional. Nos parece que es más realista afirmar que las normas internacionales, excepto las que constituyen el *ius cogens*, (38) adquieren en general su validez por medio del consentimiento que brindan los poderes públicos nacionales en base a las competencias establecidas por una Constitución, que el sostener que las constituciones nacionales son dictadas por una habilitación contenida en las normas internacionales. La sanción de una constitución por el Constituyente significa la máxima expresión del derecho positivo de un Estado y el punto de partida para el reconocimiento y la sanción de las restantes normas incluidas las internacionales.

Nos parece que la supremacía es siempre constitucional, si bien cabe la posibilidad de que sea el propio texto constitucional el que establezca la primacía del derecho internacional o comunitario sobre toda norma interna, incluida la constitucional. En ese caso, el intérprete privilegiando la norma internacional da plena operatividad a la propia Constitución. Nos parece que estos criterios son los que se corresponden con el estado actual de evolución de los Estados Nacional en el marco del proceso de globalización. Éste ha debilitado Estado Nación moderno, ha relativizado partes importante de la soberanía estatal, pero aún estamos lejos de poder decir que ha desaparecidos. Los Estados Nacionales siguen siendo los principales sujetos y protagonistas del sistema político y jurídico y las instituciones y el derecho internacional aún está en proceso de conformación.

El Constituyente de 1994 podría haber establecido la primacía del derecho internacional aún sobre las propias normas constitucionales como lo han hecho algunas constituciones. Sin embargo, no lo hizo, sino que optó por darle al derecho internacional de los Derechos Humanos un carácter complementario de las disposiciones constitucionales.

D) El principio pro homine

Además de las razones de carácter más bien formales basadas en la supremacía de la constitución, nos parece que cuando en un caso, como el que estamos analizando, la protección otorgada por el texto constitucional es más amplia que la brindada por el Tratado Internacional y/o por la jurisprudencia de los organismos o tribunales internacionales, el juez nacional ha de seguir lo dispuesto en el texto constitucional en razón del principio pro homine. En este punto, compartimos plenamente lo señalado por el Dr. Rabbi-Baldi en el apartado B.2 de su voto.

En definitiva compartimos los criterios y fundamentos expuestos en el fallo de la Cámara Federal de Salta, tanto respecto del momento a partir del cual el embrión es considerado persona humana como en el carácter que los jueces nacionales tienen que asignar a la jurisprudencia de la Corte IDH.

(1) Art. 1º, ley 26.862.

(2) Para una primera aproximación a un análisis exegético y axiológico de la normativa señalada, se

recomienda la lectura de: HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia", LA LEY, 31/07/2013; GARAY, Oscar Ernesto, "Cobertura, igualdad e inclusión en la ley de fertilización humana asistida", LA LEY, 01/07/2013; MEDINA, Graciela y GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "La Ley Nacional sobre Fertilización Asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial entre su texto y el antecedente de la ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires", LA LEY, /06/2013.

(3) Corte I.D.H., Sentencia Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") c. Costa Rica, del 28 de noviembre de 2012, Serie C N° 257.

(4) Cám. Fed. de Apel. de Salta, "R., N. F. - O. N. c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo", sentencia del 03/09/2010.

(5) Cfr. Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptado por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York en 1946.

(6) Así, entre otras normas, cabe recordar al art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que prescribe que "toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la (...) asistencia médica...". De igual modo el art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reza "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la (...) asistencia médica y los servicios sociales necesarios...". Por su parte, el art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone que "los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental...".

(7) Cfr. BOECIO, De duabus naturis et una persona Christi, cap. 3; PL 64, 1343 y ss.

(8) Se puede leer en varias sentencias de la Corte Suprema la siguiente afirmación de claro contenido personalista: "El tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos, 302:1284; 310:112). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos, 316:479, votos concurrentes)".

(9) Entre otras medidas establecía que, en casos de FIV, quedaba absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento, y que todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento deberían ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes. La FIV fue practicada bajo estos parámetros en Costa Rica entre 1995 y 2000. En ese lapso, nacieron 15 costarricenses.

(10) Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales

incluyen "la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo". Por su parte, la FIV es "un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer". Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida. Las fases que se siguen durante el la FIV son las siguientes: i) inducción a la ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno.

(11) Las razones esgrimidas por la Sala Constitucional para motivar su decisión fueron, en primer lugar, la "infracción del principio de reserva legal", debido a que concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el "derecho a la vida y a la dignidad del ser humano", razón por la cual "[l]a regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resulta[ba] incompatible con el Derecho de la Constitución", por cuanto "solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales". En segundo lugar, la Sala Constitucional determinó que las prácticas de FIV "atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano", por cuanto: i) "[e]l ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida"; ii) "en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico", y iii) "como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer". Finalmente, la Sala Constitucional concluyó: "El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. [...] La objeción principal de la sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. [...] Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos - voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta - viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas". Cabe señalar que se trató de una acción de inconstitucionalidad colectiva iniciada por Hermes Navarro del Vallo, cuyos efectos resultaron erga omnes, en virtud de la ley 7135 de Jurisdicción Constitucional. Esta sentencia implicó que se prohibiera la FIV en Costa Rica, y

en particular, generó que algunas de las personas del presente caso debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV.

(12) Integrada por los siguientes jueces: Diego García-Sayán, Presidente; Leonardo A. Franco, Juez; Margarette May Macaulay, Jueza; Rhadys Abreu Blondet, Jueza, Eduardo Vio Grossi, Juez, y Alberto Pérez Pérez, Juez. El Juez, Manuel E. Ventura Robles, de nacionalidad costarricense, no participó en el presente caso de conformidad con el artículo 19.1 del Reglamento de la Corte. El Secretario del Tribunal es Pablo Saavedra Alessandri y la Secretaria Adjunta es Emilia Segares Rodríguez.

(13) Caso "Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro)", párr. 316.

(14) De los antecedentes de la Declaración Americana, la Corte consideró que los trabajos preparatorios no ofrecían una respuesta definitiva sobre el punto en controversia. Respecto a la Convención Americana, la Corte observó 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. Por otra parte, la Corte indicó que la expresión "toda persona" es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer. Por todo lo anterior, la Corte concluyó que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.

(15) La Corte señaló que la expresión "ser humano", utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de acuerdo con los trabajos preparatorios, no fue entendida en el sentido de incluir al no nacido. Asimismo, indicó que los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas. Igualmente, manifestó que las decisiones Comité de Derechos Humanos permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión. Respecto a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Corte señaló que los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación. Por último, indicó que los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido. El Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar "protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento". Sin embargo, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida.

(16) La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos ("TEDH") se han pronunciado sobre el alcance no absoluto de la protección de la vida prenatal en el

contexto de casos de aborto y de tratamientos médicos relacionados con la fecundación in vitro. Así, por ejemplo en el Caso Paton vs. Reino Unido la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que los términos en que está redactada el CEDH "tienden a corroborar la apreciación de que [el artículo 2] no incluye al que está por nacer". Agregó que reconocer un derecho absoluto a la vida prenatal sería "contrario al objeto y propósito de la Convención". Por su parte, en el Caso Vo. Vs. Francia, el Tribunal Europeo señaló que "se puede considerar que los Estados están de acuerdo que el embrión/el feto es parte de la raza humana, pero [l]a potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona [...] requiere protección en el nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una "persona" con el "derecho a la vida". Respecto a casos relacionados con la práctica de la FIV, el TEDH se pronunció en el caso Evans vs. Reino Unido, en el cual confirmó que "los embriones creados por el peticionario [y su pareja] no tienen el derecho a la vida dentro del significado del artículo 2 de la Convención y que no ha, por lo tanto, habido una violación a tal provisión". Mientras que en los Casos S.H. vs. Austria, y Costa y Pavan vs. Italia, que trataron, respectivamente, de la regulación de la FIV respecto a la donación de óvulos y espermatozoides por terceros, y del diagnóstico genético preimplantacional, el TEDH ni siquiera se refirió a una presunta violación de un derecho propio de los embriones.

(17) La Corte indicó que el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer (Protocolo de Maputo), no se pronuncia sobre el inicio de la vida, y además establece que los Estados deben tomar medidas adecuadas para "proteger los derechos reproductivos de la mujer, permitiendo el aborto con medicamentos en casos de agresión sexual, violación e incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la embarazada o la vida de la embarazada o del feto".

(18) En el presente caso, la interpretación evolutiva era 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. Por tanto, la Corte analizó dos temas: i) los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al status legal del embrión, y ii) las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV.

(19) La Corte hizo referencia al Convenio de Oviedo, a varios casos del Tribunal Europeo y a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para concluir que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida. Así, por ejemplo, en el en el Caso Costa y Pavan vs. Italia, el TEDH, en sus consideraciones previas sobre el derecho europeo relevante para el análisis del caso, resaltó que en "el caso Roche c. Roche y otros [...], la Corte Suprema de Irlanda ha establecido que el concepto del niño por nacer ("unborn child") no se aplica a embriones obtenidos en el marco de una fecundación in vitro, y estos últimos no se benefician de la protección prevista por el artículo 40.3.3 de la Constitución de Irlanda que reconoce el derecho a la vida del niño por nacer".

(20) La Corte consideró que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal consideró que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal

magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

(21) El Dr. Jorge Luis Villada no firma la sentencia por encontrarse excusado de intervenir en el caso.

(22) El fallo que es objeto del presente comentario ya fue analizado por Marcela I. BASTERRA, en "Las técnicas de fertilización asistida y la cuestión constitucional", LA LEY, 15/08/2013.

(23) Recordemos que a la fecha en que el Tribunal sentenció -8 de julio de 2013-, no se había dictado la correspondiente reglamentación de la ley 26.862. El dec. 956/2013 recién se dictó el 19/07/2013.

(24) "Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".

(25) THURY CORNEJO, Valentín, "La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", EDCO 2012-327.

(26) CSJN, "Mazzeo", voto de los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco, consid. 20, Fallos: 330:3248 (2007).

(27) Cám. Fed. de Apel. de Salta, "Cabezas Daniel Vicente y otros s/denuncia - Cabeza de Buey", sent. del 20/04/10.

(28) Víd. Facultad de Ciencias Biomédicas - Universidad Austral, "Informe: El comienzo de la vida del ser humano desde la perspectiva de la Medicina", Pilar, 2004, pp. 1-10.

(29) ANDORNO, Roberto, La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, LGDJ, París, 1996, p. 126, nota 341.

(30) PINTO, Mónica, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pauta para la regulación de los derechos humanos", en AA.VV., La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales, CELS, Buenos Aires, 1997, p. 163

(31) Cfr. KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, traducido por Roberto Vernengo, Porrúa, México, 1993, págs. 330/345.

(32) Cfr., SAGÜÉS, Néstor P., "El 'control de convencionalidad', en particular sobre las constituciones nacionales", Revista La Ley (en prensa), Buenos Aires, 2008, donde este destacado constitucionalista argentino hace un llamado a la prudencia por parte de la Corte Interamericana en el ejercicio del control de

convencionalidad. De lo contrario, el propio tribunal debilitaría su natural autoridad y ascendiente.

(33) CS, 06/10/2009.

(34) "Se ha considerado que el juicio político constitucional no era antes de 1994 un juicio de naturaleza puramente política, sino político/jurisdiccional. Cualquiera sea la opinión al respecto antes de 1994, después de la inclusión de los tratados internacionales de derechos humanos en el inciso 22 del artículo 75, que sanciona definitivamente la tesis del derecho único y los coloca al mismo nivel que las normas de la Constitución Nacional, la conclusión acerca de la naturaleza del juicio político constitucional debe invertirse: precisamente por tratarse de una pena, el juicio debe mantenerse como puro juicio político y la pena de inhabilitación no puede ser ya impuesta por el Senado", consid. 6.

(35) Por otra parte, este carácter complementario también es establecido en los propios documentos internacionales. Así, en el Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos se afirma que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

(36) El art. 27 de la Constitución argentina señala que los tratados internacionales que firme el país deberán estar "en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución", estableciendo de esa forma la supremacía normativa de la Constitución sobre los tratados internacionales. Por eso, describiendo el conflicto que se plantea al juez nacional si debe aplicar una norma internacional que contradice el texto constitucional, sostiene Andrés Dalessio: "cuando una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la base de alguno de los tratados incorporados por el art. 75, inc. 22, pretenda que los tribunales argentinos se pronuncien de modo que viole algunas de las garantías preexistentes en nuestra Constitución, ocurrirá lo siguiente: quedará de lado el principio del art. 27; quedará de lado que dicha incorporación se hizo con la aclaración de que no importaba derogación de artículo alguno de la primera parte de nuestra Carta, y para que fuera complementaria de los derechos y garantías establecidos en ella; Posiblemente se esté dejando de lado alguna reserva o declaración interpretativa hecha en el momento de la ratificación y, de tal modo, olvidando que la incorporación se hizo en las condiciones de su vigencia en 1994. A todo esto, los jueces que integren ese tribunal habrán asumido su cargo jurando aplicar la Constitución, por lo que no podrán acceder a violarla con tal motivo", Los delitos de lesa humanidad, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 89.

(37) HANS KELSEN, Teoría pura del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, p. 334.

(38) Sostuvo el juez Maqueda en su voto en el caso Simón: "la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía —al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa— un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente —dentro de este proceso evolutivo— como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la

humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. Estas normas del ius cogens se basan en la común concepción —desarrollada sobre todo en la segunda mitad del siglo XX— en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas", Fallos, 328:2056, voto Dr. Maqueda, consid. 45.