

Universidad de Lima  
Facultad de Derecho  
Carrera de Derecho



**“LA CONSIDERACIÓN JURÍDICA DEL  
EMBRIÓN PRODUCTO DE LA  
FECUNDACIÓN ASISTIDA Y LA CORTE  
INTERAMERICANA DE DERECHOS  
HUMANOS: UNA VISIÓN CRÍTICA HACIA  
UNA INTERPRETACIÓN INTEGRAL DEL  
DERECHO A LA VIDA”**

Tesis para optar por el título profesional de Abogado:

**Edwin Francisco Córdova Pérez**

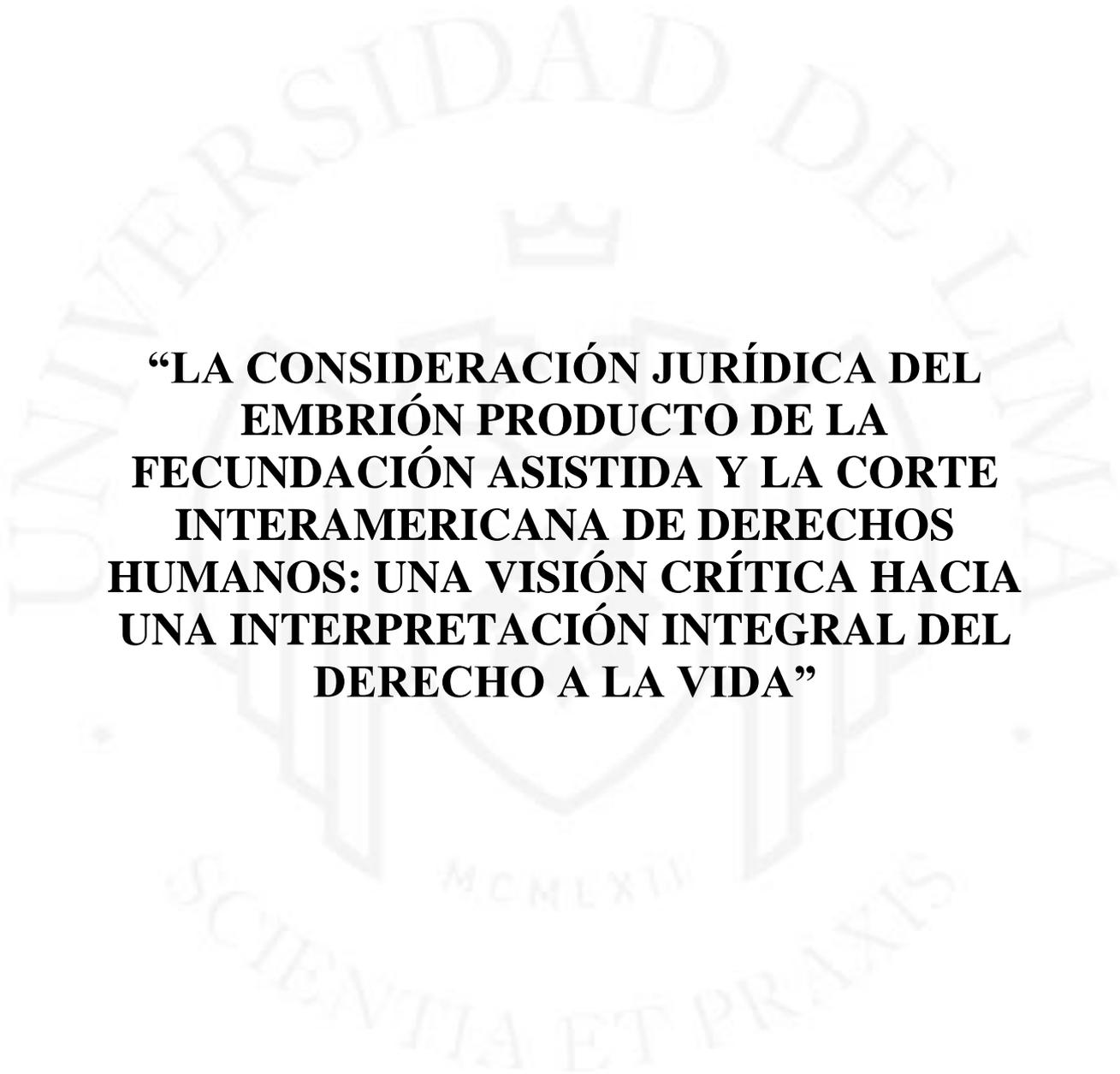
**Código: 20120361**

**Asesor:**

**Arturo Ronald Cárdenas Krenz**

Lima - Perú  
Setiembre del 2019





**“LA CONSIDERACIÓN JURÍDICA DEL  
EMBRIÓN PRODUCTO DE LA  
FECUNDACIÓN ASISTIDA Y LA CORTE  
INTERAMERICANA DE DERECHOS  
HUMANOS: UNA VISIÓN CRÍTICA HACIA  
UNA INTERPRETACIÓN INTEGRAL DEL  
DERECHO A LA VIDA”**

## TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS.....	7
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I: EL DERECHO A LA VIDA Y LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.....	14
1.1 La dignidad humana del embrión.....	15
1.2 El embrión y las técnicas humanas de reproducción asistida.....	19
1.3 Doctrina sobre el derecho a la vida del embrión y el concebido.....	24
1.3.1 Doctrina peruana.....	24
1.3.2 Doctrina Internacional.....	28
1.4 Protección jurídica del embrión en el ámbito internacional.....	32
1.4.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	33
1.4.7 Convención sobre los Derechos del Niño.....	40
1.4.8 Convenio Europeo de Derechos Humanos y Biomedicina- Convenio de Oviedo de 1996.....	42
1.4.9 Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998.....	43
CAPITULO II: LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO A LA VIDA COMO DERECHO HUMANO.....	45
2.1 Algunos apuntes sobre la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	46
2.1.1 Un esbozo histórico.....	46
2.1.2 Sobre la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (CIDH).....	49
2.1.3 Sobre la Corte Interamericana de Derechos Humano (Corte IDH).....	50
2.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	53
2.2.1 El derecho a la vida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos... 56	
2.2.2 Los términos “vida”, “concepción”, “persona” y “ser humano” reconocidos por la Convención Americana.....	60
2.2.3 Interpretación del art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ¿Se encuentra consagrado el derecho a la vida del embrión como derecho humano?.....	63

2.3	Alcances de los mecanismos jurídicos de la Corte IDH y posibles soluciones para un recto sendero de la defensa del derecho a la vida del embrión.....	67
2.3.1	El control de convencionalidad.....	68
2.3.2	El margen de apreciación de los Estados, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	74
2.4	Obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH en casos controvertidos.....	78
2.4.1	Teoría Monista o Dualista. Tercera opción a la vista.....	79
2.4.2	La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso de la “píldora del día siguiente”.....	81
2.4.3	La reciente Opinión Consultiva sobre Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del mismo sexo.....	84
2.5	Legitimidad de la Corte IDH con respecto a sentencias controvertidas.....	88
<b>CAPÍTULO III: ANÁLISIS DEL CASO EMBLEMÁTICO.....</b>		<b>95</b>
3.1	El Caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	96
3.2	La protección del embrión desde la fecundación. ¿Arbitrariedad de la Corte IDH?.....	99
3.3	Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los términos “concepción”, “persona” y “ser humano”.....	104
3.4	Los derechos reproductivos y la aniquilación del derecho a la vida del embrión. ¿Utilitarismo bioético como opción argumentativa?.....	111
3.5	La “Declaración de Guanajuato” frente a la sentencia del caso “Artavia Murillo”.....	118
3.5	Cumplimiento de la sentencia Artavia Murillo en el ordenamiento interno peruano.....	123
<b>CAPÍTULO IV: HACIA UNA MAYOR PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DEL EMBRIÓN.....</b>		<b>127</b>
4.1	Mirada holística entre la dogmática sobre conflicto de derechos. El falso dilema entre Derechos reproductivos vs. Derecho a la vida.....	128
4.1.1	La dignidad humana como eje de todo derecho fundamental.....	128
4.1.2.	Conflicto entre Derechos. Una solución armónica.....	130
4.1.3.	¿Derechos reproductivos vs. Derecho a la vida?.....	135
4.2	Actualización en las materias que exige el caso concreto.....	142

4.3	Criterios de protección del derecho a la vida e importancia de la Bioética.....	146
	CONCLUSIONES.....	151
	BIBLIOGRAFÍA.....	153



## AGRADECIMIENTOS

*Me pareció que la luz, aún ausente, resplandecía en las palabras del cántico, lírico místico que se abría oloroso entre la crucería de las bóvedas. “Gracias, Señor, por ese momento de goce indescriptible”, oré en silencio, y dije a mi corazón: “Y tú, necio, ¿qué temes?” (“El nombre de la rosa”, Umberto Eco, 1980).*

En primer lugar, quisiera agradecer a Dios porque sus caminos, a pesar de ser misteriosos, buscan la felicidad de los que en Él confían.

Agradecer a mis padres, Edwin Córdova Romero y Blanca Cecilia Pérez Icochea, quienes me dan su apoyo y amor incondicional, su aliento en momentos de adversidad y consejo cuando más lo necesito. Su sabiduría es digna de toda confianza, espero que siempre se sientan orgullosos de mí. A mi hermana María Celeste Córdova Pérez, a quien admiro mucho por su entrega, madurez y cariño.

A mi enamorada, amiga y compañera, Jennifer Verónica López Mendiola, quien me acompañó en todo este proceso, dándome la calma y paz que ella solo muy bien sabe hacerlo.

A mi profesor y maestro Ronald Cárdenas Krenz, asesor de la presente tesis. Su apoyo fue esencial para seguir con este proyecto de investigación. Tuve la suerte de ser su alumno y asistente de investigación en pre grado y doy fe, no solo de la calidad de profesional que es, sino también de su integridad como persona. A él, mis más sinceros agradecimientos.

Agradecer a mis amigos quienes fueron testigos de esta aventura académica; especialmente a Luis Hoyos, Juan Pablo Málaga, Arturo Patrón, Renzo Cesardo y Julio Lozano, con quienes, a pesar de las limitaciones propias de la vida, siempre hemos sabido andar juntos.

Agradecer también a mis profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima: Olga Alcántara, Josef Zielinski y Marco Antonio Ortega, quienes admiro su pasión por la investigación y la docencia.

Por último, agradecer a todos mis familiares: abuelos, tíos, primos y sobrinos quienes apostaron por mí en ser un profesional capaz y de rectos valores.



## INTRODUCCIÓN

El avance de la ciencia y la tecnología es cada vez más impresionante, vemos a diario en las noticias que se inventa una nueva técnica científica o se descubre un nuevo elemento que proporciona soluciones ante problemas que, por la propia naturaleza del hombre, este adolece. Las Técnicas Humanas de Reproducción Asistida (TERA) han sido objeto de mucho debate científico y reflexión académica, generando controversia social puesto que en, buena cuenta, dichas técnicas científicas han reformulado los límites del ser humano por ser artífice de su propio destino.

A la hora de analizar las TERA, lo que se contempla es la sorpresa de ser el mismo hombre quien interviene directamente en su propia realidad humana para crear vida; siendo que producto de dichas técnicas científicas nace un ser que, irremediamente, tiene un impacto por sí mismo al ser parte de nuestra especie humana: el embrión.

Cada una de las TERA como es la inseminación intrauterina, la fecundación *in vitro*, la ovodonación y la maternidad subrogada, son formas de crear un nuevo ser, de producir una nueva vida. Nótese que, utilizamos la palabra “producir” puesto que muchas de estas técnicas son hechas en laboratorios médicos. De esta forma, el análisis valorativo y jurídico no puede quedarse rezagado, pues, si es conocido que el Derecho y la moral no pueden confundirse el uno con la otra, lo que sí queda claro es que ambos se retroalimentan. Por tanto y partiendo de nuestro punto de vista jurídico, el presente trabajo de investigación parte de la inquietud por desentrañar la consideración jurídica del embrión en relación a dichas técnicas científicas.

En razón a lo mencionado en el párrafo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tuvo la oportunidad de formar un criterio sobre el particular, valorando jurídicamente al embrión con relación a las TERA, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y es que con el caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*, la Corte IDH ha reinterpretado el derecho a la vida del embrión contraviniendo, incluso, lo contemplado por la propia Convención Americana de Derechos Humanos.

Por este motivo, el presente trabajo de investigación buscará participar en el debate del derecho a la vida del embrión en el marco de los DD.HH, el cual no se encuentra ajeno al mismo ya que bajo argumentos jurídicos, lógicos y científicos podemos afirmar que el embrión es persona, en el más amplio sentido de la palabra y estricto también, y así, brindarle la debida protección normativa, jurisprudencial y doctrinal que necesite para que su principal derecho a vivir sea respetado y defendido ante los riesgos que lo vulneren.

Vale mencionar que la presente tesis nació a raíz de un artículo de investigación redactado y presentado por el suscrito, el cual fuera galardonado con el 3er puesto en el Concurso de Investigación Jurídica realizado en el marco del Congreso Internacional de Derecho Civil organizado por la Universidad de Lima en el año 2018, bajo el título: “EL CASO ARTAVIA MURILLO: ¿Y DÓNDE QUEDA EL CONCEBIDO?!”

Por esta razón, se permite ofrecer a la comunidad académica las inquietudes, críticas, comentarios y reflexiones que surjan con respecto al tema objeto de estudio.

La presente investigación en su primer capítulo tocará lo relativo al derecho a la vida y la fecundación asistida, en donde pasaremos a analizar sobre la dignidad humana del embrión desde diferentes perspectivas como la biológica, filosófica, antropológica y ontológica, reconociendo la complejidad que guarda el concepto de su dignidad. Asimismo, pasaremos a detallar la relación entre el embrión y las técnicas humanas de reproducción asistida, el impacto que aquel tiene en este y las interrogantes que surgen a partir de su aplicación en la realidad humana.

Luego, detallaremos los instrumentos jurídicos de alcance internacional que contemplan una protección indudable del derecho a la vida del embrión. Por último, expondremos la doctrina, tanto nacional como internacional, la cual constituye una voz autorizada de reconocidos juristas especializados en la materia quienes se manifiestan con respecto a nuestro objeto de estudio.

El segundo capítulo se enfocará en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el derecho a la vida como derecho humano, incluyendo la explicación sobre la materia por parte de los organismos encargados de la protección de Derechos Humanos en América, nos referimos tanto a la Comisión Interamericana como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al mismo tiempo,

enfocaremos nuestro estudio en la propia Convención Americana sobre DD.HH, la cual, desde nuestro punto de vista, contempla una clara tendencia a proteger el derecho a la vida desde la concepción, incluso empleando términos para clarificar que el embrión es objeto de protección bajo los estándares de la Convención.

Siguiendo el razonamiento expuesto, presentamos dos mecanismos jurídicos que dotan a la Corte IDH de un recto sendero de protección del concebido. Estos son el control de convencionalidad, figura establecida por la Corte IDH, a partir del caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, para impartir la correcta interpretación de los derechos humanos contemplados en la Convención Americana por parte de los Estados miembros. Por otro lado, aparece el margen de apreciación de los Estados como una solución jurídica empleada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a fin de otorgar la suficiente libertad a los Estados sujetos a su competencia para consagrar los derechos fundamentales y que estos no sean influenciados por criterios ideológicos poco acordes a la dignidad de las personas y la sociedad en su conjunto.

Con respecto a las sentencias de la Corte IDH, expondremos los argumentos por los cuales el Perú no debe seguir toda sentencia en la cual no forma parte de un proceso ante dicha instancia. Por ello, cuestionaremos la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH en casos muy puntuales en los que se encuentran comprometidos derechos humanos que los Estados miembros consagran en su ordenamiento interno; de esta manera, explicaremos las teorías sobre la incorporación de la norma internacional al ordenamiento interno. Para ejemplificar que existe discrepancia entre los criterios judiciales nacionales e internacionales, existe una sentencia del Tribunal Constitucional peruano en la que, tomando criterios de la Convención Americana de Derechos Humanos, prohíbe la repartición de la llamada “pastilla del día siguiente” por parte del Ministerio de Salud. Asimismo, revisaremos una última opinión consultiva sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” reconocida y promovida por la Corte IDH, la cual colisiona abiertamente con el ordenamiento jurídico peruano, lo que trae un debate amplio sobre su obligatoriedad.

Como consecuencia de ello, nos cuestionamos sobre la legitimidad de la Corte IDH con respecto a este tipo de sentencias o pronunciamientos, analizaremos si su activismo judicial es saludable en razón de proteger los derechos humanos o si es que

dicho activismo va mermando la capacidad de los Estados para proteger los derechos fundamentales de sus nacionales.

El tercer capítulo es de suma importancia ya que examinaremos nuestro caso emblemático, *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*, que por cierto es el único, hasta el momento de ser entregada la presente tesis, que se ha pronunciado con respecto al embrión en las técnicas de fecundación asistida de forma expresa. Por ello, estudiaremos y reflexionaremos en torno a los criterios utilizados por la Corte, en cómo pondera los derechos que las partes denunciante alegan en perjuicio de una disposición normativa costarricense que protegía el derecho a la vida del embrión.

La valoración de los argumentos esgrimidos por la Corte IDH serán evaluados en tanto si hubo o no arbitrariedad en lo decidido por este tribunal internacional, por un lado; y, por el otro, se abrirá un debate en torno al utilitarismo que parece ser que la Corte emplea para salvaguardar unos derechos en perjuicios de otros.

En reacción a la sentencia del caso *Artavia Murillo*, la comunidad académica y científica que se mostraba disconforme alzó su voz, y es en la Declaración de Guanajuato que sienta las bases de críticas al nuevo criterio que la Corte IDH ha implementado en la jurisprudencia de nuestro Sistema Interamericano de DD.HH. La presente tesis se encargará de detallar cada uno de los argumentos de dicha Declaración con las respectivas opiniones del suscrito.

Finalizando este capítulo, es inevitable no pronunciarnos con respecto al cumplimiento de esta sentencia dentro del sistema jurídico peruano, el cual protege al concebido normativa y jurisprudencialmente. En este sentido, revisaremos el carácter vinculante de dicha sentencia en razón a si contraviene abiertamente con nuestro ordenamiento jurídico o no.

El cuarto y último capítulo abrirá el panorama para una mayor protección del derecho a la vida del embrión. Por ello, es necesario replantear la problemática sobre el conflicto de derechos entre los llamados derechos reproductivos y el derecho a la vida. Se buscará las soluciones para entender que este conflicto de derechos no es más que un falso dilema que se plantea hoy en día para salvaguardar a unos en perjuicio de otros.

Además, se revalorará la importancia de actualizarse en las materias que exigen casos tan complejos como el que nos toca analizar, no solo siendo el Derecho una rama de estudio aislada y cerrada a otras ciencias o disciplinas, sino que este confluente en una relación de armonía en aras de proteger la dignidad de la persona. Por último, plantearemos algunos criterios de protección en relación al derecho a la vida; así como recalcaremos la importancia de la Bioética para esta clase de asuntos.

Sin duda, la presente tesis busca poner al debate la protección de la dignidad del embrión en un contexto de revoluciones científicas, un debate que, por cierto, parece haberse olvidado de este a pesar de toda la evidencia científica de su existencia, independencia y autonomía, más allá de cualquier otro.

Del mismo modo, consideramos que este debate académico formula algunos cuestionamientos a nuestro actual Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en concreto a su máximo tribunal, la Corte IDH, la cual, a pesar de sus aciertos en materia de protección de derechos y libertades fundamentales, últimamente se ha visto en medio de críticas por pronunciarse sobre temas sensibles para la comunidad latinoamericana.

Claro está que, dichos temas, tarde o temprano, debieron ser tocados en algún momento por la Corte IDH; sin embargo, los criterios de los cuales se ha valido este tribunal para introducirlos en la agenda política de cada país sujeto a su competencia, parecen no ser los más prudentes. El presente trabajo de investigación busca reflexionar en torno al actuar de dicho tribunal internacional, no con el fin de desconocer y menospreciar cuanto aporte ha hecho en la búsqueda por proteger los derechos más esenciales de la persona, sino que tratamos de esbozar una crítica constructiva para que la Corte IDH recupere una legitimidad que, al parecer, parece haber perdido en los últimos años.

Todo avance científico trae consigo una revalorización de su objeto de estudio, lo que no significa desechar siempre los criterios antiguos, cambiándose por los nuevos, sino de reflexionar en torno a las consecuencias de admitir paradigmas que colisionan con los ya establecidos. El hombre, como ser racional, se encuentra en la plena capacidad de valorar dichos paradigmas, más aún de si derechos se trata, abriéndose al asombro de descubrir que la realidad humana lo sobrepasa.

# **CAPÍTULO I: EL DERECHO A LA VIDA Y LA FECUNDACIÓN ASISTIDA**

Ante los acelerados avances de la ciencia, la búsqueda del progreso humano ha generado un amplio debate sobre los alcances de esta. Al verse comprometida la ciencia con el porvenir de la humanidad, la vinculación que tiene con la ética es, sin lugar a dudas, fundamental. Y es que ciencia y ética son dos ramas de estudios que deben estar estrechamente unidas, pues esta última legitima cualquier creación científica en la medida que sea beneficiosa para la humanidad.

El Derecho, al encontrarse inmerso en el campo axiológico de la humanidad, no debe encontrarse ajeno a dichos avances científicos. Pues, al contrario, es una oportunidad única para entender qué es el Derecho, el cual se encuentra en una constante renovación, actualización y diálogo con los sucesos de esta realidad, la cual se ve acelerada por un anhelo de progreso humano a veces meramente técnico y poco reflexivo.

Las Técnicas Humanas de Reproducción Asistida (TERA), se encuentran dentro del debate público, pues las aplicaciones de estas implican el compromiso de ciertos derechos fundamentales de la persona, siendo, entre ellos, el más importante: el derecho a la vida.

En tal virtud, se busca en este capítulo explicar el sentido del derecho a la vida como fundamento de la dignidad del ser humano, siendo el embrión considerado como tal por la composición biológica y ontológica que constituye su ser desde el momento de la concepción. Para tal fin, se analizará la dignidad del embrión y de cómo es que esta dignidad se encuentra inmersa en las TERA, procesos médicos-reproductivos que, sin dudas, ha conllevado a un extenso debate sobre su validez con respecto a la dignidad de las personas, así como el de sus alcances, los cuales nos llevan a situaciones complejas sobre los derechos que se encuentran involucrados.

Una vez asentadas las bases que nos permitan vislumbrar sobre la dignidad del embrión en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, es necesario delinear el marco legal sobre los instrumentos internacionales que se pronuncian con respecto a la dignidad del ser humano, en especial la del embrión. Sabemos que estamos en un mundo cada vez más globalizado, creando un determinado orden no

solamente en las relaciones entre países, sino en las bases fundamentales de la dignidad de las personas; por esto, tanto las declaraciones, convenciones, pactos, como cualquier otro dispositivo legal de alcance internacional es importante analizarlos, pues la adopción de un determinado sistema legislativo nacional está conformado por muchas de estas normas y principios internacionales en miras del bienestar de la persona.

Para finalizar, analizaremos desde la perspectiva de la doctrina tanto nacional como internacional, el tratamiento que se le da al embrión.

### **1.1 La dignidad humana del embrión**

En un mundo cada vez más globalizado y en el cual los valores se encuentran afectados por el relativismo ético cada vez más indiferente a la verdad de las cosas, es momento de voltear la mirada hacia las consideraciones éticas y jurídicas de ciertos sujetos de derecho que, con el avance tecnológico, parecen estar olvidados. Uno de ellos es el embrión, ser viviente perteneciente a la vida humana, y, como tal, merecedor de toda protección ética y jurídica.

Tomás y Garrido (2011) nos hace recordar que, tanto desde la ciencia como desde la ontología, el embrión es persona dado que con demasiada frecuencia se le trata como un producto de la tecnología (p. 41). Es importante recordar que el estatuto ontológico del embrión parte de la premisa que es propio y específico del ser personal en el cual se relaciona con la vida humana (Tomás y Garrido, 2011, p. 41). Esta definición antropológica, merece toda relevancia en el plano ético y jurídico, siendo así que el Derecho debe cumplir su principal función con respecto a la trascendencia de la persona: la defensa de su dignidad humana. Es decir, el Derecho reconoce la personalidad jurídica del embrión ya que este es “un ser humano en estado inicial, posee una vida humana y tiene, por tanto, un valor tan pleno como cualquier otro ser humano” (Vila-Coro, 1995, p.100).

Para entender la dignidad del embrión es indispensable apoyarse en el estudio de las distintas ciencias o disciplinas humanas, pues es en este diálogo interdisciplinario que enfocamos, debidamente, cualquier objeto de estudio sobre su valoración ética y jurídica. Asimismo, la apertura a otras ramas de estudio, representa que el embrión es un tema mucho más amplio de lo que se trata de presentar en estos

días; por ejemplo, como expone Gemma Lucía de Pablos (2012), existe una fuerte corriente doctrinaria en la que solo se cuenta la dignidad del ser humano por su racionalidad y libertad, por lo que su “dimensión corporal queda solo reducida al ámbito meramente físico, lo empírico, lo biológico, aspectos que no forman parte esencial de la definición de ser humano” (p. 662). La autora expresa su preocupación, puesto que “bajo este prisma, el embrión humano no es un ser que deba ser respetado desde el inicio, pues carece de dignidad al reducir ésta a su autonomía que aparece con el desarrollo embrionario del mismo tras la aparición de las primeras funciones racionales” (p. 662). Del mismo modo, somos de la idea que, para entender la dignidad del embrión, el estudio traspasa cualquier determinismo biológico, desde el cual, en nombre de la ciencia, se pretende implantar criterios reduccionistas sobre la dignidad del embrión. Esto solo lleva a una estrechez intelectual que sesga la relevancia ética de los distintos impactos que generan los avances científicos en relación con el ser humano; del mismo modo que nos permite descartar la premisa que un ser humano vale más por su elemento “racional” que otro.

Siguiendo con lo precedentemente expuesto, la filosofía nos sirve de apoyo en la reflexión ética sobre el embrión, siendo esta esencial para traspasar los criterios científicos que quieran delimitar la relevancia ética del embrión. La defensa de la ética, como tal, afirma la libertad humana en contra de poderes que quieren hacer del hombre un simple objeto manipulable, y no un fin en sí mismo; de esta forma, dicha defensa implicará una mirada aguda y crítica frente a un poder de cualquier índole como el económico, político, religioso y tecno científico que pretenda eliminar esa libertad de encontrarnos con otros y construir un mundo en común (Polo-Santillán, 2013, p. 26).

El razonamiento del jurista Carlos Fernández Sessarego (2017) es muy ilustrativo en este sentido, en cuanto afirma que:

“La filosofía está más allá de las ciencias, es la metaciencia. Mientras la ciencia da respuestas fragmentarias sobre sectores determinados de cosas, proporciona visiones parciales, la filosofía pretende buscar una verdad radical y primaria, desentrañar el enigma del ser “en cuanto que ser” (...) Cuando trata de penetrar y entender lo último de las cosas que esté fuera del alcance de las ciencias” (p. 52-53).

Así, el autor nos deja el mensaje que la filosofía entra a tallar en la realidad humana traspasando las fronteras que la ciencia tiene. Es en la filosofía en la cual podemos encontrar lo que es el “ser”, dando un paso más allá entre las limitaciones de la ciencia, por tal motivo, para hallar respuestas que compaginen distintos argumentos científicos discordantes e insuficientes, insuficiencia que da lugar a la constitución del problema filosófico (Fernández Sessarego, 2017, p. 167).

La cuestión filosófica planteada sobre la dignidad del embrión se encuentra latente desde siempre; sin embargo, dado estos tiempos en los cuales la ciencia avanza a pasos agigantados, es que renace el profundo debate sobre la ontología del embrión. De lo que se trata es “no solo encontrar la suficiente evidencia científica al respecto, sino la suficiente evidencia filosófica, es decir, argumentativa, para sustentar el estatuto humano del embrión desde el momento de la fecundación (...)” (Falla Guirao, 2008, p. 115).

La autora citada, a partir de un riguroso análisis de grandes filósofos y teólogos a través de la historia, llega a unas interesantes conclusiones. Por un lado, rebate cualquier teoría cognitivista, la cual postula que para ser persona se requiere de un cierto grado de racionalidad, basándose en los postulados de Giovanni Boeccio, quien define a la persona como “*sustancia individual de naturaleza racional*”. Sin embargo, tomando la tesis de Santo Tomás de Aquino por la cual “la persona se sustenta en él [*sic*] hecho de ser “in se” y “per se”. Esto quiere decir, en sí misma, intrínsecamente, y por sí misma, dicho de otro modo, independiente” (Falla Guirao, 2008, p.135).

Destaca Falla Guirao (2008) que el filósofo Eudaldo Forment recoge los conceptos tomasianos, afirmando que la persona es lo distinto en lo indistinto; es decir, que a pesar de que la persona mantiene una esencia genérica, la persona se caracteriza por su individualidad, donde cada persona es igual y a la vez distinta de otra; en síntesis, semejante (p. 136). Lo citado nos lleva a la reflexión de que el embrión es un ser humano independiente de la madre, debiendo ser esta entendida como una cooperadora de la vida mas no como una creadora ya que, ante la evidencia científica y filosófica sobre la constitución de la vida del embrión, este cuenta con las características propias que alberga todo ser humano independiente.

Como forma de resaltar la relevancia ontológica del embrión, el jurista Carlos Fernández Sessarego (2012) cuestiona sobre el tipo de ser que existiría en el tiempo que corre entre la singamia (fusión del espermatozoide y óvulo) y la implantación del embrión en el útero en los siguientes términos:

“Nos preguntamos al respecto ¿si no es un ser humano, podría ser otro ente como una pepita de oro, un cabrito, una hormiga, un leopardo, un árbol de quina? Nos interrogamos, ¿qué otro ser, que no sea humano, puede aparecer de la fusión de los núcleos de un gameto masculino con uno femenino? La respuesta es sencilla en el sentido que de esa fusión tan solo surgen seres humanos. No son seres diferentes al humano el que surge luego de la singamia de aquel que aparece en la implantación o anidación del embrión en el útero de la mujer. Es el mismo ser, con su propio código genético, desde la concepción hasta la muerte”. (p.65)

Lo citado es una referencia en los términos sobre cómo debe pensarse al embrión, pues este ya forma parte de la especie humana y, como tal, es digno de toda valoración ética y protección jurídica. Asimismo, Fernández Sessarego (2013) resalta la identidad que adquiere el ser humano por sí mismo, concluyendo que este posee un genoma que lo hace único, singular, irrepetible, no estandarizado. Es así que este “hecho permite sostener que si bien todos los seres humanos son iguales no existen dos que sean idénticos” (p. 63).

De la misma opinión es Ronald Cárdenas Krenz (2015) en el sentido que el embrión tiene desde un principio la dignidad propia de la persona, ya que se encuentra irrogado de una calificación antropológica y ética por la condición de tal; asimismo, el fundamento antropológico recae, principalmente bajo la concepción de que todo ser humano debe ser tratado como un fin en sí mismo y no como un medio, siendo además inconcebible considerar que un ser humano tenga mayor dignidad que otro en función de su edad (p. 213).

Dicho autor afirma que el ser humano tiene dignidad desde la concepción, en consecuencia, puede hablar del embrión en las dos primeras semanas de vida, siendo una trampa lingüística el uso del término “pre embrión” para denominar dicha etapa. Lo mencionado responde a un principio lógico de identidad pues “la diferencia es de nivel de desarrollo, mas no de existencia o esencia vital; en todo caso, tratándose de embriones congelados, una cosa es lo que *es* el embrión y otra dónde *está* [cursivas añadidas]” (Cárdenas Krenz, 2015, p. 214).

Apoyados en las premisas kantianas, el hombre debe ser un fin en sí mismo, y no ser visto como un medio. Esta máxima es aplicable al embrión en cuanto a la defensa de su dignidad, pues si hablamos de que toda persona por la condición de tal es merecedora de dignidad humana, en consecuencia, la dignidad de la persona es el fin de esta. Esto no debe ser visto como una retórica repetitiva y sin sentido, sino que debe ser reflexionado para que se encuentre el verdadero sentido de la humanidad. Así, se llegará a entender que la dignidad humana no es solo un derecho, sino que es el fundamento y origen de todos los derechos, es condición, índole, calidad de la persona que expresa toda su valía (Dolores Vila-Coro, 1995, p. 102).

## **1.2 El embrión y las técnicas humanas de reproducción asistida.**

El contexto de las técnicas humanas de reproducción asistida ha revolucionado las aproximaciones que se tenían sobre la planificación familiar, control de natalidad, entre otras políticas públicas en torno a la familia. Y es que, “entre los progresos de la biomedicina, uno de los dominios más espectaculares concierne al desarrollo de métodos destinados a vencer la infertilidad” (Monge, 2018, p. 574). Por ello, surge la controversia acerca de los sujetos involucrados en dichas técnicas como son los padres peticionantes, los donadores de gametos y los médicos participantes; sin embargo y desde nuestra perspectiva, la mirada que se ha dado a los participantes de las TERA ha sido alrededor de ellas mismas (personas naturales), sin considerar al sujeto principal de estos métodos reproductivos: el embrión.

En efecto, el rol de participación que ha tenido el embrión en dichas técnicas ha sido reducido a un mínimo (por decir lo menos) de consideración tanto ética como jurídica. En tal sentido, suscribimos lo dicho por Tomás y Garrido (2011), en “afirmar y reafirmar tanto desde la ciencia como desde la ontología que el embrión es persona, dado que con frecuencia se le trata como un producto de la tecnología” (p. 41).

Desde un aspecto científico y bioético, es necesario acudir a lo que se considera embrión, desde qué momento se constituye como tal y cómo este se relaciona con las técnicas humanas de reproducción asistida. Por lo mencionado, en el proceso biológico del embrión, un punto esencial es la llamada fecundación, razón por la cual la Academia Pontificia para la Vida la define así:

“La fecundación es el evento fundamental del comienzo del desarrollo de un nuevo organismo e implica una serie coordinada de eventos y de interacciones celulares que permiten el encuentro entre el espermatozoide y el ovocito para formar una nueva célula activada, el cigoto o embrión unicelular (*one-cell embryo*): es un *nuevo organismo de la especie humana* [cursivas añadidas]” (Pontificia Academia para la Vida, 2006, p.11)

En nuestro criterio, no encontramos una conceptualización mucho más sintetizada y precisa que la citada definición, toda vez que la Pontificia Academia para la Vida recoge una serie de criterios científicos y éticos por los cuales se debe considerar al embrión como un ser humano. Vale recalcar que este asunto no se limita a un ámbito netamente religioso, sino que se sustenta en diversas ramas de estudio, las cuales nos proporcionan los suficientes criterios objetivos sobre la real dimensión ética del embrión y el impacto que estas técnicas reproductivas tienen con respecto al mismo

La definición de la fecundación, conceptuada en muchos de los ordenamientos jurídicos como concepción, es el primer paso del embrión<sup>1</sup> y en el cuál adquiere inalienablemente el derecho a la vida. Es por tal razón que un sinnúmero de debates ha generado no solamente las TERA, sino también otros temas, como el aborto, la distribución del anticonceptivo de emergencia oral (conocida como la “pastilla del día siguiente”), la manipulación genética o la clonación. Y es que, teniendo en cuenta que ya existe una vida es que, tanto la comunidad científica como la académica, no pueden tomarse a la ligera el asunto del concebido.

Ahora bien, en cuanto a las técnicas humanas de reproducción asistida, estas son métodos que, ayudados por el avance científico, logran la fertilización de un nuevo ser. Dichas técnicas son divididas en técnicas de carácter homólogo y de carácter heterólogo. En las primeras, las células germinales usadas provienen de la misma pareja que se somete a las técnicas. En la de carácter heterólogo, el proceso es similar al homólogo con la diferencia de que interviene un tercero, quien se encuentra a disposición de atender a las solicitudes de la pareja.

---

<sup>1</sup> A fin de no caer en tecnicismos ajenos a la materia de la investigación, hacemos la observación que se considera al embrión como todo “ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie” (RAE, 2018, párr. 1); del mismo modo, la Academia de Lengua Española en su segunda acepción, lo define como “la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes de embarazo”. De esta manera, al referirnos al embrión también lo tocamos en su acepción de “concebido”.

Teniendo presente esta división que recae en los participantes de las técnicas de reproducción asistida, es pertinente aclarar la diferencia entre el proceso de inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. La inseminación artificial es el proceso técnico por el cual se introduce el espermatozoides del varón en el aparato reproductor de la mujer, con el fin de que los gametos masculinos alcancen el óvulo y lleguen a fertilizarlo. En cuanto a la fecundación *in vitro* el proceso es un poco más complejo, pues primero se genera una ovulación inducida a la mujer, luego se pone en contacto cada óvulo maduro con los espermatozoides previamente congelados; al final y una vez siendo fecundado una serie de óvulos fuera del útero de la mujer, el embrión humano es introducido en el mismo, comenzando, de esta forma, el proceso biológico natural de la división celular hasta formar el feto.

Una vez esbozadas estas técnicas humanas de reproducción asistida es importante que en dicho proceso se tomen en cuenta todas las aristas posibles. Sin dejarnos de sorprender por su aporte en favor de parejas que se encuentran imposibilitadas biológicamente de concebir a un hijo, debemos plantearnos las siguientes interrogantes: ¿Hasta qué punto llega a ser inofensivo todo tipo de intervención médica en las técnicas de fecundación asistida? ¿Cuáles son las cuestiones éticas y jurídicas que se deben replantear? ¿Existe riesgo en el nuevo ser engendrado fruto de las TERA?

Desde la perspectiva jurídica, nos adherimos a la preocupación expuesta por Zannoni, ya que en los albores de la experimentación médica en materia reproductiva, este jurista afirma que la inseminación artificial en seres humanos, así como la fecundación humana extrauterina, replantean interrogantes jurídicas y éticas comunes, encerrando, así, una problemática conjunta: la carencia del hombre y la mujer de procrear naturalmente mediante la cópula normal (Zannoni, 1978, p. 28). Del mismo modo, este autor plantea una problemática jurídica con relación a la legislación comparada, que en ese momento en concreto no preveía; por ejemplo, en materia de familia, se desvirtúa el criterio sobre la presunción de paternidad, pues el tradicional principio de concepción natal va quedando desfasado a raíz de las técnicas de fecundación asistida. En consecuencia, Zannoni (1978) advierte la necesidad de “conjugar las novísimas posibilidades que brinda la embriología y la genética contemporáneas con respuestas adecuadas en el ámbito jurídico que, como los sugeríamos, presupone también ciertos límites éticos” (p.35).

El problema pasa cuando las opciones legislativas no se encuentran lo suficientemente claras, forzándose a interpretaciones judiciales con contradicciones jurídicas, y, por tanto, de dudosa procedencia ética. Así, se tiene la sentencia la cual declara la legalidad del llamado “vientre de alquiler” en el Perú<sup>2</sup>, la cual adolece de serias contradicciones jurídicas, siendo las siguientes:

En primer lugar, los padres no biológicos interponen una acción de amparo, sabiendo que no mantienen ninguna carga genética con las niñas procreadas, pues estas solo alegan su voluntad para criarlas. Evidenciamos una incongruencia entre la carga genética-natural de los progenitores y el solo hecho de procrear como una irrogación jurídica que otorga el derecho a ser padre. En segundo lugar, el juez alega el principio del “interés superior del niño” invocando que la identidad de las niñas procreadas se vulnera al no ser reconocidos los padres contratantes del vientre de alquiler. Sin embargo, el principio del interés superior del niño requiere que no merezca ser expuesto ante este tipo de incertidumbres legales, pues este no tiene la culpa de que haya sido producto, por lo menos a veces, de un frívolo contrato de alquiler de vientre. Por último, suscribimos la preocupación que expone Cárdenas Krenz (2017c) cuando refiere que este tipo de sentencias pueden arrastrar hacia una banalización de la maternidad, cediendo a una visión hedonista de la misma, en la que ya no se quiera tener hijos sin pasar por el trance del embarazo, ya sea por cuestiones estéticas o por falta de tiempo (p. 26).

Desde el aspecto médico, el embrión llega a sufrir consecuencias negativas producto de las técnicas humanas de reproducción asistida. Un estudio de López Moratalla, Huerta Zepeda y Bueno López (2012) concluyen que sí existen serios riesgos en la salud de los embriones producto de las técnicas humanas de reproducción asistida, la cual exige una responsabilidad de los profesionales de la salud, exhortando, al mismo tiempo, un sistema de control de daños (p. 501). En sus conclusiones, afirma que “se requiere una investigación urgente y cuidadosa de la salud de los ya nacidos y una información tanto a los que acuden a las TERA como a la sociedad”<sup>3</sup>. El estudio citado es una muestra de lo que ha ido desencadenando las técnicas humanas de reproducción asistida, no solamente en el embrión, sino incluso en su salud post parto.

---

<sup>2</sup> Ver: Sentencia del Quinto Juzgado especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, 21 de febrero de 2017. Expediente: 06374-2016-0-1801-JR-CI-05

<sup>3</sup> *Íd.*

Desde una visión ética, el profesor Guevara Pezo (2002) alude a que es objetable el uso de la fecundación *in vitro* por dos razones, principalmente. Primero, se deshecha los embriones fecundados que no son implantados en el útero de la mujer, ya que solo se llega a elegir uno: el que se considere de mayor vitalidad. Segundo, el uso de la fecundación *in vitro* deshumaniza las relaciones humanas, pues es sustituida por la manipulación de laboratorios que actúan como factorías de vida (p. 140).

Una técnica vinculada a las TERA es la llamada crioconservación de óvulos fecundados, la cual ha generado un álgido debate sobre su validez ética y legal. En el proceso de la fecundación *in vitro*, existe una cantidad de embriones sobrantes, llamados embriones supernumerarios, en los cuales:

“Los posibles destinos hipotéticos de estos embriones pueden concretarse en los siguientes: su utilización posterior por la propia pareja de que procedan; su donación a otras parejas con fines reproductivos; su cesión con fines de investigación o, sencillamente, una vez superado el plazo máximo de congelación, el cese de su conservación sin otra utilización” (Lanzarote, 2006, p. 155).

Teniendo en cuenta los usos para los cuales se pueden tomar los embriones supernumerarios, cabe plantearnos un serio cuestionamiento ético sobre este método científico, ya que los destinos se concretan principalmente en dos formas: fines procreativos, dándoles la chance de desarrollar; o manipularlos para fines de investigación y experimentación, los cuales determinan forzosamente su destrucción (Lanzarote, 2006, p. 155). Es decir, no existe escapatoria para estos embriones que fueron sobrantes producto de una fecundación *in vitro*, el proceder científico opta por tomarlos como medios, ignorando cualquier status que estos tienen con respecto a su dignidad humana.

En conclusión, el embrión con respecto a las técnicas humanas de reproducción asistida, encuentra una serie de interrogantes que ponen en duda su validez ética. Las cuales deben ser cautamente reflexionadas, para su debida legislación. El Derecho no debe mostrarse indiferente ante esta problemática; por el contrario, es que, a partir de la realidad científica, las implicancias éticas y jurídicas deben salir a flote; debiéndose mantener un diálogo armónico que pueda abarcar la totalidad de todos los sujetos participantes. El embrión nunca debe ser tratado como un medio para determinados fines, por más loables que estos sean; los avances en la ciencia y la

tecnología deben procurar el respeto tanto de los que exigen resultados (personas naturales), como de los que no tienen voz para hacerlos (hablando del concebido). Por último, la moral y el Derecho se manejan dentro del campo axiológico del estudio de las humanidades deben ir siempre de la mano, mas no confundirse entre ellos. Así, solo tendremos la seguridad de sentirnos protegidos ante las fuerzas de los descubrimientos médicos en bien de toda la humanidad y no solo de unos cuantos.

### **1.3 Doctrina sobre el derecho a la vida del embrión y el concebido**

Como se puede apreciar del título, incluimos el término “concebido” para abarcar la complejidad de su protección jurídica con respecto al ordenamiento jurídico de cada país, lo que incluye tanto el ámbito patrimonial como el extrapatrimonial. Por otro lado, evitaremos caer en una compilación profunda de distintas posturas ya que este no es el objetivo de la presente investigación, ciñéndonos, principalmente, a los autores que tienen una posición en favor del derecho a la vida del embrión y contrastarlos, si fuera el caso, con autores que discrepan sobre el particular.

#### **1.3.1 Doctrina peruana**

En el Perú, la doctrina más autorizada en materia de derecho de las personas es sin duda la del doctor Carlos Fernández Sessarego, quién fue el ponente del libro de Derecho de las Personas del Código Civil de 1984. Sin lugar a dudas, dicho jurista formula valiosas y contundentes reflexiones con respecto al concebido.

La filosofía inspirada en la redacción del libro primero del Código Civil es la humanista. Filósofos como Kant, Fichte, Kierkegaard, entre otros, han inspirado al maestro Fernández Sessarego en formular su concepción de sujeto de Derecho desde la perspectiva del hombre como ser libertad<sup>4</sup>. Así, al igual que lo consagra el artículo 1° del Código Civil, Fernández Sessarego afirma que la vida humana comienza con la concepción o fecundación. Para esto, el autor explica que la concepción surte efectos a partir de cuándo el pronúcleo del espermatozoide masculino llega a fusionarse con el pronúcleo del óvulo femenino, a este proceso se le conoce como

---

<sup>4</sup> Para Fernández Sessarego (2016), la libertad, que es indefinible, se le conoce por lo que se suele considerar su principal atributo que es la capacidad del hombre de decidir en su mundo interior, por sí mismo, (*libertad ontológica*), sus íntimos y subjetivos proyectos existenciales, los que se manifiestan en la realidad de la vida a través de actos, conductas o comportamientos del ser humano (*libertad fenoménica*) (p.89).

*singamia* (Fernández Sessarego, 2016, pp. 102-103). A partir de este momento es que se comienza a armar una construcción jurídica de protección al concebido; por tal motivo, es el momento de la terminación de la singamia, en la cual aparece un nuevo ser humano independiente de la madre que lo cobija, puesto que aquel tiene información genética y un proceso biológico único e irrepetible.

Como se anotó precedentemente, al hablar en este capítulo del embrión, debemos entenderlo por “concebido”, ya que la causa que les da protección jurídica es la misma: la fecundación o concepción. Por tanto y a pesar de que Fernández Sessarego formule la observación que luego del proceso evolutivo del óvulo fecundado se le conozca como embrión, para efectos de la presente investigación es indistinto el caer en tecnicismos de términos científicos que no tengan una mayor relevancia jurídica, puesto que la vida de este existe desde la fecundación del óvulo<sup>5</sup>.

Con respecto a la genética, Fernández Sessarego postula que la revolución científica del siglo XX ha aportado al desarrollo de la humanidad, con la condición de que dicho aporte científico sea en beneficio de este. Por ejemplo, el Proyecto Genoma Humano es uno de estos avances beneficiosos en materia médica; sin embargo, el jurista advierte que “todo progreso, todo avance científico supone, como es sabido, no sólo un potencial beneficio para los seres humanos sino también, y al mismo tiempo, un indudable riesgo para la humanidad” (Fernández Sessarego, 2002, p. 571). Tesis que suscribimos siendo que, en materia de técnicas humanas de reproducción asistida, nos encontramos ante una serie de riesgos para el concebido y, por ende, para la esencia de la dignidad humana. En esta línea de pensamiento, a este autor le preocupa las formas en cómo se han ido manejando los malos usos de las manipulaciones genéticas en los que están por nacer cuando son diagnosticados de sufrir ciertas enfermedades. Esto crea una grave alternativa a que los progenitores adopten decisiones que atenten contra su vida (Fernández Sessarego, 2002, pp. 573-574), pues el hecho que sepan que su hijo no va a nacer con un estado totalmente saludable, implica una alta probabilidad de que el embrión sea desechado o incluso, en una etapa más desarrollada, sea abortado.

---

<sup>5</sup> Ver Arango Restrepo, P. (2016). Estatuto del Embrión Humano. *Escritos*, 24(53), 307-318. doi:10.18566/escr.v24n53.a04; López Moratalla, N. (2014). La ética y la bioética de la programación de la humanidad. *Revista Lasallista De Investigación*, 11(1), 41-50; Durán Acuña, Luis David. (2002). “El nascituro concebido, un sujeto de derecho”. En: *Familia, Tecnología y Derecho*. Universidad Externado de Colombia.

Tratar de resumir todo el pensamiento de Fernández Sessarego es una tarea compleja; sin embargo, para la presente investigación y de acuerdo a los postulados filosóficos de este autor, coincidimos que la realidad ontológica del ser humano recae en su libertad y como tal es digno de ser el centro del Derecho, cambiando el rumbo del objeto de estudio del mismo, ya que antes existía una noción de protección centrada en la propiedad y no en la persona (Fernández Sessarego, 2014, p. 188). Dados los hechos de violencia y guerras del siglo XX, es que se opta por acercarse a una concepción humanista-personalista, dando un giro en el estudio del Derecho. La libertad es central en esta cuestión, pues sin esta no encontramos asidero ético y moral del despliegue del ser humano en su realidad. En palabras de Fernández Sessarego (2014):

La libertad signa al ser humano como un ser espiritual capaz de vivenciar y realizar valores dentro de una determinada comunidad de seres humanos. Se es libertad en cuanto el ser humano es espiritual. Es, además, un ser lúbil, pues va haciendo su vida en una dimensión coexistencial, o social, dentro de su tiempo existencial. La vida de la libertad, nuestra vida, es una continuidad de quehaceres de acuerdo a un proyecto. Es un proceso abierto en el tiempo, *desde la fecundación o concepción hasta la muerte* [cursivas añadidas]. (p. 198)

La vida es libertad, y el primer principio es el de no dañar, no vulnerar al embrión ya que se corta la proyección de vida de un ser vivo. En esto recae nuestra concepción jurídico-filosófica, suscribiendo plenamente lo expuesto por el Dr. Fernández Sessarego.

El profesor Ronald Cárdenas Krenz (2015), por su parte, sostiene que el concebido es digno de toda protección jurídica, tal como lo consagra la Constitución peruana en su artículo 2<sup>o</sup><sup>6</sup>, y el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>7</sup>. Dicho profesor postula que existen razones no solamente filosóficas y jurídicas para dar protección al embrión, sino que hay argumentos científicos lo suficientemente sólidos que corroboran la corriente protectora del concebido en la realidad jurídica (p. 223). Asimismo, deja en claro que optar por esta

---

<sup>6</sup> Artículo 2<sup>o</sup>, inciso 1<sup>o</sup> de la Constitución Política del Perú.- Toda persona tiene derecho :

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

<sup>7</sup> Artículo 4<sup>o</sup>, inciso 1<sup>o</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “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”.

postura no es un tema que parta de seguir un determinado dogma religioso, ya que muchas veces se usa este argumento para generar la percepción de que “nuestra capacidad de raciocinio estaría sesgada por convecciones religiosas” (como se citó en García Cavero, 2013, p. 25).

Desde una perspectiva patrimonial, el profesor Enrique Varsi (2014) asevera que el concebido es sujeto de derecho con una protección jurídica especial, “digno de la más elevada protección normativa” (Varsi, 2014, p. 169); así, las especialidades de su protección se sustentan en dos supuestos. Por un lado, la atribución de derechos patrimoniales, que se encuentra condicionada a que nazca vivo; y, por otro lado, “por lo que goza de manera actual, durante su existencia, y es este goce se confirma si nace con vida y se convierte en persona natural” (p. 170). El autor concluye dando a resaltar que el concebido, en el marco del Código Civil, es apto de gozar de derechos patrimoniales ya que nos encontramos ante un ser humano considerado sujeto de derecho.

Es preciso acotar lo manifestado por Santillán Santa Cruz (2014), quién se pronuncia sobre los embriones *in vitro* no implantados, explicando que mediante “el derecho a la vida surge la exigencia jurídica de la continuación de su proceso vital, por lo cual es necesario que se concrete su anidación en el útero de alguna mujer, lo que a su vez entraña el deber de evitar prácticas dirigidas a su destrucción” (p. 132). El aporte de la autora es el diferenciar entre el derecho a la vida y el derecho a nacer, estando este último inmerso en el primero; de este modo, el derecho primario y fundante de todo ser humano será el derecho a la vida, que comprende el derecho a nacer, el derecho a la salud, el derecho a la alimentación, entre otros (p. 133).

El trabajo de investigación del profesor Jairo Cieza (2017), aboga por una regulación de las técnicas humanas de reproducción asistida, afirmando que:

“En el Perú no hay regulación sobre Teras [técnicas de reproducción asistida] y las pocas sentencias que han llegado a nuestra Corte Suprema, y ahora en la justicia constitucional, han sido, en la mayoría de casos, irrelevantes en su eficacia o en orientar el devenir de las Teras y la solución de conflictos derivados de estas”. (Cieza, 2017, p.32)

Si bien suscribimos con el citado autor en cuanto es necesario un diálogo interdisciplinario para una correcta regulación de las técnicas de reproducción

asistida, mantenemos nuestra discrepancia en el sentido de que el mismo autor otorga una protección ligera al embrión, centrándose en el principio de la “voluntad procreacional” de las personas naturales intervinientes. De todos modos, coincidimos en que las técnicas humanas de reproducción asistida deben ser reguladas, como afirma Jurgen Habermas (2009) “cada nuevo paso de la técnica genera la mayoría de las veces una nueva necesidad de regulación”, pero bajo términos de un diálogo abierto, transparente y razonable, en el cual prime el peso de los argumentos científicos, filosóficos y jurídicos sobre todos los sujetos intervinientes en las TRA, como son los donantes de gametos, médicos intervinientes, embriones, mujeres que alquilan su vientre, entre otros.

### **1.3.2 Doctrina Internacional**

No solamente el tema del concebido es fruto de debate en el ámbito peruano, sino que ha sido y es objeto de una amplia discusión fuera de nuestras fronteras. Por tanto, la presente tesis no puede ser indiferente a esta realidad.

En España, una doctrina autorizada es la de María Dolores Vila- Coro, quien en su libro “Introducción a la Biojurídica” (1995) formula una línea argumentativa sobre la vida humana, el embrión, el concebido no nacido y su impacto en el derecho español. La profesora española, acertadamente desde nuestro punto de vista, analiza los derechos del concebido desde dos perspectivas: una, desde los derechos civiles del concebido no nacido; y otra desde sus derechos fundamentales.

Con respecto a los derechos civiles, la doctora Vila-Coro hace bien en observar que “la atribución de personalidad jurídica implica el reconocimiento de derechos fundamentales como el derecho a la vida, más importantes que la posible retroacción de las relaciones jurídicas patrimoniales” (Vila-Coro, 1995, p. 148). Desde su interpretación sobre el nacimiento, en el que aclara que según el art. 29° del Código Civil Español<sup>8</sup>, la técnica legislativa se encuentra en una posición favorable a la vida desde la concepción; por tanto, es a partir de este momento donde se instituye la vida, siendo que “el nacimiento de la persona es un acto *declarativo* que determina la

---

<sup>8</sup> “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”.

personalidad jurídica, como consecuencia de un acto *constitutivo* que es la procreación (Vila-Coro, 1995, p.152).

Otro debate que se generó en torno a si el concebido era persona o no recae en los supuestos deberes que este debe cumplir; pues así, Vila-Coro (1995) afirma que el concebido ya tiene obligaciones “*ius cogens*” en cuestiones de filiación, nacionalidad y apellido (p.157). Asimismo, estima que no existe ningún inconveniente en aplicar distintas instituciones jurídicas en torno al concebido no nacido como son la representación, la donación, la sucesión, los alimentos y la sustitución fideicomisaria.

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, la profesora Vila-Coro desarrolla un preámbulo del contexto en el que surgieron los derechos humanos, y cómo es que el concebido es digno de estos. Tomando como garante a la Constitución española de 1978, la cual consagra determinados derechos fundamentales basados en una connotación axiológica de los mismos, es a partir de dicha Carta Magna que se consagra a la vida humana como bien jurídicamente protegible. Por ello, es válido preguntarse: “¿Cuál es el acto constitutivo de este derecho? ¿A partir de cuándo está legitimado el ser humano para ostentar la titularidad del derecho?” (Vila-Coro, 1995, p. 185). Las respuestas a dichas interrogantes proceden con facilidad pues el alcance de la ciencia ha hecho que con certeza se afirme que el derecho a la vida del concebido comienza con la concepción (Vila-Coro, 1995, p. 186). Así es como la autora entiende que el derecho a la vida es un derecho fundamental, primario y fundante del ser humano, sin el cual no puede desplegar los demás derechos que le son reconocidos por su calidad de persona.

De la misma opinión es su compatriota español, Jorge Rodríguez-Zapata en cuanto afirma que,

“el factor “tiempo” es irrelevante para la vida del embrión, que se encuentra vivo en un proceso que conduce irreversiblemente al nacimiento desde el mismo momento de la concepción, o de su individualización como ser humano en el caso de uso de técnicas de reproducción asistida” (Rodríguez-Zapata, 2016, p. 467).

El ex magistrado del Tribunal Supremo, en su tratado sobre “Teoría y práctica del Derecho Constitucional (2016)”, refiere que el tema del aborto pasó por muchos vaivenes legales y jurisprudenciales, pero a pesar de ello, la vida antes del

nacimiento se encuentra protegido por la legislación española, siendo una obligación del Estado español ejercerla con total efectividad. Por más que se alegue que la mujer tiene un derecho al libre desarrollo de su personalidad, la vida del feto debe prevalecer sobre esta, ya que al acabar con la vida del *nasciturus* no hay marcha atrás, queda totalmente extinguido, en cambio, “el derecho de la mujer sólo se ve afectado parcialmente por un embarazo no deseado. El aborto significa siempre la muerte del *nasciturus*, por lo que carece de todo sentido hablar de una colisión equivalente de derechos” (Rodríguez-Zapata, 2016, p. 470). Coincidimos totalmente con el autor, no podemos hablar de un equivalente conflicto de derechos, cuando vemos que la balanza se encuentra desapareja. En el caso de las técnicas de reproducción asistida, este desequilibrio tiene una colisión palmaria, pues no podemos afirmar que solo estas técnicas se encuentran para la disposición plena de los padres solicitantes, sino que entendemos que es el embrión el sujeto involucrado y protagonista de esta técnica médica en el cual se encuentra comprometidos sus derechos.

En Argentina, el status jurídico del embrión es una constante en los debates públicos, por ello Blasi (2009) aporta desde una perspectiva metafísica y luego jurídica sobre la dignidad del embrión humano. Tomando la corriente aristotélica-tomista sobre el *ser* de la persona, el autor entiende que el embrión es un individuo biológicamente humano ya que detenta su propia información genética que conducirá a su gestación y desarrollo; sin embargo, ello no es suficiente para reconocerle un estatus ontológico de persona (Blasi, 2009, p. 108). Por tanto, es indispensable superar las premisas del dualismo cartesiano (*res cogitans* y *res extensa*), por las que la persona, en realidad, es un ser de naturaleza racional, pero no es su razón”<sup>9</sup>.

A pesar de determinar genéticamente la realidad del embrión, el siguiente paso es descubrir el sentido espiritual que toda persona tiene para ser considerada como tal. Blasi (2009) acoge la teoría tomista que pone al espíritu como centro ordenador del ser humano; llegando a:

“deducirse que el embrión humano detenta un cuerpo organizado por un alma espiritual cuyo posterior desarrollo obedece a la programación genética desde el instante mismo en que se fusionan los cromosomas de las células germinales. Esto es razón suficiente para aceptar y reconocer la paridad ontológica del embrión respecto

---

<sup>9</sup> *Ídem.*

de la persona, puesto que en el fondo se trata de una *persona en estado embrionario*” [cursivas añadidas] (Blasi, 2009, pp.111-112).

Habiendo hecho la valoración filosófica del embrión, el profesor argentino critica que en el sistema jurídico argentino no se han interiorizado los criterios para valorar correctamente la dignidad del embrión. Teniendo en cuenta la protección constitucional del mismo<sup>10</sup>, el Código Civil de Vélez Sarsfield crea la ficción legal de otorgar personalidad jurídica al individuo humano desde la concepción, haciéndolo merecedor de contraer derechos y obligaciones en el tráfico jurídico patrimonial. Sin embargo, Blasi (2009) advierte que se ha creado una contradicción normativa puesto que dicha personalidad jurídica solo será reconocida al concebido siempre y cuando nazca con vida; lo cual quiere decir que si nace muerto pierde todos sus derechos, lo cual crearía un contrasentido ya que el concebido es persona desde el momento de la concepción (p. 116). A nuestro parecer, supeditar sus derechos civiles por la sola condición de que nazca vivo crea una incertidumbre jurídica de si el concebido es sujeto de derecho desde la concepción ya que la muerte al nacer puede hacer aparentar que este nunca tuvo derechos desde un principio (refiriéndonos a su concepción). Lamentamos que la opción legislativa siga en pie con el nuevo Código Civil y Comercial de 2014, mostrando, incluso, mayor contradicción pues, si bien por un lado el artículo 19° de dicho cuerpo normativo consagra que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, encuentra una evidente contradicción en el siguiente articulado<sup>11</sup> que niega la realidad del concebido de plano, si es que este no nace vivo.

De todas formas, nos adherimos a lo manifestado por Blasi cuando concluye que el Derecho debe reconocer a toda persona como ser humano desde el momento de la concepción, sin ninguna diferencia en su status jurídico sea por razones genéticas, físicas o intelectuales particulares. “El embrión humano, el feto y el recién nacido, son igualmente personas, razón suficiente para aceptar su paridad ontológica, y respetar y garantizar sus vidas” (Blasi, 2009, p.120).

---

<sup>10</sup> El autor expone que en base a la ratificación del Estado argentino la Convención sobre los derechos del Niño, se ha derogado el 2° párrafo del artículo 75 inciso 23 de la Constitución argentina, ya que en dicha ratificación de la Convención declara que “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad”.

<sup>11</sup> Artículo 21° del Código Civil y Comercial argentino de 2014:” Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. *Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió* [las cursivas son nuestras]. El nacimiento con vida se presume”.

Por citar otro ejemplo, en el caso de Chile y Colombia encontramos autores que se encuentran a favor del derecho a la vida desde la concepción, derecho fundamental que todo ordenamiento jurídico consagra desde su Constitución, Código Civiles y leyes correspondientes (Arenas *et al*, 2014; Valdez y Puentes, 2014).

#### **1.4 Protección jurídica del embrión en el ámbito internacional**

Es un hecho que nos encontramos ante un mundo cada vez más interconectado, en el cual el término “globalización” abarca distintos campos del conocimiento humano: económico, político, social, ético, científico y el cultural. De esta forma, los derechos encuentran un constante cambio en las perspectivas de quien los protege; es decir, ya no solamente los Estados son los únicos entes que protegen a la persona con respecto a algún acontecimiento que llega a vulnerar alguno de sus derechos, sino que nos encontramos ante organismos internacionales (evidentemente conformados por dichos Estados) quienes se pronuncian ante alguna situación que llegue a poner en peligro la dignidad humana.

El concebido no se ha mostrado ajeno a estos pronunciamientos, entendiéndose que, ante recientes pronunciamientos, ha visto mermada su dignidad y corre el riesgo de que siga en esta misma corriente. En este sentido, suscribimos lo dicho por Manuel de la Flor Matos (2008) cuando afirma que:

“El concebido es la persona humana que actualmente está siendo atacada en el contexto global, a pesar de ser la vida humana más indefensa tanto por el Estado como por grupos de interés. A pesar que todos le debemos protección, sin embargo, actualmente es el seno materno un lugar peligroso para los niños por nacer.” (p. 100)

Por tanto, pasaremos a revisar los instrumentos internacionales que acogen una protección jurídica del embrión. Solamente para remarcar que, si bien hablamos de declaraciones, pactos, convenciones, directivas o convenios, debemos tener en claro el punto central de este acápite: sea cual sea el mecanismo jurídico utilizado, coincidimos en que existen instrumentos de alcance internacional en aras de defender la dignidad del ser humano, en concreto, del embrión, más aún si es que éste es sujeto a acciones arbitrarias que vulneren su derecho a la vida.

#### **1.4.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, “La Declaración”) fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) el 10 de diciembre de 1948, siendo el “primer instrumento de derechos humanos de carácter general promulgado por Naciones Unidas que contiene un catálogo de derechos humanos y libertades fundamentales” (Novak y Salmón, 2002, p. 59). Dicha declaración es la madre de todas las declaraciones en temas de derechos humanos, y es tomada como inspiración de cualquier otro dispositivo internacional en materia de derechos humanos.

En lo relevante a nuestro tema, cabe repasar algunos artículos concernientes al derecho a la vida. El artículo 3° consagra que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, lo que lleva a apreciar que la vida es un derecho inalienable, el cual la persona la detenta por su sola condición de tal.

Otro artículo interesante de la Declaración es el 6°, el cual afirma que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, lo cual reconoce que todas las personas forman por parte de un determinado ordenamiento jurídico. En el caso del embrión, el sistema jurídico peruano reconoce la figura del concebido, quien es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 2° inc. 1).

A modo de cierre, la Declaración asegura que todos los derechos y libertades reconocidos en esta, se hagan plenamente efectivos estableciéndose un orden social e internacional. Es pues a partir de la mencionada declaración que se desprenden los demás instrumentos internacionales con respecto a la defensa de la vida como principal derecho humano.

#### **1.4.2 Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos de la UNESCO**

La Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos fue aprobada por la Conferencia General de la United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO, por sus siglas en inglés), con fecha 11 de noviembre de 1997. Básicamente, es una declaración en reacción ante los avances en materia científica, biológica y genética; poniendo énfasis en la protección del genoma

humano ya que “es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad” (Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos de la UNESCO, art. 1º, 1997).

El art. 5 de la misma Declaración nos expresa su preocupación en las personas interesadas de la experimentación, remarcando su debido consentimiento informado. Del mismo modo, vale remarcar el criterio de ponderar los riesgos y las ventajas según un criterio de prudencia, siendo necesario traerlo a colación a nuestra investigación puesto que su ponderación debe guardar armonía con la dignidad humana, como bien se especificó en el segundo sub capítulo de la presente investigación.

Entre otros temas, la referida Declaración avala la libertad de investigación, como raíz de la libertad de pensamiento, en la aplicación de la investigación sobre el genoma humano, sobretodo en el campo de la biología, la genética y la medicina, la cual debe orientar a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y *de toda la humanidad* [cursivas añadidas]. (Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos de la UNESCO, art. 12º, inciso b., 1997). Si bien entendemos y damos validez a que muchos avances científicos han facilitado el bienestar de la humanidad, no podemos dejar de lado que la libertad de investigación debe ser una herramienta para beneficio de todo sujeto humano, el cual se encuentra inmerso el embrión.

En lo último de la mencionada Declaración, se insta a los Estados a adoptar las medidas correspondientes para “fomentar los principios establecidos en la Declaración, a través de la educación y otros medios pertinentes, y, en particular, entre otras cosas, la investigación y formación de campos interdisciplinarios y el fomento de la educación en materia de bioética, en todos los niveles, particularmente para los responsables de las políticas científicas” (Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos de la UNESCO, art. 20º, 1997). Del mismo modo, es interesante que este tipo de declaración internacional comprometa a un debate mucho más amplio y abierto en el plano internacional, el cual garantice la libre expresión de las distintas corrientes socioculturales, religiosas y filosóficas (Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos de la UNESCO, art. 21º, 1997).

Para terminar, es importante destacar dos cuestiones. En primer lugar, si bien dicha declaración internacional enfoca su protección al genoma humano, incluso llegando a considerarlo patrimonio de la humanidad; con mayor razón y *mutatis mutandis*, es dable considerarla como un mecanismo de alcance universal con un carácter proteccionista de la dignidad del embrión. En segundo lugar, el embrión es protegido desde distintas perspectivas, una de ellas es apelando a los criterios éticos que este tipo de declaraciones va construyendo en el devenir científico, como es la libertad de investigación, promoción de diálogo interdisciplinario y la garantía de respetar los estándares socioculturales, religiosos y filosóficos de cada Estado.

### **1.4.3 Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO**

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos fue aprobada el 19 de octubre de 2005 por la Conferencia General de la United Nations Educational, Scientist and Culture (UNESCO, por sus siglas en inglés). Los alcances generales de esta declaración recaen en dos aspectos: por un lado, trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales. Por el otro lado, los ámbitos a los que llega esta declaración se dirigen, principalmente a los Estados; sin perjuicio de que sean orientaciones para la práctica en individuos, grupos, comunidades, instituciones y empresas públicas y privadas (Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, art.1, inciso 1,2005).

Los objetivos de la presente declaración llegan a ser análogos a los de la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos; sin embargo, existen unas particularidades en las que vale la pena hacer hincapié. La Declaración sobre Bioética y DD.HH mantiene una premisa ejemplar sobre la aplicación y fomento en materia científica, así “la práctica médica y las tecnologías conexas, se deberían potenciar al máximo los beneficios directos e indirectos para los pacientes, los participantes en las actividades de investigación y *otras personas concernidas* [cursivas añadidas],y se deberían reducir al máximo los posibles efectos nocivos para dichas personas.” (Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, art. 4, 2005). Cuando dicho artículo se refiere a “otras personas concernidas” es válido referirnos al embrión como tal, puesto que este es “realidad humana, individuo de la

especie, persona, desde que es cigoto, porque posee toda la información del sistema respectivo al término: tiene como propia la capacidad de un desarrollo orgánico (López Moratalla, 2004, p. 10). Por tanto, el embrión entra a la denominación de persona concernida, interesada, sujeta ante cualquier cambio en materia científica, la cual debe siempre salvaguardar su dignidad humana.

Esta declaración acciona contra la vulnerabilidad de los sujetos que se encuentran más propensos a ser afectados en sus derechos, por lo cual se consagra que tanto los individuos como los grupos humanos deben ser protegidos por estos, así como se debe el de respetar la integridad personal de los mencionados (Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, art. 8, 2005). El enfoque del presente trabajo de investigación puede llevarnos a suscribir completamente dicho artículo, en razón a que el embrión es susceptible de ser vulnerado en sus derechos, y encontramos pleno amparo jurídico al toparnos con una declaración internacional de este tipo. Nos deja la idea que en materia de derechos humanos se puede avanzar a un paso que permita el bienestar de la humanidad, apreciando la real dimensión del embrión y, además de ello, ser consagrado jurídicamente a través de este tipo de instrumentos internacionales. En este orden de ideas, podemos llegar a que todos los seres humanos encuentren igualdad en dignidad y derechos, de tal forma que sean tratados con justicia y equidad (Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, art. 10, 2005).

Por último, reconocemos la preocupación que esta Declaración manifiesta, pues las repercusiones que generan las ciencias de la vida deben tomar en cuenta a las generaciones venideras, sobretodo en su constitución genética (Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, art. 16, 2005). En nuestra opinión, la defensa del embrión es el principio de toda una recta consideración ética y jurídica que, lamentablemente con el avance médico, se ha ido perdiendo. En un futuro no muy lejano, debemos dejar sentadas bases sólidas sobre el sentido que tiene la dignidad humana, y no dejándonos caer en sesgos, visiones parciales o indiferentes. Es entender que, en esta compleja dimensión, dejemos un sano legado para que las generaciones venideras adopten una postura firme ante cualquier vulneración de la dignidad de los nuestros.

#### **1.4.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado y ratificado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; sin embargo, entra en vigor diez años después, el 23 de marzo de 1976.

Dicho Pacto es de destacar que consagra los llamados derechos de primera generación, los derechos civiles y políticos, razón por la cual tiene un impacto importante en el avance de los derechos humanos. Para fines de nuestra investigación, es importante citar este Pacto puesto que consagra el derecho a la vida conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El Pacto abarca el derecho a la vida de forma inherente a la persona humana, al mismo tiempo que dicho derecho debe estar amparado por la Ley y nadie podrá ser privado de forma arbitraria (1.3.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 4°, 1966). De una lectura a este artículo, podemos notar que el derecho a la vida se encuentra inmerso en los derechos de primera generación, derechos fundamentales por los cuales el ser humano reconoce su dignidad como tal. Además, se afirma tajantemente que el derecho a la vida no debe vulnerarse de forma arbitraria, tomando en cuenta que el embrión se halla en una posición desfavorable ante arbitrariedades no solo de la irreflexión ante los avances científicos, sino también de la minusvaloración de sus otros derechos en general.

Un punto a considerar y con el fin de evitar suspicacias es la confusión de términos lingüísticos usados en los distintos instrumentos internacionales. En el Pacto se menciona la palabra “ser humano” en tres oportunidades. La primera, usada en el preámbulo del Pacto, encuentra sentido en que todo ser humano en aras de su realización merece gozar de sus derechos civiles y políticos, así como de sus derechos económicos, sociales y culturales. En cuanto al segundo momento, es aleccionador lo consagrado en el artículo 10° del Pacto, pues cuando exista privación de libertad, la persona debe ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Por último, el artículo 16° consagra que “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Ponemos hincapié en la definición de términos ya que es importante remarcar que toda persona es un ser humano, y que por tener la condición humana merece

respeto en su dignidad. Creemos que por cuestiones de orden técnico-jurídico<sup>12</sup> se omitió hacer la aclaración correspondiente sobre los términos de “persona” y “seres humanos”, como acertadamente sí se hizo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>13</sup>.

#### **1.4.5 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**

Pasando al ámbito regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada por la novena Conferencia Internacional Americana dada en la ciudad de Bogotá-Colombia en el año 1948. Un documento de alcance regional que ha marcado la pauta de derechos, deberes, principios y libertades que ostenta el hombre en la región americana.

Si bien, en un principio, fue declarada como un documento no vinculante, al ser elaborado desde un matiz más político netamente, sí es un hecho que sirvió de insumo para la elaboración de instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Así lo señala la investigación de Álvaro Pául (2016) cuando afirma que “los redactores del APDADDH. [Anteproyecto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre] de 1945 tenían conciencia de su importancia no solo regional, sino que también universal” (p. 372).

Se puede apreciar que, luego de la especificación de los considerandos en la Declaración Americana, el articulado de dicho documento internacional comienza con la consagración del derecho a la vida en estos términos: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, art. 1º). Es importante resaltar la primera consagración al derecho a la vida, siguiendo el criterio que este derecho es el primogénito para el despliegue de los demás derechos consagrados en la Declaración.

Asimismo, es importante tomar en cuenta que, en lo referente a los Deberes del Hombre, que “toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad”

---

<sup>12</sup> Sostenemos que al ser consagrados los derechos de primera generación, se trata de dar una especificación amplia a la concepción de ser humano, sin entrar a detallar otros términos.

<sup>13</sup> Artículo 1º, inciso 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

(Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, art. 29°). Existe un deber de la persona en dejar que se despliegue los derechos y libertades de sus pares en una sociedad, el concebido es ser humano (persona, para todos los efectos políticos y jurídicos), por lo cual se le debe dejar desarrollar en su totalidad, no impidiendo que cualquier técnica científica paralice su derecho a la vida. La Declaración Americana al ser un documento principista eminentemente, debe consagrar los derechos más esenciales del ser humano, el primero de ellos, el derecho a la vida.

#### **1.4.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida también como el Pacto de San José) fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, la cual se llevó a cabo del 7 al 22 de noviembre de 1969, en la ciudad de San José, Costa Rica.

A diferencia de las anteriores Declaraciones mencionadas, sus efectos jurídicos y carácter vinculante llega a ser objeto de debate con respecto a su obligatoriedad ya que algunos consideran que suscribir la Convención llega a ser un acto solemne, de meras recomendaciones, y otros mantienen una postura que ciertas declaraciones tienen un carácter obligatorio, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Novak y Salmón, 2002, p. 97). Por otro lado, la naturaleza jurídica de las convenciones es definida como los:

“instrumentos multilaterales de derecho internacional y que, con su ratificación, los Estados Partes se comprometen expresamente a garantizar los derechos en ellos incluidas y a introducirlas en las leyes nacionales para asegurar que todos los estados los habitantes del Estado firmante, el goce de los derechos humanos contenidos en tales convenciones y ello es lo que sucede con (...) la Convención Interamericana de Derechos Humanos” (Valle Riestra *et al*, 2016, p. 457).

En este apartado, se tocará sucintamente lo relativo a la protección del embrión en materia de derechos humanos según esta convención, puesto que dedicaremos un capítulo en especial para detallar y dilucidar nuestra hipótesis principal en lo consagrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Vale anotar dos observaciones al respecto. Primero, el derecho a la vida en el Pacto de San José no se encuentra en los términos que nosotros estamos refiriéndonos, pues de lo que se desprende de una lectura de su articulado, podemos apreciar que el derecho a la vida se encuentra relacionado con la abolición de la pena de muerte en ciertos supuestos, mayoritariamente (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4º, 1969). Sin embargo, apreciamos con mayor detenimiento que en el inciso 1) del mencionado artículo se consagra que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. La concepción como la primera etapa constitutiva de vida del embrión se encuentra normada en esta Convención, lo que nos deja una señal clara que dicho pacto, de manera acertada, apostó por la defensa del embrión, del concebido, no nato. Sin embargo, el conflicto en su interpretación llega cuando aparentemente colisiona con otros derechos. Este tema será abordado en el tercer capítulo del presente trabajo de investigación.

Segundo, la Convención consagra con justa razón que, para efectos de la misma, “persona es todo ser humano” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1º, inciso 2.º, 1969). Como bien se mencionó que toda persona tiene derecho a que se respete la vida, es dable hacer una interpretación sistemática en el sentido de que dicha persona es todo ser humano. Se sigue que, el embrión al ser perteneciente a la especie humana, ya es de por sí un ser humano por lo que debe ser considerado digno de protección jurídica en materia de derechos humanos desde el momento de la concepción.

Como bien se advirtió, dejamos paso a que en el capítulo correspondiente se puede ahondar con mayor profundidad en estas reflexiones.

#### **1.4.7 Convención sobre los Derechos del Niño**

La Convención sobre los Derechos del Niño fue promulgada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1969, entrando en vigor el 2 de setiembre de 1990. Dicho instrumento internacional adopta una posición nueva y tuitiva con respecto a los derechos de niño, ya que esta Convención reconoce al menor como sujeto de derecho, oponiéndose a la corriente doctrinaria que afirma la incapacidad

jurídica del niño, no reconociéndole derechos, sino que existe una suerte de poderes-deberes por parte de los adultos que debían defenderlos (Silva Chávez, 2012, p. 97).

Considerando este tipo de reformas en la visión de los derechos del niño, dicha Convención dispone de una serie de artículos que vale la pena resaltar. En primer lugar, consagra que todos los Estados partes se obligan a reconocer el derecho intrínseco a la vida, así como se le garantiza la máxima medida posible de supervivencia y desarrollo (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, artículo 6°). Llama la atención que la palabra “intrínseco” funcione como un adjetivo del derecho a la vida, lo cual deja a una interpretación tuitiva por parte de los Estados partes en darle la mayor protección posible, con mayor preferencia desde el momento de la concepción hasta el cumplimiento de la mayoría de edad. Esto no significa que los Estados se desentiendan cuando cumpla la mayoría de edad, sino que desde que es un ser humano concebido es merecedor de enfoque especial en la protección de sus derechos, propiciando su desarrollo y bienestar.

En segundo lugar, es a partir de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño por la cual toma forma jurídica el llamado “interés superior del niño”. El artículo 3° de dicha Convención exhorta a que toda entidad administrativa, judicial y legislativa considere primordialmente el interés superior del niño, asegurando la protección y el cuidado que este merece.

En tercer lugar y como corolario de lo expuesto anteriormente, existe una aplicación del interés superior del niño frente al desarrollo de las nuevas tecnologías. Como bien recomienda Cárdenas Krenz (2017c), algunas pautas fundamentales que deben terse presente a partir del interés superior del niño:

“El niño es siempre un fin en sí, no un medio. Es un ser independiente; no le “pertenece” a sus padres, pues no es un bien del que pueda uno apropiarse o disponer. No existe un “derecho” al hijo, sino hijos que tienen sus propios derechos. No es un objeto de derecho, sino un sujeto de derecho, el cual, como tal exige una acción garantista para protegerlo” (p.30).

El desarrollo de las tecnologías ha puesto sobre el tapete la aplicación del principio del interés superior del niño en la realidad jurídica, suscribiendo lo manifestado por el citado autor; del mismo modo, creemos conveniente que este principio no solo

debe quedarse en el papel, sino que debe ser aplicado según los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño en la realidad peruana e internacional.

#### **1.4.8 Convenio Europeo de Derechos Humanos y Biomedicina- Convenio de Oviedo de 1996**

El nombre completo es “Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina”, aprobado el 4 de abril de 1997; es también conocido como el Convenio de Oviedo.

En el Convenio de Oviedo, su artículo 2° resalta la primacía del ser humano, ya que el interés y bienestar de este deben prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o la ciencia. En esta corriente tuitiva por parte de los Estados miembros es que se debe dirigir todo límite a la experimentación científica en el ámbito de la biología y la medicina, la cual se efectuará libremente; no obstante, deben mantenerse las reservas de lo dispuesto en el presente convenio y en otras disposiciones jurídicas que garanticen la protección del ser humano (Convenio de Oviedo, 1997, art. 15°).

Pues bien, el inciso 1° del artículo 18° consagra que cuando la experimentación con embriones *in vitro* se encuentre admitida por la ley de cada estado miembro del Convenio de Oviedo, esta permisión deberá garantizar una protección adecuada del embrión. Sin embargo, en el siguiente inciso “se prohíbe la creación de embriones humanos con fines de experimentación” (Convenio de Oviedo, 1997, art. 18° inciso 2.). Nuestra reflexión sobre el particular es que encontramos un contrasentido en estos dos incisos del artículo 18° del Convenio de Oviedo, pues es lógico admitir la experimentación con embriones y garantizar una adecuada protección de estos, ya que toda experimentación los convierte en simples medios hacia un determinado fin; es decir, el Convenio deja pasar por agua tibia la protección del embrión pues reconoce que en algunos países la experimentación con embriones es permitida (Reino Unido, Bélgica, Suecia). Además, surge la siguiente interrogante: ¿Cómo se puede permitir la experimentación de embriones, admitida por la ley, cuando en el siguiente inciso se prohíbe experimentarlos cuando son creados por los científicos? Entendemos que hay un respeto por la soberanía de cada Estado en normar su ordenamiento jurídico; sin embargo, no podemos dejar pasar esta clara contradicción

y ambigüedad en la postura del Convenio de Oviedo, en donde hay una falta de mayor firmeza en la defensa del embrión producto de la fecundación asistida.

En todo caso, el Convenio de Oviedo es un dispositivo jurídico europeo que ha asentado ciertas bases sobre la protección del embrión y sus límites en materia experimental. El asunto radica en cómo los países miembros de dicho convenio implementan los suficientes dispositivos jurídicos para otorgarle una mayor protección, de tal forma que sus respectivos tribunales de justicia tengan claridad a la hora de optar por la defensa del embrión.

#### **1.4.9 Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998**

Según la web oficial de la Unión Europea<sup>14</sup>, “Las directivas son actos legislativos en los cuales se establecen objetivos que todos los países de la UE deben cumplir” (“Reglamentos, directivas y otros actos legislativos”, párr. 3), a diferencia de los reglamentos que tienen fuerza vinculante, en las directivas corresponde a cada país miembro adoptar las medidas adecuadas y necesarias que cumplan con los objetivos de tal dispositivo legal.

La Directiva nace dentro de un contexto controvertido sobre la libertad científica, la cual se fue abriendo campo en materia biotecnológica y médica; por tanto, los considerandos de tal directiva reflejan esta preocupación, imponiendo límites, siendo uno de ellos la exclusión de patentabilidad cuyas invenciones atenten contra el orden público o a la moralidad. En este contexto, se considerarán no patentables “las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales”. (Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 1998, artículo 6°).

La Directiva remite al tema de vulneración del orden público y moralidad a todo acto que modifique genéticamente los embriones siendo prohibida su patente, lo que significa que un Estado miembro de la UE no reconoce ni le da protección a la invención si es que el experimento patentado atenta contra el normal desarrollo del embrión humano. Entonces, vale la pena reflexionar sobre si la ciencia, en estos tiempos, tiene un límite claro: cualquier alteración a la primigenia especie de la

---

<sup>14</sup> Ven en: [https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts\\_es](https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_es)

humanidad, como es el embrión, da lugar a la exclusión de la patentabilidad del experimento respectivo. A partir de este criterio, encontramos que la comunidad europea llegó al consenso de una protección efectiva del embrión en relación a su experimentación; es decir, por el solo hecho de ser embrión, ya es merecedor de que no sea manipulado, experimentado para usos comerciales e industriales. Teniendo en cuenta esto y trasasándolo al plano reproductivo, si ya se consagró la protección del embrión en la experimentación científica, ¿Cuál es el impedimento en qué se proteja el derecho a la vida del embrión desde la fecundación en el proceso gestante de la mujer? La cuestión se analizará en el cuarto capítulo.



## **CAPITULO II: LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO A LA VIDA COMO DERECHO HUMANO**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) desempeña un rol esencial en la protección y promoción de los DD. HH en la región latinoamericana. Entre el abanico de derechos que consagra su misma carta: la Convención Americana de Derechos Humanos (en lo sucesivo, “La Convención”), el derecho a la vida es el principal derecho consagrado y tutelado por estas instancias internacionales

En este capítulo expondremos brevemente las funciones tanto de la Corte IDH como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ambos órganos de protección encargados de la vigilancia, supervisión, cautela y protección de los DD.HH en nuestro continente.

Asimismo, nos enfocaremos en la Convención Americana de DD.HH y cómo esta reconoce expresamente el derecho a la vida desde la concepción, desprendiéndose que el embrión forma parte de esta protección convencional desde la fusión entre el gameto sexual femenino (óvulo) y masculino (espermatozoide). De la misma manera, expondremos el marco estructural de protección del derecho a la vida y su sistematicidad a lo largo de la Convención.

Luego, en el marco del derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos, pasaremos a detallar sobre los mecanismos judiciales que tiene a su alcance la Corte IDH para salvaguardar el derecho a la vida en aras de la defensa del embrión producto de fecundación asistida; asimismo, analizaremos si es que tanto el control de convencionalidad como el margen de apreciación son las figuras idóneas para la defensa del derecho a la vida del mismo.

Por último, es necesario reflexionar en torno a la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH a partir de casos polémicos como es el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sentencia que procederemos a detallar con más ahínco en el Capítulo III. Del mismo modo, opinaremos sobre la legitimidad de la Corte IDH en su actuación judicial ante las sentencias que resuelve y el impacto que genera

en la comunidad americana cuando no van acorde a los valores que una determinada sociedad respeta.

## **2.1 Algunos apuntes sobre la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

### **2.1.1 Un esbozo histórico**

La data histórica correspondiente a los derechos fundamentales nos transporta a los diversos textos de la historia constitucional británica, los cuales reconocen ciertos derechos y libertades a los ciudadanos, tales documentos jurídicos son la Declaración de Derechos o *Bill of rights* de Virginia del 12 de junio de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) promulgada en pleno auge de la revolución francesa. Todas estas declaraciones asentaron las suficientes bases políticas e histórico-jurídicas sobre la protección de los derechos del hombre, en una primera instancia. Con ello, podemos afirmar que, “It is from these revolutionary ideas of the enlightenment that the modern human rights movement traces its roots” (Epps, 2014, p. 309).

Es importante tomar en cuenta que el nacimiento de un sistema universal de Derechos Humanos se implementó en el marco de un derecho internacional que no tenía la correcta aproximación sistemática hacia la protección de dichos derechos, en un primer momento. Por lo que la humanidad tuvo que soportar las devastadoras acciones bélicas, políticas, culturales y sociales que socavaron la dignidad de la persona a lo largo de los siglos XIX y XX, siendo el punto de ebullición la segunda guerra mundial (1939-1945), constituyéndose así un cambio de paradigma pues a partir de este acontecimiento se reformula el papel de los derechos fundamentales de la persona a un ámbito global.

Por decirlo de alguna manera, el derecho internacional ya no solo mantendría un enfoque calculado entre las relaciones de los estados, sino se abre hacia una mirada más humanizante de la persona: el ser humano como sujeto de Derecho Internacional. El auge de los derechos humanos toma sitio para asentarse y desarrollarse a pesar de los sistemáticos ataques en contra de estos por parte de dictaduras de toda índole ideológica.

Como se mencionó, el impacto de la segunda guerra ha constituido la aparición de un nuevo paradigma en el orden público internacional, un hito histórico que no solamente ha cambiado las relaciones entre países, sino que también la forma de ver al ser humano como centro de todo ordenamiento jurídico-político. Para Tello (2016), el derecho internacional contemporáneo post- 1945 ha estado marcado por tres características: humanista-social, institucionalizado y democrático. En cuanto al primero:

“Humanista y social ya que se preocupa por el resguardo de los derechos fundamentales de las personas y de los mecanismos para su defensa, establece las bases de la autodeterminación de los pueblos y promoción de la paz; es decir, no solo busca la exclusión de la guerra, sino también la eliminación de las injusticias individuales y sociales” (p. 38).

En relación al carácter institucionalizado, dicho autor afirma que “actualmente se cuenta con organizaciones internacionales-incluso con competencia política- que limitan de alguna manera el poder de los Estados, suministrando un cauce para la cooperación y desarrollo eficaz” (Tello, 2016, p. 38).

Por último, el aspecto democrático se maneja bajo el principio del derecho internacional sobre la igualdad de los Estados, en el cual la conformación de la *opinio iuris* sobre la costumbre internacional canaliza sus voces en las conferencias u organizaciones. Si bien es cierto que la conformación del derecho internacional nace a través de los tratados, no hay que olvidar que por medio de la presión política y diplomática es que se llega a resultados satisfactorios sobre el cumplimiento de los mismos (Tello, 2016, p. 38).

Consecuentemente con ello, hubo una respuesta inmediata de protección a la persona por parte de la comunidad internacional al finalizar las guerras en la primera mitad del siglo XX,

En efecto, luego de la Segunda Guerra Mundial, con la creación de la Organización de Naciones Unidas, surge una real preocupación de la comunidad internacional por construir un sistema de protección de los derechos humanos. Esto no implica que antes no existieran normas sobre la materia; sin embargo, es recién a partir de 1945 que se crea un cuerpo normativo institucional de protección del ser humano (Novak y García-Corrochano, 2002, p. 262).

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1948, pasa a tener prioridad en la agenda internacional sobre la protección de los derechos humanos. De tal modo, la conformación de Comités o posteriores Comisiones especiales dentro de la ONU, además de la creación de tribunales penales especiales (como el de Núremberg, Tokio y posteriormente, Yugoslavia o Ruanda) van conformando el sistema universal de DD.HH, plasmándose una realidad que por muchos siglos no había existido.

No conforme con un sistema universal que llegue a transformarse en principios y declaraciones abstractas acerca de la dignidad del hombre, el nuevo orden mundial pasó a exigir un sistema más aterrizado a la realidad de cada uno de los continentes que han sufrido el lastre de las violaciones a los derechos fundamentales y restricciones de libertades. Los derechos humanos fueron materia de debate, principalmente, en las zonas occidentales como, por ejemplo, América y Europa.

Luego de una serie de Pactos y Convenciones, la regionalización de los derechos humanos dio paso a la creación de organismos internacionales que fueran capaces de aplicar, promover e instaurar las medidas necesarias para una idónea protección de los derechos fundamentales de las personas de forma regional; sea en nuestro caso, un alcance circunscrito al ámbito americano. Así, se forma el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual consiste en ser

“un sistema regional creado por los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), en el que se establecen derechos y libertades a favor de los individuos, obligaciones para los Estados Miembros, y mecanismos de promoción y protección de los derechos humanos” (Novak y García- Corrochano, 2002, p. 266).

Como se desprende de lo mencionado, observamos un anhelo en conjunto por parte de los países americanos en proteger los derechos fundamentales de la persona. El nacimiento de la OEA engloba todo pronunciamiento, declaración, convención, pacto o cualquier documento de alcance regional con miras a proteger los derechos humanos de sus habitantes. El fin del Derecho es la persona y en esta línea, nuestro sistema interamericano de Derechos Humanos ha ido consolidándose en la medida de que ponga a aquel como centro de toda protección.

### **2.1.2 Sobre la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (CIDH)**

La promoción y protección de los derechos humanos no tendría efectividad si es que no existiera un organismo que tuviera como directrices la persecución y denuncia sobre atentados contra estos derechos. La Comisión Interamericana de DD.HH es este organismo pionero en la defensa de los DD.HH, órgano creado en 1959 y perteneciente a la OEA.

La Comisión Interamericana nace en 1959 poco después de la conformación de la OEA (1948), por ello tuvo que pasar por una serie de ajustes funcionales para desempeñar eficientemente las funciones que le fueron encomendadas. En un primer momento, en 1960 en el que la CIDH entra en funciones, fue establecida como una entidad autónoma de la OEA recibiendo una serie de atribuciones, incluyéndose:

“la preparación de estudios e informes que se considerara necesarios para el desempeño de sus funciones; la promoción de los derechos humanos; la formulación de recomendaciones a los gobiernos en estas materias; la solicitud de información a los Estados acerca de las medidas adoptadas a nivel interno; y el servir como órgano de consulta de la OEA en materia de derechos humanos” (González, 2012, p. 32).

Con el devenir del tiempo y gracias a la Convención Americana de DD.HH, es que la CIDH va tomando vigor en perseguir (análogamente como lo hace un fiscal) cualquier atentado contra los derechos humanos que sean vulnerados y sean atendibles de ser denunciado. A esto, se admite que si bien las funciones de la Comisión Interamericana de DD.HH fueron discutidas en su momento por su ambigüedad, es con la enmienda de la Carta de la OEA, celebrada a través del Protocolo de Buenos Aires de 27 de febrero de 1967, en la cual se zanja el tema y se le otorga legitimidad constitucional de la que en un primer momento esta Comisión Interamericana carecía (Castillo, 2006, p. 213). Asimismo, si bien la Convención Americana sobre DD.HH (1969) nace en años posteriores, no podemos dejar de lado que esta le dio mucha mayor fuerza institucional sobre el sistema de control de los DD.HH.

Además de reforzar el status jurídico de la Comisión Interamericana a través de la Convención Americana, “el mantenimiento de sus rasgos orgánicos y procesales evitó los problemas que hubieran tenido lugar de haberse establecido un régimen diferenciado” (Gonzales, 2013, p. 40), lo cual hubiera conllevado a tratar de un modo a los países que ratificaron la Convención y de otro modo a los que no. Es

decir, la persona de un determinado estado americano no miembro de dicha convención, no puede ser tratada de forma diferenciada de una en la que su país si sea parte de la misma. En todo caso, lo que se busca es que, sea de la nacionalidad que sea y encontrándose en el territorio donde se encuentre (siempre y cuando la violación de DD.HH haya ocurrido dentro de un país americano), no puede darse tales distinciones pues la dignidad del hombre es una y esta debe ser protegida sin condiciones ni discriminaciones.

### **2.1.3 Sobre la Corte Interamericana de Derechos Humano (Corte IDH)**

En cuanto a la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es importante anotar que es catalogada como un medio de protección de los DD.HH (Convención Americana sobre DD.HH, 1969, art. 33°). Bajo el principio del derecho internacional sobre la solución pacífica de las controversias, el Estado que se sujeta a la competencia contenciosa de la Corte IDH se encuentra en la obligación de acatar sus fallos, pues de no ser así ello acarrearía la correspondiente responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos.

El Perú suscribió la Convención Americana sobre DD.HH el 27 de julio de 1977 y ratificó la misma el 12 de julio de 1978. Luego, el 20 de octubre de 1980, efectuó el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH; y, el 21 de enero de 1981, depositó ante la Secretaría General de la OEA el instrumento de reconocimiento tanto de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte IDH, bajo las luces de los artículos 45° y 62° de la Convención Americana en los siguientes términos:

“De acuerdo con lo prescrito en el párrafo 1° del artículo 62 de la Convención [Americana sobre DD.HH] antes mencionada, el Gobierno del Perú declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención. Este reconocimiento de competencia se hace por el plazo indeterminado y bajo condición de reciprocidad” (Constitución Política del Perú, 1979).

Esta competencia fue reconocida por la Constitución de 1979 y sigue vigente en la Constitución de 1993 (Cuarta Disposición Final y Transitoria). Sin embargo, no debemos olvidar que el Perú se retiró de la competencia de la Corte IDH a fines de

los 90's, pero la Corte declaró inadmisibile este intento de retiro a su competencia jurisdiccional, volviendo a la normalidad de su competencia a inicios del siglo XXI, por lo que retomaron plena vigencia y compromiso todos los efectos jurídicos a los que el estado peruano se obligó desde un primer momento.

Vale recalcar que, en contraste con los distintos convenios sobre derechos humanos ajenos a la región americana, es una novedad, sin lugar a duda, la creación de dicho Tribunal Interamericano. Desde nuestro punto de vista, en la Organización de Naciones Unidas no encontramos ninguna Corte dedicada exclusivamente al juzgamiento en materia de DD. HH que sentencia la responsabilidad internacional de un Estado por vulneraciones sistemáticas de los mismos como lo hace la Corte IDH.

Ni la Corte Penal Internacional, la cual resuelve casos puntuales sobre gravísimos atentados contra derechos fundamentales (por ejemplo, crímenes de lesa humanidad, genocidios, limpieza étnica, entre otros.) cometidos por individuos en concreto; ni la Corte Internacional de Justicia de La Haya, la cual se encarga de resolver controversias jurídicas entre Estados, poseen una dinámica funcional tan completa en materia de DD.HH como sí se le atribuye a los órganos de protección del Sistema Interamericano (CIDH y Corte IDH).

Se puede alegar una semejanza con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero existen ciertas diferencias ya sea desde su parte orgánica como Sistema de DD.HH (Convenio Europeo, Consejo de Ministros y Tribunal Europeo de DD.HH) hasta en su desarrollo jurisprudencial. Un ejemplo de esto, es la aplicación judicial con respecto al margen de apreciación de los Estados, el cual mantiene cierta independencia entre los derechos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los derechos fundamentales reconocidos por cada Estado Miembro. Así, “el TEDH [Tribunal Europeo de Derechos Humanos] pareciera responder cautamente a los reclamos de los ciudadanos y procura no inmiscuirse en extremo en los órdenes internos a fin de no afectar la soberanía nacional” (Ambos y Böhm, 2011, p. 1084). Posteriormente, este criterio del margen de apreciación de los Estados lo contrastaremos con el control de convencionalidad desarrollado por la Corte Interamericana, ya que existe, en ciertos casos, incompatibilidad entre las decisiones de esta Corte y el derecho interno de los países sujetos a su competencia, lo que nos lleva a un análisis más agudo y complejo, apoyándonos en figuras europeas que esclarezcan el tema.

Con respecto a las funciones de la Corte IDH, se caracterizan por ser dos principalmente: contenciosa y consultiva. En relación a la primera, el tribunal interamericano puede conocer casos concretos que aleguen evidentes violaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, siendo de notar que “más adelante la Corte irá adquiriendo la competencia de juzgar violaciones a otros tratados que se irán adoptando en el ámbito interamericano” (González, 2013, p. 41). Sin embargo, para que surta efectos la actividad contenciosa de la Corte solo será obligada a seguirla en la medida que un Estado determinado reconozca su competencia (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 62).

Por otro lado, conforme a la función consultiva, Landa (2016) anota que:

La Corte también tiene competencia para emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta opinión puede ser una respuesta en abstracto sobre el sentido o naturaleza de un artículo de la Convención o, puede estar referida a un caso concreto que se solicite; sin embargo, como bien ha opinado la Corte, no es factible de ser requerida para emitir una opinión consultiva sobre un futuro caso que va a ventilarse como corte jurisdiccional, porque, entonces, estaría adelantando su opinión sobre el posible fallo (Landa, 2016, p.30).

Asimismo, García Toma (2015) atribuye el carácter consultivo a la Corte en su papel de intérprete de las disposiciones de la Convención Americana, así como de los demás tratados sobre la materia suscritos por los países miembros de la OEA. En este sentido, el autor afirma que el carácter consultivo contrasta si existe o no compatibilidad entre la legislación interna y los referidos tratados (p. 459).

También es importante tener en cuenta que existen causales de inadmisibilidad por las cuales la Corte Interamericana rechaza la solicitud de una opinión consultiva, en aras de respetar el principio de subsidiariedad por el que los Estados se encuentran obligados a ser los primeros garantes de proteger los derechos fundamentales de sus propios habitantes (Candía, 2018, p. 77).

Como vemos, tenemos dos tipos de funciones claramente delineada; contenciosa (jurisdiccional) y no contenciosa (consultiva), lo que permite crear la suficiente y sólida jurisprudencia sobre los distintos derechos y libertades consagrados en la Convención Americana. Por supuesto que estas funciones no se han encontrado libres de ser criticadas, como bien veremos luego, pues existen casos

en los cuales la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte colisiona abiertamente con derechos consagrados no solo en la propia Convención Americana de Derechos Humanos, sino que también en el propio derecho interno de los países sujetos a su competencia.

## **2.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos**

Siendo el año 1948, en el marco de IX Conferencia Internacional Americana que adoptó la Carta de la OEA, se proclamaron dos instrumentos internacionales bases del sistema interamericano de derechos humanos: La Carta de la OEA (30 de abril) y la Declaración Americana de los Derechos Humanos (2 de mayo). Se advierte que esta última fue adoptada incluso meses antes que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, carta magna de carácter universal sobre esta materia (Castillo Daudí, 2006, p. 211).

Naturalmente, es mucho más viable llegar a un consenso político entre países americanos nacidos de una similar identidad histórico-cultural, que llegar a un acuerdo en materia de derechos humanos entre países procedentes de otros continentes. Sea como fuese, la diferencia de meses queda como un hecho anecdótico, ya que el tema de fondo no es quedarse atrapado en los tiempos de la promulgación de estas declaraciones; sino que dada la coyuntura política, económica y social es que se buscaban medidas y consensos urgentes que volvieran a virar hacia una correcta mirada sobre la dignidad de la persona.

El proceso de adecuación legislativa en materia de derechos humanos en los países miembros de la OEA no fue dado de forma instantánea y automática; por el contrario, fue una natural gradualidad conllevando a muchos momentos de tensiones en los estados miembros. Tensiones que obligaron a la espera de más de una década en institucionalizar el sistema interamericano de derechos humanos toda vez que “se consolidaría la conciencia de los Estados Miembros de la OEA, respecto de la necesidad de establecer este sistema” (Novak y García-Corrochano, 2002, p. 268).

Así y según Gross, el derecho americano se encontraba en una posición lo suficientemente madura para intentar la creación de un sistema internacional de protección, siendo que este no era una competencia exclusivamente de la jurisdicción interna, sino que admitía una regulación internacional y que los mecanismos de

protección que se establecieran mediante consenso no eran un atentado a la soberanía de cada estado (como se citó en Novak y García-Corrochano, 2002, p. 269).

De este modo, es pertinente tomar en cuenta la observación de Gross (1991) cuando asevera que:

Toda reflexión sobre la historia de los derechos humanos en América Latina debe partir de la consideración de que la efectiva realidad de estos derechos está determinada por las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales. Los derechos humanos podrán “existir” según el orden normativo vigente, pero no serán una verdad real, si no se dan ciertas condiciones políticas, económicas, sociales y culturales. (p. 359)

Suscribimos lo dicho por el ex Canciller uruguayo, de manera que los derechos humanos fueron incorporados en los distintos cuerpos normativos de forma clara, expresa y sin mayores ambigüedades; no obstante ello, las condiciones jurídicas no bastan para que estos derechos sean apreciados en la realidad, sino que es un conjunto de condiciones conexas (políticas, económicas, culturales, sociales) que requieren de armonía para la efectiva defensa de los derechos fundamentales de la persona.

Llegado a este punto, el cambio de paradigma que permitió el proceso de consolidación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, fue dado por la creación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin lugar a dudas, el instrumento jurídico de alcance regional más importante en materia de Derechos Humanos.

Y es que fue durante la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, celebrada en Santiago de Chile, cuando por intermedio de la Resolución N° VIII se creó la Convención Americana sobre Derechos Humanos; sin embargo, esta sería recién aprobada durante la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, celebrada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, entrando en vigor el 18 de julio de 1978. A esta Convención, también conocida como Pacto de San José, se le aprecia un listado completo sobre los diversos derechos y libertades que el Sistema Interamericano de DD.HH ha luchado por su consagración en un instrumento internacional de alcance

regional, ya sea desde los derechos civiles y políticos hasta los sociales, económicos y culturales.

Por ello, es curioso notar lo observado por Diez de Velasco (1997), para quien el Pacto de San José “está dedicado fundamentalmente a la protección de los derechos civiles y políticos, con un contenido similar al de la Convención Europea de 1950 y al del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966” (p. 584). De hecho, no deja de tener razón dicho autor, aunque sea “más llamativo (...) que la Convención Americana supera también en el nivel de protección de algunos derechos al Convenio Europeo de Derechos Humanos, como ocurre, por ejemplo, a propósito del tratamiento de la libertad de expresión” (González, 2013, p. 38).

De la misma forma en cómo se consagraban estos derechos en la Convención Europea sobre Derechos Humanos y la Carta Social Europea, la Convención Americana no se quedaba atrás. En nuestra opinión, entendemos que este paralelismo en el avance hacia la protección de los derechos humanos fue un gran aporte a estructurar el *corpus* normativo el cual tenemos hasta el día de hoy. Es indudable que existe una retroalimentación entre la Convención Europea y Americana en materia de derechos humanos; sin embargo, a pesar de su paralelismo y cuasi identidad, no debemos apresurarnos en tomarlas como iguales ya que cada una de ellas tiene una propia historia, identidad y contexto en los que se ha ido formando. Solo por poner un ejemplo, hay diferencias entre ambos tribunales judiciales que sus respectivas convenciones han creado en materia de derechos humanos, así se tiene que:

En cuanto a los órganos jurisdiccionales de ambos sistemas, podemos decir que su gran diferencia es que la competencia contenciosa de la Corte Interamericana queda sujeta a la decisión del Estado, esto significa que son los Estados quienes determinan el reconocimiento (expreso) de este tribunal internacional, contrario al tribunal europeo donde todos aquellos Estados parte de la Unión Europea le componen (Camarillo, 2016, p.81).

Evidentemente, el nivel de integración entre las naciones europeas y americanas es absolutamente distinto pues; por un lado, la integración europea ha ido reforzándose, a través de una serie de tratados que le han dado vigor e identidad continental. Por el contrario, históricamente, América Latina no ha desempeñado iniciativas como la europea, solo se ha limitado a celebrar tratados comerciales entre ciertos países. Si se quiso constituir una verdadera alianza de países, no tuvo la institucionalidad

suficiente como la fue ganando la Unión Europea en su momento de manera integrada.

Por último, vale recalcar que no solamente fue la Convención Americana sobre DD. HH el único mecanismo jurídico dentro del sistema interamericano; otras convenciones<sup>15</sup> fueron incorporadas conforme a la exigencia de los tiempos y como respuesta a los atropellos contra los derechos humanos. De esta forma, pudo lograrse un sistema regional que ponga en agenda prioritariamente la protección de derechos humanos, que no solamente consagre derechos y libertades, sino que estableciera los mecanismos idóneos para una efectiva protección de los derechos humanos por parte de los Estados miembros (Novak y García-Corrochano, 2002, p. 271). A pesar de esta amplia gama de documentos interamericanos, seguimos reafirmando la prioridad que tiene en este campo la Convención Americana de Derechos Humanos.

### **2.2.1 El derecho a la vida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos**

El derecho a la vida es el primero de toda una gama de derechos consagrados como derechos humanos. Antes de pasar al tema de fondo, si bien hablamos en este capítulo del derecho a la vida como derecho humano, es importante hacer la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales, a fin de precisar conceptualmente la definición sobre el derecho a la vida.

Respecto a este propósito, García Toma (2014) afirma que “Los derechos humanos aparecen como expresión de reconocimiento y compromiso de respeto y promoción en los tratados internacionales. En cambio, en los derechos fundamentales fluyen en el mismo sentido en los textos constitucionales” (p. 853). De este modo, la diferencia llega a ser marcada en cuanto a si un determinado derecho se define como fundamental o humano; sin embargo, esta definición no es tan tajante pues lo que importa aquí no es el entrapamiento lingüístico-jurídico que llegue a determinar la clase de un derecho y a la categoría a la que pertenece; sino que es el contenido jurídico el cual tiene la suficiente legitimidad y legalidad para ser ejercido en una

---

<sup>15</sup> La Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer de 1949, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (1985), Desaparición forzada de personas (1994), y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belem do Pará de (1994) (Novak y García Corrochano, 2002, p. 271).

determinada circunstancia. En otras palabras, sea un derecho humano o fundamental, lo importante es saber que el derecho que se está invocando tiene relevancia porque implica un respeto a la dignidad de la persona.

Haciendo esta acotación, opinamos que el derecho a la vida puede ser definido bajo dos vertientes paralelas y, a la vez, complementarias. Por un lado, tenemos el derecho a la vida como derecho fundamental en la medida que se encuentra consagrado en la Constitución Política del Perú, señalando que “toda persona tiene derecho: a la vida (...) El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2° inc. 1).

Como se puede apreciar, no solo se establece el derecho a la vida como derecho constitucional y fundamental, sino que nuestra carta magna va mucho más allá toda vez que aterriza dicho derecho en un sujeto en concreto. Nos referimos al concebido, primer sujeto de derecho, el cual goza del respeto a su vida desde el momento de la concepción.

Conforme a esto, la realidad social, cultural y política gira en torno a la defensa de la vida como principal derecho, la que solo en casos muy excepcionales, puede llegar a ser suspendida, sea en casos de legítima defensa o estado de necesidad. En suma, podemos aseverar que el derecho a la vida es el primero de una larga lista consagrada en nuestra Constitución, por lo que su estudio, análisis y aplicación en la realidad debe ser prioritario y resguardado por el Estado, otorgándosele, por tanto, la categoría de derecho fundamental.

Por otro lado, el derecho a la vida también es contemplado bajo la denominación de derecho humano, y no solo porque se encuentre bajo el amparo de la Convención Americana sobre DD.HH, sino que existen diversos instrumentos internacionales que lo resguardan<sup>16</sup>. Esta Convención Americana afirma que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (Convención Americana sobre DD.HH, 1969, art. 4° inc.1). A decir verdad, es una consagración del derecho a la vida que lleva la delantera a otros documentos internacionales en materia de DD.HH, siendo fiel seguidor de los

---

<sup>16</sup> Para mayor análisis, el lector puede remitirse al primer capítulo del presente trabajo de investigación en el subcapítulo concerniente a la “Protección jurídica del embrión en el ámbito internacional”.

principios reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por tal motivo, podemos reafirmar que el derecho a la vida es un derecho humano, en tanto se encuentra bajo la lumbre de declaraciones, cartas y tratados multilaterales que lo reconozcan como derecho intrínseco al ser humano.

Pues bien, al delimitar el derecho a la vida como derecho humano y fundamental, damos paso a las razones por las cuales se decidió su protección en la Convención Americana de esta forma. Partimos del punto que “el enfoque de la Convención frente al derecho a la vida podría ser considerado como un valor guía de este sistema regional, pues refleja la especial importancia que las legislaciones nacionales conceden al no nacido en América” (Paúl, 2012, p. 72). Por tanto, sería un contrasentido jurídico interpretar la Convención Americana en un sentido distinto, ya que, aun siendo la Convención un tratado de carácter multilateral con ordenamientos jurídicos variados, solo basta dar una revisada a los códigos civiles de países latinoamericanos para entender que, bajo la tradición romanística, se ha dado paso común a una tutela jurídica del concebido como sujeto de derecho (Centurión, 2016, p. 403).

Lo que la Convención Americana refleja es la manifestación sobre la tutela jurídica que se está dando al concebido desde el momento de su concepción o fecundación, entendido como el momento en que se fusionan el óvulo y espermatozoide. Por ello, “si el intérprete considerara que la Convención no buscó declarar y proteger el derecho a la vida desde el momento de la fecundación, la referencia que el Pacto hace a la concepción acabaría siendo inútil” (Paúl, 2012, p. 75).

El embrión, como primera instancia del concebido, es digno de toda tutela jurídica, y cualquier análisis valorativo jurídico debe tomar en cuenta estas variables, con mayor razón en la interpretación de una Convención tan importante como esta, en la cual se encuentra en juego no solo derechos de las personas naturales y grupos colectivos, sino también el momento de su protección de la vida de la persona.

Desde otro ángulo del tema en cuestión, es totalmente válido hacer un ejercicio de análisis de la Convención a partir de dos tipos de interpretaciones: evolutiva y *pro homine*. En relación a la primera, los derechos otorgados deben ser desarrollados de tal forma que no se restrinjan o suprima lo que ya se otorgó en un

primer momento. En este caso, la Convención reconoce el derecho a la vida desde el momento de la concepción, por lo que, a partir de una interpretación evolutiva, dicho derecho debe ir progresando hacia su más efectiva protección. A pesar de que el concepto de interpretación evolutiva se siga desarrollando en la jurisprudencia de la Corte, “las interpretaciones evolutivas o progresivas de los tratados de derechos humanos son usadas para extender el alcance de los derechos establecidos en instrumentos internacionales, no para reducirlos” (Paúl, 2012, p. 79). Por último, no basta con que la interpretación de la Convención se encuentre en forma estática, dándole la espalda a la realidad y anquilosando fórmulas jurídicas desfasadas; por el contrario,

Es también necesario que exista un fundamento adicional, como podría ser un cambio en las circunstancias debido a [sic] existencia de nuevos medios tecnológicos, o un consenso internacional en las obligaciones que emanan de un cierto derecho. En materia del no nacido, la primera fundamentación, podría dar pie para afirmar que los nuevos conocimientos en temas como el ADN del embrión, y la cada vez mayor reducción en los peligros asociados al embarazo, justificarían una interpretación evolutiva que potencie el derecho a la vida, haciendo más estrechas las excepciones aceptadas por la frase “en general” (Paúl, 2012, p. 80)

Como ya es sabido, la tecnología y la ciencia avanzan arrolladoramente, por lo que demandan una protección del derecho a la vida involucrado en cualquier proceso científico o tecnológico en el que se encuentre amenazado. El embrión ha sido objeto de muchas vulneraciones en la aplicación de las técnicas reproductivas, siendo el art. 4 de la Convención Americana ya no se da abasto hacia una interpretación literal de la misma, sino que requiere de la ayuda de la Corte IDH para darle una valoración jurídica rectamente progresiva conforme a su dignidad de ser humano, sin ninguna distinción o minusvaloración.

En lo concerniente a la interpretación *pro homine*, se alega que, ante la duda sobre alguna vulneración de los derechos humanos, el sentido de una norma debe recaer de forma más beneficiosa en la persona, concepto que incluye al embrión porque es este el aludido en el art. 4 de la Convención americana con respecto a la protección del derecho a la vida desde la concepción. Cuando dicho artículo refiere que el derecho a la vida será protegido por la ley y, “en general”, desde el momento de la concepción, somos de la opinión que,

“cualquier limitación al derecho a la vida del no nacido supuestamente contenida en la expresión en general debería ser sumamente restringida, prevaleciendo aquella interpretación que otorgue mayor y mejor protección de la vida desde la concepción sobre aquellas que intenten limitarla o condicionarla” (De Jesús, 2013, p. 76).

Es decir, que bajo el principio *pro homine* se arme un argumento jurídico en beneficio de un derecho ya reconocido, como lo es el derecho a la vida, entonces ¿Por qué querer ignorar su protección alegando nuevos derechos de poco soporte ontológico? ¿El principio *pro homine* no debería aplicarse al sujeto con mayor vulnerabilidad en una situación de hecho? ¿Acaso este sujeto no es el embrión?

La limitación del derecho a la vida debe tomarse bajo los parámetros del principio *pro homine*, de acuerdo al cual, “este principio, conocido como *pro homine*, obliga al Estado a aplicar la norma que sea más favorable al reconocimiento de los derechos del individuo”, asimismo, “rige como pauta interpretativa de la Convención, y en general en el derecho de los derechos humanos”<sup>17</sup>.

De tal modo que, el derecho a la vida, como derecho humano ya reconocido por la Convención, debe interpretarse con el mayor de los cuidados, analizando las situaciones que lleven a su vulnerabilidad. Además, de que, ante posibles conflictos de derechos, el principio debe ser usado de la forma más prudente posible, su distorsionada aplicación puede poner en riesgo que futuras sentencias de la Corte IDH se decidan bajo lineamientos marcadamente arbitrarios.

### **2.2.2 Los términos “vida”, “concepción”, “persona” y “ser humano” reconocidos por la Convención Americana**

Las expresiones lingüísticas son importantes para expresar la realidad de las cosas. En el Derecho, la lingüística jurídica nos permite aclarar el panorama ante la compleja realidad que vivimos, despejando términos ambiguos y poco claros (Centurión, 2016, p. 399). Para una mejor comprensión de un documento normativo, la redacción jurídica busca la precisión en sus definiciones, de tal forma que exista una coherencia en su consecuente interpretación.

---

<sup>17</sup> Comisión Interamericana De Derechos Humanos. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009, OEA/SER.L/V/II.106.Doc.3, 13 de abril de 2000.

La Convención Americana se encuentra marcada por una serie de términos que, para efectos de la presente investigación, es necesario analizarlos rigurosamente, pues buscamos demostrar la manera en que dicha Convención refleja una postura favorable con respecto a la interpretación del derecho a la vida del embrión. Tanto es así que la Convención Americana sobre DD.HH consagra cuatro términos que concretan la posición tuitiva de la persona desde el comienzo de la fecundación, nos referimos a la conceptualización de los términos: “vida”, “concepción”, “persona” y “ser humano”. Procederemos a desarrollarlas.

El derecho a la vida es tomado en el desarrollo de la Convención como un derecho pionero, tan fundamental para reafirmar la dignidad de la persona que, ni incluso puede ser suspendida bajo situaciones de emergencia o conflicto bélico que amenace la independencia o seguridad del Estado parte (Convención Americana sobre DD.HH, 1969, art. 27°). El derecho a la vida encuentra su desarrollo íntegro en el artículo 4° de la Convención; a pesar de dar una apariencia limitada de protección tratando de abolir los casos de pena de muerte, encontramos también una lectura con respecto a la protección del derecho a la vida desde el instante de la concepción. Tan marcada es esta protección que existe una diferencia abismal entre el Convenio Europeo de DD.HH y la Convención Americana, llegando a concluir que hay una obligación de carácter internacional por parte de los Estados Miembros americanos para respetar la vida desde el momento de la concepción (Palacios, 2005, p. 78).

Como vemos, el derecho a la vida no adolece de una protección abstracta, sin ningún fundamento biológico que lo avale, por el contrario, el derecho a la vida es protegido tomando un momento biológico y científicamente comprobado en el que el embrión es un organismo independiente al de la madre, independencia traducida desde el ámbito biológico hasta el moral.

Por ello, resaltamos el momento de la “concepción” porque, sin esta aclaración, el comienzo de la vida podría interpretarse bajo los parámetros de cualquier grupo de presión, gobierno de turno, incluso de una mal informada opinión pública de los Estados miembros del Pacto de San José, generándose, no solo una inestabilidad en las definiciones jurídicas consagradas primigeniamente, sino que, sobretodo, se vulnera realmente los derechos del embrión si es que no se entiende su preciso momento de protección.

Por lo mencionado, podemos suscribir lo aseverado por Álvaro Paúl Díaz (2012) en cuanto “el mandato de proteger la vida desde la concepción se basa en el entendido de que el derecho a la vida ya existía en ese momento, pues de otro modo no habría nada que proteger en dicho instante” (p.68).

Es de considerable importancia anotar cuando la Convención se refiere a la “persona”, pues para efecto de ella, “persona es todo ser humano” (Convención Americana sobre DD.HH, 1969, art. 1.2°). Y teniendo en cuenta que el embrión es un ser humano, a partir de la concepción, por consiguiente, es persona para efectos de un adecuado reconocimiento a su personalidad jurídica, según el art. 3 de dicha Convención.

En suma, mediante los términos lingüísticos usados en la Convención Americana, de una u otra forma, se tuvo en consideración los derechos del concebido y el inicio de su protección, razón por la cual no vemos que la Corte IDH haya seguido estos lineamientos interpretativos, creando teorías que atentan incluso contra lo consagrado por la Convención.

Por otro lado, no podemos dejar pasar que, el mismo artículo 4° de la Convención Americana refiere que “Este derecho [a la vida] estará protegido por la ley y, *en general* [cursivas añadidas], a partir del momento de la concepción”. La frase “en general”, ha traído un sinnúmero de interpretaciones sobre los alcances interpretativos que la Convención ha tenido desde un primer momento.

Se refiere a que el derecho a la vida llega a ser limitado en casos muy excepcionales, como el del aborto terapéutico, en el que la vida de la mujer embarazada se encuentra comprometida en razón a que el hijo constituya un peligro inminente para aquella. En este sentido, es relevante hacer la distinción entre *protección* y *respeto* contempladas en la primera y segunda oraciones del artículo 4.1 de la Convención Americana, pues como bien lo contrasta Paúl (2012): “El Pacto de San José establece que habrá casos en los que el derecho a la vida no será *protegido*, pero no provee excepciones al *respeto* del derecho a la vida” (p. 102). En suma, existen excepciones a la regla general, llegando al extremo posible que implique el menor daño posible: perece el no nacido en aras de salvar la vida de la madre.

Otra razón de tal excepcionalidad la encontramos por una de falta de consenso que, desde un inicio, tuvo la Convención con respecto a la defensa de la

vida desde la concepción, ya que Brasil y EE.UU permitían en su derecho interno la solución de abortar en casos excepcionales. No obstante, “la existencia de disposiciones similares a las de Brasil y Estados Unidos en otras naciones americanas no sirve para argumentar que tales naciones quisieran permitir esos mismos casos de aborto” (Paúl, 2012, p.101).

Por ello, el término “en general” llega a tener sentido ya que en estas situaciones complejas la Convención hace una cierta salvedad sobre el tema. Sin embargo, esto no debe ser un caldo de cultivo para afirmar que este instrumento jurídico se encuentre a favor del aborto, mucho menos, se interprete como una legitimación a la manipulación genética de embriones, vientre de alquiler, desecho de embriones y cualquiera de otros destinos científicos que los ponen como simples medios descartables y no un fin en sí mismo. Es decir, el derecho a la vida implica un elemento inherente de las personas, que incluye el derecho del concebido a no ser mediatizado o instrumentalizado, ni siquiera en la consecución de determinados resultados, en pro de la salud o de las técnicas de fecundación asistida (De Jesús *et al*, 2013, p.141).

### **2.2.3 Interpretación del art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ¿Se encuentra consagrado el derecho a la vida del embrión como derecho humano?**

Hasta el momento, hemos alegado las razones por las cuales el derecho la vida del embrión forma parte de un rol tuitivo de la Convención Americana, siendo incluso que en los propios términos que usa expresa una preocupación por consagrar la vida de la persona desde la concepción de forma explícita. Así, podemos concluir que el embrión encuentra su derecho a la vida consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además de ello, nos gustaría añadir tres comentarios adicionales que complementen la idea previamente expuesta. Primero, demostraremos que ya existían antecedentes de reconocimiento del concebido en la jurisprudencia de la Corte IDH basados en la interpretación de la misma Convención Americana. Segundo, nos referiremos al mérito de la Convención Americana al reconocer un expreso derecho a la vida en todas sus aristas. Por último, jurídicamente, ha existido una clara tendencia a interpretar la Convención a favor de la vida desde la concepción, sin alegar un tal “derecho al aborto”. Como vemos, tres comentarios que

guardan relación entre sí, en cuanto buscan explicar la íntima relación entre el derecho a la vida y su consagración jurídica en la Convención Americana, y es a partir de esta idea que nos atrevemos a afirmar la siguiente premisa: El embrión es merecedor de ser respetado en su proceso natural de vida bajo los mecanismos de protección jurídica del sistema interamericano de derechos humanos.

En primer lugar, encontramos antecedentes en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida desde la concepción. La Corte IDH es el máximo intérprete de la Convención Americana<sup>18</sup>, se debe a esta última, por lo que debe respetar la *ratio legis* de lo que fue consagrado por ella en la materia, existiendo una línea jurisprudencial que reconocía tanto el derecho a la vida desde la concepción del no nacido así como también su personalidad jurídica. Por ejemplo y como bien señala De Jesús (2013), según los casos tomados de *Los Hermanos Gómez-Paquiauri vs Perú; caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* y *caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, la jurisprudencia del tribunal interamericano se habría referido a las personas no nacidas como “niños”, “menores de edad”, “hijos” y “bebés”, sin ahondar mucho en su tratamiento jurídico (p. 72). Sin embargo, la jurisprudencia del Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, ha dado un giro rotundo sobre la consideración jurídica del embrión producto de la fecundación por parte de la Corte IDH, la cual al parecer no ha tenido en cuenta que:

Como derecho inalienable y reconocido en la Convención Americana, el derecho del no nacido a la vida desde el momento de la concepción, no le puede ser arrebatado o suspendido, su reconocimiento no puede ser revertido por los órganos del Sistema Interamericano, de acuerdo a las normas de interpretación de la CADH, artículo 29<sup>19</sup> (De Jesús, 2013, p.73).

---

<sup>18</sup> (...)En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, **intérprete última de la Convención Americana**. (resaltado nuestro) (Corte IDH, caso Almonacid Arellano vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, sentencia del 24 de setiembre de 2006, párr. 124).

<sup>19</sup>Art. 29 inc. c) de la Convención Americana sobre DD.HH (1969): “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella” ni de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano”.

La inquietud por desarrollar el presente trabajo de investigación nace también por entender las razones por las cuales la Corte cambió de criterio de forma tan radical desconociendo no solamente su jurisprudencia pasada, sino también rompiendo con un recto lineamiento sobre el derecho a la vida del concebido. Si se busca que el sistema interamericano de Derechos Humanos logre mayor institucionalidad en sus países integrantes en relación al primer derecho fundamental de la persona que es la vida, se debe comenzar con su protección desde antes del nacimiento; de lo contrario, de solo dar protección a personas naturales, la Corte caería en una evidente discriminación por proteger a un grupo afectado y aislar a otro, siendo que los dos son pertenecientes a la misma realidad humana.

En segundo lugar, diversas Cortes y juristas internacionales han reconocido el tratamiento jurídico de la Convención Americana con respecto al derecho a la vida, pues consideran que este derecho ha sido profundizado mucho más que en otros instrumentos internacionales (De Jesús, 2013, p. 138). Del mismo modo, Wicks (2012) se refiere al avance de la Convención Americana con respecto al derecho a la vida en estos términos:

“The American Convention on Human Rights is the only human rights treaty to purport to resolve the controversial issue of when the right to life begins ... The protection of the right from the moment of conception seems to hint at a broader protection for life than in comparable documents” (Wicks, 2012, p. 203-204).

Si tenemos en claro que existe un avance en el desarrollo del derecho mencionado, entonces ¿Por qué hemos retrocedido en este sentido? ¿estamos aplicando el derecho a la vida como sustrato de la dignidad de la persona? o más bien ¿estamos dejándonos llevar por corrientes ideológicas que bajo premisas falaces quieren avanzar en la adquisición de supuestos derechos en perjuicio de otros? Este trabajo de investigación es un llamado a la comunidad académica a volver a reflexionar sobre este derecho, perdido muchas veces en un abanico de nuevos derechos que a veces van surgiendo de la poca reflexión y calidad argumentativa de la jurisprudencia.

El último comentario guarda relación con respecto al mal llamado “derecho a abortar”, pretendiendo calificar un supuesto derecho que nunca fue consagrado en la Convención Americana. Este dispositivo reconoció la concepción como elemento

central del proceso vital del concebido, razón por la cual el derecho de abortar queda fuera de discusión en una inclusión normativa dentro de la Convención. Si la Corte IDH, al desarrollar su jurisprudencia, quiere incorporar este pseudo derecho como si siempre hubiera estado consagrado en la Convención Americana; entonces, para nuestro criterio, es una decisión sesgada de lo que literalmente ha sido contemplado en dicha Convención: la vida es un derecho humano desde el momento de la concepción.

Es más, bajo los argumentos del Derecho de los Tratados, la Convención de Viena de 1969, en su artículo 31°, establece que la regla general de interpretación es que se realice de buena fe y conforme al “sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Por un lado, estamos hablando de un tratado en materia de derechos humanos, lo que significa que la protección a la persona será en condiciones mucho más profundas teniendo en cuenta el variado contexto de posibles vulneraciones a su dignidad. Por otro lado, hemos expuesto que no solo existen términos que se refieren al embrión como principal protagonista del derecho a la vida desde la concepción, sino que en el sentido en que se encuentra redactado el artículo 4° de la Convención Americana se desprende claramente que el objeto y fin del derecho a la vida se amplía no solo a personas naturales sino también al concebido.

Traemos esta discusión a colación puesto que es importante que el embrión, sea o no producto de la fecundación asistida, merezca ser protegido ante riesgos que conllevarían una errónea interpretación de los llamados “derechos reproductivos” (en los que se incluye el aborto), que lo único que logran es distorsionar el espíritu de la Convención, perdiendo toda visión integral de un problema tan complejo como es la concepción, comienzo de vida de todo ser humano.

Por todo lo expuesto, nos vemos forzados a responder la pregunta: *¿Se encuentra consagrado el derecho a la vida del embrión como derecho humano?* Pues sí se encuentra consagrado y, no solamente esto, sino que también es exigencia para los Estados que ratificaron dicha convención que en su derecho interno adopten las medidas necesarias para que este derecho quede defendido.

La Convención Americana muy bien señala dos temas esenciales con respecto a las obligaciones convencionales de los Estados miembros. De un lado, el

artículo 1° manifiesta el compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, así como garantizar que toda persona goce del pleno ejercicio de sus derechos. Es decir, “es la de respetar los derechos contenidos en el corpus iuris interamericano, como obligación directa e inmediata desde el momento de la ratificación de la CADH” (Nogueira, 2017, p. 146), de la misma forma, existe

“el deber jurídico de los estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar y garantizar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Nogueira, 2017, p. 146-147).

Ahora bien, la segunda obligación dentro del marco de la Convención, es instar a los Estados ratificantes a adoptar las medidas legislativas internas para una efectiva protección de los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana. Es decir, todo organismo y acción del Estado debe encontrarse enmarcado por lo consagrado en el Sistema Interamericano de DD.HH. Como bien sostiene Nogueira (2017),

“adecuar todo el ordenamiento jurídico estatal al cumplimiento de los estándares interamericanos de derechos humanos, como asimismo las conductas de todos los órganos, autoridades y funcionarios estatales, mediante las adecuaciones normativas y de sus actos a los deberes jurídicos convencionales” (p.147).

Por aquellas dos razones, se entiende que no es una cuestión irrelevante que el derecho a la vida se encuentre solamente consagrado en la CADH; al contrario, existe una obligación jurídica internacional, que atañe a los Estados miembros a permitir el pleno ejercicio de estos derechos y adecuar su normativa interna de manera tal que se cumpla con la obligación primigeniamente contraída. Todo esto se encuentra amparado bajo el principio del *pacta sum servanda* (los pactos están hechos para cumplirse) y la *bonna fide* (buena fe), principios internacionales que deben ser aplicados según la Convención de Viena de 1969 en materia de tratados.

### **2.3 Alcances de los mecanismos jurídicos de la Corte IDH y posibles soluciones para un recto sendero de la defensa del derecho a la vida del embrión**

La Corte IDH ha creado, jurisprudencialmente, mecanismos jurídicos por los cuales adecua lo consagrado en la Convención Americana al derecho interno de cada país

miembro. Y es que esto no es solo una suerte de invocación de principios que rijan los derechos fundamentales de las personas, sino que de la misma Convención se desprenden obligaciones de carácter internacional que de no ser cumplidas acarrear la correspondiente responsabilidad internacional del Estado denunciado.

El control de convencionalidad es el principal mecanismo por el cual los Estados miembros se encuentran obligados a adaptar su ordenamiento jurídico interno en función a lo consagrado por la Convención Americana; básicamente nos encontramos ante un fenómeno jurídico de convencionalización del derecho peruano en la cual es dable analizar los aciertos y riesgos que podría tener en los distintos sistemas jurídicos internos.

Por otro lado, tomamos una figura jurisprudencial desarrollada en el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Nos referimos al llamado “margen de apreciación de los Estados”, instrumento jurisprudencial por el cual se le otorga un marco al Estado lo suficientemente amplio y laxo para consagrar los derechos fundamentales que el mismo reconoce, siempre y cuando no atente gravemente contra otros derechos. Así, observamos qué aspectos positivos podemos tomar de esta institución jurídica para no ver mermados ciertos derechos por tratar de ensalzar algunos otros.

### **2.3.1 El control de convencionalidad**

El control de convencionalidad nace fruto de un detallado desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH. Si bien en los 90's ya existía un control aún innominado, es con el *leading case* “Almonacid Arellano vs. Chile” en el que se desarrolla este mecanismo jurídico como un parámetro controlante en materia de derechos humanos sobre el orden jurídico interno de los Estados sujetos a su competencia.

En palabras de Castañeda (2014), el control de convencionalidad “encarga a los jueces de los ordenamientos internos el poder-deber de abstenerse de aplicar en los casos que conocen, cualquier normativa contraria a los postulados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (p. 81). Dicho criterio, siguiendo lo postulado por el actual juez y presidente de la Corte IDH Ferrer McGregor, presenta dos manifestaciones: una de carácter “concentrado” por parte de la Corte IDH, y otro de forma “difusa” por la cual los jueces nacionales, en sede interna, aplican las disposiciones de la Convención. A criterio de este juez, se entiende que el

“control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte IDH, la que realiza un control de compatibilidad entre el acto de violación (en sentido lato) y la Convención Americana (y sus protocolos adicionales)” (como se cita en Castañeda, 2014, p. 102-103).

Además de sus dos manifestaciones, el control de convencionalidad se divide en dos ámbitos de aplicación: por un lado, en sede nacional; y por otro, en sede internacional.

Con respecto a la sede nacional, una definición útil nos la proporciona Cesar Landa (2016), quien alega que el control de convencionalidad nace, principalmente, mediante la interpretación del art. 2° de la Convención Americana, estableciéndose las medidas legislativas o de otra índole que se requieran para efectivizar los derechos y libertades reconocidos en esta (p. 72). Ya desde un comienzo, la Convención buscaba que los derechos reconocidos en este documento internacional no solamente queden plasmados en el mismo de forma expresa, sino que existió una voluntad de las naciones para que amolden sus respectivos ordenamientos jurídicos de acuerdo a lo reconocido en la Convención, de tal forma que en su aplicación doméstica sean los Estados los primeros responsables en proteger y promover los derechos fundamentales.

En un primer momento, se trata de una obligación que comparten el juez nacional y la Corte IDH; esta última aplica la convencionalidad de forma subsidiaria, pues desde un comienzo se le ha dado la potestad al Estado miembro para que, a través de sus jueces nacionales, sean estos los protagonistas en defender los derechos fundamentales consagrados en la Convención. De esta manera, la Corte pasa a complementar la defensa del derecho vulnerado dándole el poder a los tribunales nacionales, en un primer momento, a que puedan reparar el derecho invocado por todos los medios legales posibles. Esto, no quiere decir que se entienda a la Corte IDH como un “Tribunal Supranacional”, como muchas veces se le confunde, pues no es un tribunal de cuarta instancia, sino que es una Corte vigilante de que los derechos humanos sean respetados en los Estados que han suscrito la Convención Americana.

Vale recalcar que, el caso *Gelman vs Uruguay*, amplía el marco jurisprudencial sobre el cual recae esta obligación de convencionalidad, siendo ya no solo los jueces los encargados de aplicar el control de convencionalidad, sino

también cualquier autoridad pública (Landa, 2016, p. 72-73). En otras palabras, el funcionario público también se encuentra obligado a determinar, a través del control de convencionalidad, los derechos reconocidos por la Convención Americana. A decir verdad, nos encontramos en un escenario complejo ya que de admitir la posibilidad del “control difuso de convencionalidad” colisionaría con la prohibición de control difuso constitucional en sede administrativa peruana, puesto que con el caso Salazar Yarlénque<sup>20</sup> el Tribunal Constitucional dejó sin efecto el precedente vinculante por el cual se le otorgaba a los tribunales administrativos inaplicar una norma porque contravenía la Constitución (Castañeda, 2014). Si hablamos que la autoridad pública administrativa no puede aplicar el control difuso de control de constitucionalidad es porque nos referimos a que en esta recae una labor eminentemente jurisdiccional atribuida al Jurado Nacional de Elecciones (en materia electoral), Poder Judicial y Tribunal Constitucional; por ello, y con mucha mayor razón, la autoridad pública administrativa no podrá desestimar cualquier norma que colisione con la Convención Americana. En otras palabras, si no puede con la Constitución, mucho menos podrá con la Convención. Así, vamos viendo que existen serias deficiencias en la total aplicación del control de convencionalidad, pues dentro de cada país (no siendo el Perú una excepción) se establece el equilibrio de poderes en la medida que sean los criterios jurisdiccionales los cuales puedan juzgar si una norma peruana no se encuentra en armonía con la Convención Americana.

En la aplicación en sede internacional del control de convencionalidad, la Corte Interamericana se regirá bajo el principio de subsidiariedad, principio que permite que el derecho nacional agote todas las instancias internas posibles antes de llegar a la competencia contenciosa de la Corte IDH. De esta forma, el principio de subsidiariedad sirve para dos propósitos esencialmente:

“Por una parte, le evita un recurso largo y fastidioso ante la jurisdicción interamericana, iniciándolo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Por otra, permite el enriquecimiento mutuo de la jurisprudencia interamericana y nacional en favor de una mayor efectividad de los derechos convencionales” (Nogueira, 2013, p. 235).

Una vez llegado el caso a la Corte IDH, esta utilizará todas las herramientas jurídicas de alcance interamericano para hacer prevalecer la protección de la dignidad de la

---

<sup>20</sup> Exp. N° 03741-2004-AA/TC (sentencia y aclaración).

persona, no limitándose a un análisis cerrado de la Convención Americana, sino también aplicando tratados de otra índole, como la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer de 1949, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (1985), desaparición forzada de personas (1994), y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belem do Pará de (1994), incluye también la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre.

El sistema jurídico peruano brinda una respuesta al control de convencionalidad bajo la lumbra de dos normas de carácter constitucional, principalmente. La primera es tomada de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (Constitución Política del Perú, 1993).

La segunda dispone en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que:

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Código Procesal Constitucional, 2004).

Además de lo consagrado en materia constitucional, existe la Ley n° 27775- Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales, siendo el objeto de la Ley lo siguiente:

Declárase de interés nacional el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado Peruano por Tribunales Internacionales constituidos por Tratados que han sido ratificados por el Perú de acuerdo con la Constitución Política (Ley N°27775, 2002, artículo 1°)

Como vemos, tanto desde el plano constitucional como el legal, se aprecia un respeto a lo decidido por los tribunales internacionales; sin embargo, no solamente el

derecho peruano se queda ahí, sino que da un paso más allá como señala la jurisprudencia del TC<sup>21</sup>, el cual faculta de modo vinculante a las sentencias emitidas por la jurisprudencia interamericana. A pesar de su acatamiento obligatorio, el TC afirma que la Corte IDH está impedida de limitar el goce y ejercicio de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico peruano [como el derecho a la vida del concebido], toda vez que el principio *pro homine* determina un criterio contra el que no debería seguirse cualquier interpretación que haga la Corte IDH (Tello, 2016, p. 157-159).

Habiendo delineado conceptualmente lo que significa el control de convencionalidad, también habiendo explicado su aplicación tanto en sede nacional como internacional, es momento de adentrarnos en el impacto de las sentencias las cuales el Perú no es parte procesal, pero se encontraría obligado a seguirla por tener carácter vinculante.

Existen sentencias de la Corte Interamericana en las cuales el Perú no forma parte como sujeto procesal; sin embargo, muchas veces son este tipo de sentencias las que dan pie a interpretaciones jurídicas no acordes con nuestro derecho nacional. En efecto, hay sentencias nacionales de jueces que causan controversia por los escasos argumentos jurídicos que usan para interpretar un derecho, esto sucede muchas veces por considerar que sentencias de la Corte Interamericana ya han zanjado este tema, distorsionando la norma jurídica y, sobretodo, el orden social y moral de nuestra sociedad. En este sentido, la sentencia reconociendo los efectos jurídicos de la legalidad del vientre de alquiler como se mencionó anteriormente<sup>22</sup> es un claro ejemplo de ello, en la que se toma criterios del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (Corte Interamericana) para legalizar el vientre de alquiler bajo el argumento de la autonomía reproductiva. Desde todo punto de vista y como dice la juez peruana Mosquera Vásquez (2018), el vientre de alquiler no tiene mayor sustento legal y ético ya que “se pone precio al cuerpo de una persona (de la madre de alquiler) y mientras que al niño nacido por vientre de alquiler se lo trata como una

---

<sup>21</sup> Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Jorge Alberto Cartagena Vargas*. Sentencia de 17 de abril de 2002. Exp. N° 218-02-HC/TC ; Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Santiago Martin Rivas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2005. Exp. N° 4587-2004-AA/TC ; Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Arturo castillo Chirinos*. Sentencia de 21 de julio de 2006. Exp. N° 2730-2006-PA/TC; Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Panamericana Televisión S.A.* Sentencia de 12 de marzo de 2014. Exp. N° 04617-2012-PA/TC.

<sup>22</sup> Nos referimos a la Sentencia del Quinto Juzgado especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, 21 de febrero de 2017. Expediente: 06374-2016-0-1801-JR-CI-05.

mercancía” (párr. 7); sin embargo, al ver que los llamados derechos reproductivos son avalados por una sentencia de una corte internacional da la apariencia que es legítimo y legal su actuar judicial.

Para ello, se afirma que la propia Corte Interamericana, a partir del *caso Almonacid Arellano* y en fallos posteriores, “ha incidido en el hecho que los Estados también deben aplicar la jurisprudencia como instrumento para determinar si una norma es compatible o no con los estándares de la Corte Interamericana” (Landa, 2016, p.79); sin embargo, existe también la posibilidad de matizar la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte cuando un Estado no es parte del proceso. A partir de ahí, Landa (2016) expone un interesante argumento, por el que, del mismo modo en el que el derecho constitucional peruano admite graduaciones en las sentencias del TC como son las sentencias normativas; precedentes vinculantes y doctrina jurisprudencial (en ese orden de vinculatoriedad); también así se debe matizar la fuerza normativa de las sentencias de la Corte IDH, tanto así que, incluso la fuerza de los contenidos del fallo también variará de acuerdo a los derechos protegidos por la Corte Interamericana.

Sea como fuese, lo que vemos es una limitación a la aplicación del control de convencionalidad, lo cual nos deja una ventana lo suficientemente grande para saber que no toda nuestra soberanía (traducida en nuestro ordenamiento jurídico) se encuentra afectada por el sistema interamericano de derechos humanos, pues cabe la posibilidad que puede legislarse y protegerse a los propios sujetos de derecho que, tradicionalmente, hemos consagrado. Esto no significa una especie de aislacionismo jurídico, sino, por el contrario, una forma prudente y equilibrada de sopesar lo acertadamente interpretado por la Corte y lo desarrollado por nuestros tribunales nacionales. Tenemos presente que el concepto de soberanía ha cambiado a partir de la segunda mitad del siglo XX, por lo que no debemos olvidarnos que, actualmente, la cesión de transferencia de soberanía apunta a legitimar la constitución y existencia de las comunidades políticas (García Toma, 2014, p. 119); de lo contrario, ¿Qué legitimidad gana un control de convencionalidad aplicado desmedidamente, sin atender a las circunstancias y respetar los valores de una nación? La medida de aceptar alguna sentencia se deberá analizar con toda rigurosidad y fuera de cualquier visión parcializada de la realidad con respecto al derecho invocado.

### **2.3.2 El margen de apreciación de los Estados, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Para afianzar nuestra posición, tomamos un criterio muy válido desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) llamado el “margen de apreciación de los Estados”. Como es sabido, dicho Tribunal ha servido de inspiración para la conformación de la Corte Interamericana de DD.HH, pues ambos son una reacción a los destrozos cometidos por la Segunda Guerra Mundial (1939-1945). De ahí que los esfuerzos políticos y diplomáticos sirvieron para tender puentes hacia un consenso cada vez más dialogante sobre la protección de los derechos fundamentales de la persona.

El Tribunal Europeo de DD.HH nace con la firma del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950; junto con la Comisión Europea de DD.HH y el Comité de Ministros conforman el sistema europeo de protección de los derechos humanos. Bajo los principios de los que nace el derecho comunitario europeo, la tendencia a defender los derechos fundamentales de la persona es una cuestión elemental en la integración europea.

El Tribunal Europeo de DD.HH tiene competencia contenciosa y consultiva, y solo podrá actuar una vez que se haya frustrado la conciliación por la Comisión Europea, de tal modo que, ante un asunto, emitirá sentencia motivada y definitiva, siendo que en la misma podrá dictar las medidas adecuadas para restituir a la víctima al estado anterior de los hechos violatorio del Convenio, y, en el caso de no ser posible buscará la reparación equitativa de las partes lesionadas (Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950).

A pesar de que el Convenio Europeo señale que “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes” (Convenio Europeo, 1950, art. 46), “las sentencias en cuestión son meramente declarativas y carecen por tanto de valor ejecutivo, por lo que los Estados disponen de un amplio margen de discrecionalidad para decidir la forma en que ejecutarán las Sentencias en sus ordenamientos internos” (Diez de Velasco, 1997, p. 408).

El margen de apreciación de los Estados es un principio jurisprudencial del TEDH en el cual se deja a los Estados una cierta libertad de proteger los derechos

fundamentales de la persona, siendo visto el Convenio Europeo como una garantía de los estándares mínimos de protección de derechos y libertades en un tratado internacional. Este criterio recae en la constante discusión sobre si un tratado regional atenta contra la soberanía de sus Estados miembros al decirle de qué modo actuar legislativa y judicialmente ante una violación de derechos, pues, en ciertas ocasiones, existen temas tan sensibles para una determinada comunidad nacional europea, dado su carácter histórico y cultural, que el juez del TEDH no puede ignorar e irrumpir contra estos con su criterio judicial (García Roca, 2009, p. 738).

Como en el caso de la Corte Interamericana, el carácter de las sentencias del TEDH también es vinculante, pero estas deben ser matizadas en el sistema jurídico interno de cada país, de tal forma que pueda analizarse el derecho invocado en cada sentencia que expide este tribunal internacional. Así, existirá un margen para que los ordenamientos internos de cada estado evalúen la forma de resguardar el derecho que ha sido materia de litigio en las esferas internacionales; es decir, hay un margen que detenta cada país para resguardar un determinado derecho. Bien lo afirma García Roca, cuando señala que la vinculatoriedad podrá ser laxa, estricta e intermedia, dependiendo del contenido de las sentencias con respecto al orden interno de cada país. La vinculación será laxa cuando toque temas como el derecho de propiedad (salvo en los casos de pueblos indígenas); la vinculatoriedad será estricta cuando la sentencia recaiga sobre el derecho a la vida, igualdad, derechos políticos y conexos; por último, será intermedia cuando recaiga en derechos que no se hayan mencionado en los dos rubros anteriores (como se cita en Landa, 2016, p. 80).

La vinculatoriedad de una sentencia cuando verse sobre el derecho a la vida, no solamente incluye la pena de muerte, sino también la concepción. Por lo que cabe preguntarse si ¿la concepción da un margen al Estado para resguardar al concebido aún incluso en contra de las sentencias que colisionen con su vida? A nuestro parecer, el margen de apreciación es un salvavidas que nos permite resguardar el derecho a la vida del concebido, a pesar de que “la Corte Interamericana ha sido reticente a utilizar esta figura” (Nash, 2018, p. 87). Concretamente, el margen de apreciación de los Estados nos será útil para analizar el *caso Artavia Murillo* y sus respectivas implicancias jurídico-éticas en el siguiente capítulo.v

No obstante su amplio margen de libertad, basado en el respeto de los valores de un pueblo europeo, el margen de apreciación no se ha encontrado libre de diversas

críticas y debates con respecto a su naturaleza y aplicación, llegando a existir tres corrientes doctrinales tratando de explicar esta construcción jurisprudencial, Nash (2018) nos lo resume así:

“La primera, estimar que es “una doctrina tan resbaladiza y elusiva como una anguila”—ya que permite rehusar el juicio—, que se convierte en un sustitutivo de un análisis legal coherente y en una abdicación de la responsabilidad de la Corte para enjuiciar casos complejos y sensibles en provecho de los alegatos del gobierno demandado. La segunda, sostener que es una muestra acertada de autocontención y prudencia judiciales, de respeto al pluralismo de base territorial y a la diversidad cultural de las naciones europeas que, por sensatez, debe frenar cierto universalismo en la comprensión de los derechos humanos. O, una tercera, que busca razonar de forma mucho más matizada y equidistante entre uno y otro polo” (p. 76-77).

Estas razones generan que haya un equilibrio en el uso del margen de apreciación; básicamente es darle suficiente poder al Estado de tal forma que no se vulnere su soberanía en la consagración de sus derechos, pero al mismo tiempo no se debe dejar de lado que existen derechos fundamentales comunes prescindiendo de las diversas identidades socioculturales que puede tener un determinado país. Estos derechos deben ser vistos como un estándar mínimo para el buen convivir comunitario, más aún que la mayoría de países europeos sufrieron las nefastas consecuencias de múltiples conflictos bélicos.

Con respecto a la aplicación del margen de apreciación, un conocido catedrático de la Universidad Complutense de Madrid-España, el Dr. Javier García Roca, nos brinda ciertos parámetros para que el juez del Tribunal Europeo deba tomar en cuenta en no sustituir y deslegitimar a las autoridades internas de cada estado europeo, estos criterios judiciales no deben recaer en:

- La prueba de los hechos, ya que la función probatoria atañe a los tribunales nacionales con respecto al alcance que esta tiene en la búsqueda de la verdad material de los hechos.
- La interpretación de la legalidad, pues el TEDH no conforma parte de la estructura orgánica del Poder Judicial de los estados europeos, sino que es una instancia supranacional creada por el Consejo de Europa.
- La libre configuración por el legislador democrático de los derechos constitucionales. El TEDH no es un parlamento, ni nacional ni europeo, en el cual se vaya a legislar constantemente; incluso, su función jurisdiccional es

regular, siempre y cuando no se atente con lo consagrado por cada ordenamiento interno. (García Roca, 2009, p. 739)

Así, debemos entender que la base para esgrimir el margen de apreciación de los estados es la soberanía, teniendo en cuenta el último de los tres puntos mencionados. Asimismo, es claro que el Estado se encuentra en la capacidad de formar sus propias fuentes formales a través de su Poder Legislativo. La libre configuración del sistema de leyes es una característica innata de una de las manifestaciones de Poder del Estado: el Poder Legislativo. El advenimiento de una corriente integracionista no debe hacernos olvidar las clásicas funciones que el Estado ha venido desarrollando y que son producto histórico de una búsqueda del equilibrio de poderes. La supranacionalidad, vista no en términos jerárquicos, sino integracionistas, ha traído un sinnúmero de beneficios en la apertura a un mundo cada vez más interconectado y globalizado; sin embargo, no debemos dejarnos llevar por corrientes que quiten el poder a cada uno de los estados para ser estos entes “supranacionales” los nuevos legisladores del llamado “nuevo orden mundial”. No puede ser posible que bajo el concepto de que nos encontramos sujetos a cumplir con nuestras obligaciones internacionales por firmar un tratado internacional en materia de derechos humanos, nos olvidemos que los derechos fundamentales comienzan por ser reconocidos por cada Estado, sin dependencia de otro, de manera que, con esa base jurídica y moral, se llegue a reconocimientos de estándares mínimos morales en el ámbito internacional.

Con respecto al derecho a la vida, el margen de la apreciación de los estados, a nuestro modo de ver, resulta totalmente compatible con este equilibrio que deben tener las relaciones entre los tribunales nacionales e internacionales. Y es que no solo es un mecanismo judicial de coto a la avalancha exógena de corrientes contrarias al derecho interno de cada país, sino que también la aplicación del margen de apreciación es una herramienta que permite que los Estados puedan tener la posibilidad de determinar, de acuerdo a los valores culturales de su propia comunidad política, cuando aparece la vida y cuando se produce la muerte, en tanto vaya acorde con un patrón mínimo de respeto a la dignidad humana (Álvarez, 2017, párr. 7).

Muy bien lo señalaba el clásico filósofo Charles Louis de Secondat, conocido como el Barón de Montesquieu, en su obra el “Espíritu de las Leyes”: “Muchas cosas

gobiernan a los hombres; el clima, la religión, las leyes, las costumbres, las máximas aprendidas, los ejemplos del pasado; con todo ello se forma un espíritu general, que es su resultado cierto” (Montesquieu, 1748, p. 210). El margen de apreciación nacional lleva a los estados a cumplir esta tradicional premisa, nunca olvidarnos de cómo está conformado un Estado, es el espíritu de su pueblo el que espontáneamente genera sus leyes.

El margen de apreciación amolda esta premisa montesquieuniana al respetar el sentir de una nación, la cual tiene una historia e identidad propia que se ha ido forjando a través de los años. La defensa de la vida es un derecho reconocido por muchas sociedades, pues conforma la defensa primaria del ser humano, con mucha mayor razón en estos tiempos de revoluciones científicas y tecnológicas que pueden vulnerar dicho derecho. De esta manera, podemos decir que siempre hubo un espíritu general de defensa del embrión y el concebido, por ser persona, y ninguna Corte o Ley puede cambiar este sentir ya que es la interacción espontánea del descubrimiento de su sustrato ontológico como persona.

Casos que contravienen nuestra normativa peruana no parecen apuntar a esto, sino que parecen apuntar a desequilibrar el sistema normativo de cada Estado miembro. No le dan un integracionismo jurídico deseado, sino que divide a las sociedades en cuanto se favorece a supuestos derechos que son controversiales en sí mismos. La Corte Interamericana debe aprender de este mecanismo y aplicarlo con más frecuencia, sobretodo, en casos polémicos.<sup>3</sup>

#### **2.4 Obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH en casos controvertidos**

Para introducir este tema debemos aclarar algunos conceptos previos que lleguen a dilucidar las razones por las que existen fricciones entre las cortes internacionales y los tribunales domésticos. Asimismo, el contexto peruano tiene ejemplos ilustrativos de casos en los que se contraviene lo dicho por la Corte IDH en situaciones en las que no se respeta el derecho interno de los países sujetos a su competencia, uno de ellos es el caso del TC peruano sobre el último fallo con respecto a la distribución gratuita de la llamada “píldora del siguiente”. Ante esta problemática, damos un esbozo de qué soluciones tenemos para que cada Estado pueda actuar frente a sentencias que colisionen con el ordenamiento jurídico interno, buscando una

solución hacia una recta interpretación sobre la convencionalización del derecho interno.

#### **2.4.1 Teoría Monista o Dualista. Tercera opción a la vista**

Cuando hablamos de la teoría sobre la integración del derecho internacional al derecho interno y viceversa, nos referimos a cómo es que los tratados, declaraciones y, en general, las normas internacionales son adaptadas al ordenamiento jurídico interno de cada país. Por ello, la doctrina internacionalista nos da alcances de dos concepciones jurídicas tradicionales: el monismo y el dualismo. La opción monista orienta a que las normas internas y externas formen un ordenamiento jurídico único; mejor dicho,

“se uniformiza el Derecho Nacional- así como su jurisdicción-, en relación con el Derecho Internacional (...) Cada Estado escoge si debe inclinarse por la primacía del Derecho interno o por la del internacional, y de acuerdo a ellos integra su sistema jurídico nacional” (Landa, 2016, p. 39)

Como bien observa el citado autor, en el monismo con primacía del Derecho Interno, el Estado se adhiere a partir de su consentimiento expreso en cada caso en particular. En cambio, para el monismo, que se inclina por el derecho internacional, dicho consentimiento no es necesario ya que la norma internacional se llega a integrar de tal modo al ordenamiento interno que produce una confusión de la misma.

Por el contrario, la corriente dualista opta porque los tratados o normas internacionales establezcan un ordenamiento jurídico diferente al derecho interno, en donde ambos nunca llegan a confundirse ni a ser uno solo (Landa, 2016, p. 39). Es decir, tanto el dispositivo internacional como el sistema jurídico nacional corren en paralelo, respondiendo bajo los principios de una antigua visión liberal de un Estado nacional y soberano, los cuales despiertan expreso rechazo ante la posibilidad de confundir el derecho nacional y el internacional entre sí.

Para aterrizar ambas corrientes, somos conscientes de la pugna entre la tesis monista y la dualista, en donde existe un sinnúmero de autores que abogan por una y otra teoría. En relación a la vinculación jurídica de las Cortes internacionales, Bandeira (2017) encuentra un problema cuando los efectos de la vinculatoriedad de las decisiones de la Corte IDH ya no solo se limiten a un espacio *inter partes*, sino que

tenga efectos *erga omnes* aun cuando un caso no verse sobre ninguna norma *ius cogens*. Por una parte, el efecto *erga omnes* generalizado en la jurisprudencia de la Corte IDH impondría un modelo jerárquico del derecho internacional, lo cual, en casos extremos, se vuelve difícil de sostener (p. 245). Es decir, admitir a rajatabla el efecto *erga omnes* de sus sentencias conllevaría a una agudización del conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno; claramente esto no es lo que se busca pues es entrar a una discusión sin laberinto, hasta incluso bizantina.

El monismo o dualismo no debe ser producto de debates intrincados entre cual debe prevalecer. Por ello, existe una llamada “tesis de coordinación” como tercera vía de solución, la cual desfasa a aquellas dos corrientes antagónicas, ya que la tesis de coordinación “caracteriza al derecho internacional como un derecho de integración con el derecho interno, sobre la base de la responsabilidad internacional de los Estados” (Landa, 2016, p. 40). En otras palabras, entramparse en el monismo y dualismo se puede convertir en una discusión muy polarizada en la cual no se brinden las soluciones adecuadas a las demandas tanto de tratados como declaraciones, así como de organismos internacionales que incidan en el derecho nacional. A nuestro parecer, la tesis de coordinación le otorga un margen de reflexión mucho más amplio a cada situación en particular con respecto a una mejor protección de la persona.

Dicho esto, nuestro tema no se agota en si la Convención Americana se encuentra en armonía con el sistema jurídico peruano o viceversa, sino que enfocamos el análisis en la labor jurisprudencial de la Corte Interamericana, la cual ha marcado una tendencia cuestionada en sus últimas sentencias con respecto al derecho a la vida del concebido, desprendiéndose interpretaciones en perjuicio de este.

La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de DD. HH en el Perú es un tema que lleva debatiéndose ampliamente, pues, como hemos visto, se encuentra inmerso en él conceptos como convencionalización del derecho peruano, control de convencionalidad, responsabilidad internacional por parte del Estado peruano; sin contar las leyes internas, las cuales han dado mucho mayor fuerza jurídica para atribuir a la Corte IDH como máximo y último interprete de la CADH.

Pero, ¿Qué hacer cuando las sentencias de la Corte IDH contravienen nuestra normativa? ¿Es bueno optar por alguna teoría monista o dualista anteriormente explicada? ¿O bien se puede matizar las sentencias de acuerdo al natural desenvolvimiento espontáneo de la realidad jurídica peruana, de tal forma que evitemos adoptar medidas impuestas desde un ámbito ajeno al nuestro? A continuación, detallaremos algunos ejemplos por los cuales se ve demostrada la colisión de criterios jurisdiccionales entre tribunales internacionales y el sistema jurídico interno.

#### **2.4.2 La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso de la “píldora del día siguiente”**

Un ejemplo ilustrativo sobre el choque de criterios entre los tribunales internacionales y nacionales se encuentra en la sentencia del Tribunal Constitucional (exp. N.O 02005-2009-PA/TC), a propósito de la distribución gratuita por el Estado del anticonceptivo oral de emergencia (AOE), más conocida como “la pastilla del día siguiente”. La controversia surge por el inicio del programa de distribución gratuita denominada la “píldora del día siguiente” a todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios como parte de una política pública sobre control de natalidad implementada por el Ministerio de Salud; en contraparte, la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” interpone una acción de amparo para que el Ministerio se abstenga de la distribución. Esta ONG alega que se vulnera el derecho a la vida del concebido, ya que se demostraría que la pastilla del día siguiente tiene un tercer efecto que no permite la implementación del óvulo fecundado en el vientre materno. Por tanto, basándose en leyes nacionales como internacionales (incluso se alega la Convención Americana sobre DD.HH), el concebido es sujeto de derecho desde el momento de la concepción, visto desde el momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide. Los magistrados del TC fallaron a favor del demandante, en razón a este último argumento, además de aplicar los principios *pro debilis* y *pro homine*, los cuales resultan imprescindibles tomarlos como pauta hermenéutica en favor de los derechos fundamentales,

“justamente porque se presenta en la circunstancia de analizar un caso donde se encuentran en cuestión el derecho a la vida y la situación o condición más débil en que podría encontrarse el ser humano: cuando inicia su proceso vital, el primer paso en el

desarrollo de su vida que acabará con la muerte” (Tribunal Constitucional, Exp. 02005-2009-PA, 2009).

Así también, se toma el principio precautorio, aplicado en materia de protección ambiental, el cual permite una postura totalmente prudente sobre los posibles riesgos y contingencias que aún no están medidas con respecto al tercer efecto antimplantatorio de la pastilla del día siguiente. Es decir, vemos que es un principio que exige tomar las medidas adecuadas para prevenir daños, que, aun no siendo ciertos, solo basta una probabilidad convincente para que surja la exigencia de la prevención (Castillo, 2017, p.44).

Adicionalmente, el máximo intérprete de la Constitución peruana considera que:

Este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio (Tribunal Constitucional, exp. 02005-2009-PA, 2009).

Criterio, por cierto, tomado por el art. 4° de la Convención Americana sobre DD.HH, en el cual el TC encuentra una posición favorable al concebido desde el momento de la fecundación (y no la anidación o implantación), del mismo modo en el que encuentra en las normas peruanas el suficiente asidero legal que le permita su protección.

Por todo lo mencionado, y bajo la llamada duda razonable, el Tribunal Constitucional concluye lo siguiente:

“(…) este Tribunal considera que hay suficientes elementos que conducen a una duda razonable respecto a la forma en la que actúa el AOE sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio, lo que afectaría fatalmente al concebido en la continuación de su proceso vital. Esta decisión se adopta fundamentalmente sobre la base de la información expresada en los insertos de cada una de las presentaciones de los anticonceptivos orales de emergencia, que en su totalidad hacen referencia a tal efecto” (Tribunal Constitucional, Exp. 02005-2009-PA, 2009).

Por tanto y con respecto a la sentencia del caso “píldora del día siguiente”, podemos ensayar tres comentarios relacionados a su tratamiento jurídico.

Primero, en general, encontramos en el TC una tendencia a favor del concebido, del embrión concretamente, desde el momento de la concepción y no de su implantación. Independientemente de ser un embrión producto de fecundación asistida; este tipo de fallos judiciales nos da la certeza de que la jurisprudencia constitucional va dejando las bases suficientes para proteger al concebido en todas sus manifestaciones: cigoto, mórula, blastocito, embrión y feto. Tanto es así que el desarrollo jurisprudencial tiene en claro las etapas biológicas que el concebido va adquiriendo a lo largo de su desarrollo, sin perjuicio de que no se distorsione considerar a la fecundación como el momento por el cual comienza la vida. Del mismo modo, es acertada la sentencia cuando protege no solo el comienzo de la vida, sino que su proceso normal de desarrollo, puesto que la pastilla del día siguiente produce el tercer efecto gravoso el cual impide al embrión implantarse en la matriz materna, quitándole la posibilidad de desarrollarse completamente.

Segundo, encontramos acertada la interpretación del TC cuando interpreta la Convención Americana, pues en el fallo mencionado se citó el artículo art. 4° para cerciorar que existen sendos documentos internacionales (entre ellos la Convención Americana) que se encargan de proteger el primer derecho reconocido de la persona: la vida. El análisis desarrollado por el TC, a nuestro modo de ver, es uno deductivo en cuanto se refiere al artículo 4.1 de la Convención, dado que toma a la “concepción” como término general, para luego ir más allá y concluir que por “concepción” se entiende “fecundación”; es decir, el momento por el cual el espermatozoide se fusiona con el óvulo; de esta manera, se pasa a un margen mucho más amplio de protección del concebido, al cual no solamente lo protege como feto y embrión, sino que también antes como cigoto.

Por ello, suscribimos lo interpretado por la mayoría de magistrados del TC, en su sentencia del 16 de octubre del 2009, en tanto la Convención se encuentra a favor de la vida; de tal forma que esta interpretación no debe quedarse en una declaración solamente consagrada en dicho documento internacional, sino que debe ir acompañada de un criterio jurisprudencial nacional que refleje lo que sus países miembros han adoptado desde un comienzo. No puede ser posible que bajo el argumento de que “los tiempos cambian y el Derecho también”, se deje de proteger a

un sujeto de derecho vulnerable a abusos, y de los cuales muy pocas personas se encuentran dispuestas a defenderlo.

Tercero; las políticas públicas sobre control de natalidad no pueden trasgredir la dignidad del concebido. Siempre que se quiera implementar algún tipo de política de salud sobre planificación familiar debemos partir por revisar todas las aristas posibles, considerando los derechos de todas las personas, incluyendo al concebido como tal. Hay voces que tratan de deslegitimar esta posición alegando que se trata de una postura conservadora y netamente religiosa; sin embargo, de lo analizado en el presente trabajo de investigación se evidencia lo contrario. Debemos entonces tratar de sobrepasar este entrampamiento falaz y reflexionar en base a argumentos lógicos, científicos y jurídicos, determinando que el embrión juega un papel esencial en el ordenamiento jurídico latinoamericano, ya sea a través de su legislación o jurisprudencia. En este sentido, el papel tanto del TC como de la Corte Interamericana de DD.HH es fundamental ya que el primero es el guardián de la legalidad constitucional de un Estado determinado, y, el segundo, es el protector de los derechos más esenciales del ser humano en el ámbito americano. Si estos dos tribunales llegan a colisionar en sus criterios jurisprudenciales, ¿Quién tiene la razón? ¿El conflicto entre estos dos tribunales agudiza la posibilidad de una resolución de la materia a resolver o existe una solución viable con respecto a la misma?

### **2.4.3 La reciente Opinión Consultiva sobre Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del mismo sexo**

A partir de aquí, encontramos pertinente hacer una anotación con respecto a la última Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitada por el Estado de Costa Rica a raíz de una discusión jurídica sobre el cambio de nombre en las personas transexuales, la identidad de género auto-percibida y los derechos derivados entre parejas del mismo sexo.

Por unanimidad, la Corte acordó que el cambio de nombre en los registros públicos de los países miembros debe permitirse sin ninguna restricción, ya que, según la Corte, existe un derecho protegido según la Convención Americana sobre la llamada “identidad de género” auto-percibida en personas transexuales. Hasta este

punto, puede existir cierto consenso con lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en el caso Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga)<sup>23</sup>, por el cual una persona transexual invoca su derecho a la identidad para cambiar su nombre en su respectivo Documento Nacional de Identidad. Si bien este último caso resuelve, de forma muy excepcional, asuntos de ciertas personas en referencia a su identidad sexual, es necesario que se juzgue con suma prudencia sobre los mismos, ya que lo que se encuentra en juego es una de las fibras más intrínsecas del ser humano: su sexualidad. Por ello, nuestra crítica a la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana al afirmar que el proceso de cambio de nombre debe cumplir los siguientes supuestos, conforme detallamos a continuación.

Se basa en un derecho “reconocido por la Convención” bajo la llamada “identidad de género auto-percibida”. Sin duda, un derecho cuestionable, ya que, al margen de las percepciones que tengan las personas sobre sí mismas, también existe un deber social por el cual el Derecho debe ordenar la vida en sociedad. Lo que trae la sola autopercepción como derecho, es una ventana abierta a distorsiones que, en un futuro, van a querer ser impuestas a las personas que no las quieren reconocer como tales; por ejemplo, reconocer a un hombre de 52 años como una niña de 6 años<sup>24</sup>; o el caso de un hombre que se siente perro y exige que se le considere como tal<sup>25</sup>; a todo esto nos cuestionamos: ¿Es justo o más bien se trata de una imposición ideológica? Ante casos excepcionales, el tratamiento debe ser excepcional, no hay que manipular un falso principio de desigualdad ante circunstancias que ameritan tratos diferentes como el que vemos.

Como segundo punto, la adecuación en los registros y documentos oficiales con respecto a la identidad de género debe requerirse de un procedimiento administrativo, el cual: a) Proteja la nueva identidad “autopercibida”; b) Se basa en el consentimiento libre e informado del solicitante libre de exigencias médicas y/o psicológicas; c) Debe ser confidencial; d) debe ser expedito y gratuito; y e) No debe requerir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales. Con esto, sobrepasa justamente el debate que generó la sentencia del TC en el caso Ana Romero Saldarriaga, en el cual si bien se optó, por cuatro votos a favor, que se

---

<sup>23</sup> Exp n.º 06040-2015-PA/TC -SAN MARTIN

<sup>24</sup> Ver link: [https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/hombre-52-anos-transforma-nina-seis\\_29521\\_102.html](https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/hombre-52-anos-transforma-nina-seis_29521_102.html)

<sup>25</sup> Ver link: <https://www.lacuarta.com/mundo/noticia/hombre-perro-reconocido-transespecie/374563/>

declare fundada la acción de amparo para el correspondiente cambio de sexo en los registros personales, tres magistrados votaron en contra de esta demanda de amparo, requiriendo incluso que se mantenga “la sólida doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA/TC<sup>26</sup>”. En otras palabras, siendo un caso tan controversial y por el cual no hay un mínimo de consenso en todas sus aristas, la Opinión Consultiva de la Corte termina zanjando toda decisión imponiendo criterios que los países miembros aún no han terminado de trazar con toda claridad.

El tercer criterio sobre el que se pronuncia la Corte IDH es con respecto al “matrimonio” entre parejas del mismo sexo, decidiendo que “El Estado [Costa Rica] debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo”, basados en los artículos 11.2° (vida privada familiar) y 17° (protección de la familia). Esta opinión consultiva forma parte del desarrollo jurisprudencial de la Corte, lo que en cierta forma se toma como una herramienta jurídica de interpretación de la Convención; sin embargo, “La competencia no contenciosa o consultiva de la Corte no consiste, entonces, en ordenar o disponer sino más bien en convencer. Su condición de no vinculante es la principal diferencia con la competencia contenciosa y es lo que fundamentalmente la caracteriza”.<sup>27</sup> ¿En qué nos puede convencer una opinión consultiva que divide a la población latinoamericana en dos posiciones polarizadas? El convencimiento debe basarse en razones sólidas para ser aceptados por el grueso de la población, claro que si hablamos de minorías como son las personas transexuales; es complejo (hasta diría pocamente acertado) pronunciarse, mediante una opinión consultiva, respecto al supuesto derecho interpretado. En todo caso, debió esperarse a que un caso de identidad de género llegue a la competencia contenciosa de la Corte IDH para que esta resuelva con la fuerza vinculante que tienen sus sentencias.

En el fondo, lo que hace la Corte con este tipo de criterios es desestabilizar todo el sistema de familia que existe en cada ordenamiento, incluyendo el ordenamiento jurídico de la familia peruana. Según la Constitución nacional, “el Estado protege a la familia y promueve el matrimonio” (Constitución Política del

---

<sup>26</sup> Según el voto singular de los magistrados Urviola Hani, Blume Fortini y Sardón de Taboada afirman que debe declararse improcedente la demanda en todos sus extremos y mantenerse la sólida doctrina jurisprudencial fijada en la Sentencia 0139-2013-PA/TC.

<sup>27</sup> Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la república de Costa Rica: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

Perú, 1993, art. 4°), complementándose con que “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común” (Código Civil, 1984, art. 234). Nuestro sistema normativo en el derecho de familia consagra la unión voluntaria entre hombre y mujer, reconociéndola como unidad básica de la sociedad, entonces ¿Por qué la Corte IDH se atreve a decidir en esta materia, sabiendo que existe la consagración del matrimonio en un determinado sentido por propia voluntad de cada Estado? Las leyes se pueden cambiar, pero lo que las cambia es el desenvolvimiento natural de cada pueblo políticamente organizado para legitimar dicha formación legislativa; no se entiende con qué criterio la Corte quiso consagrar este nuevo tipo de “matrimonio”. El matrimonio nació incluso antes del Estado, tiene como fines la continuación de la especie humana, por lo que se deduce que es una institución jurídica eminentemente rectora en la sociedad.

“En efecto, el derecho no protege cualquier relación humana [se refiere al matrimonio homosexual], sino solo aquellas imprescindibles para la organización comunitaria. En consecuencia, la razón por la cual el matrimonio propiamente dicho tiene un estatus especial del ordenamiento jurídico, es porque las futuras generaciones surgen precisamente de estas uniones” (Márquez, 2016, p. 202)

Legalizar el matrimonio de parejas del mismo sexo es mover toda la maquinaria del Estado en atención de las voluntades de dos personas que, no optando por otras figuras (sea contractuales, previsionales o sucesorias), buscan el reconocimiento de una institución natural dada a personas de diferentes sexos para adaptarlas a sus propios deseos particulares. El tema de la legalización del matrimonio de personas del mismo sexo es amplio y complejo, el cual no abarcaremos en su totalidad en la presente investigación por no ser objeto de estudio; sin embargo, creemos conveniente haberlo tocado como un ejemplo de lo polémico que es este tipo de opiniones consultivas, ignorando el impacto social, político y jurídico de los países miembros de la Convención Americana. Más aún cuando la propia Corte Interamericana ha establecido límites claros por los cuales no acepta la admisibilidad de una opinión consultiva en aras de respetar el principio de subsidiariedad de nuestro sistema interamericano de Derechos Humanos (Candía, 2018, p. 61); de esta manera, la Corte IDH encuentra,

“inadmisible toda solicitud de opinión consultiva que busque obtener un pronunciamiento cuyo contenido pudiese intervenir indebidamente en el debate legislativo interno de cada estado, o bien que significara emitir una opinión acerca de la validez del derecho nacional” (Candía, 2018, p. 62).

## **2.5 Legitimidad de la Corte IDH con respecto a sentencias controvertidas**

Como se ha visto en el desarrollo de este capítulo, la Corte Interamericana tiene una función esencial en el sistema interamericano de DD.HH: salvaguardar los derechos más esenciales de las personas. A pesar de que la Corte IDH ha desempeñado un acertado desarrollo jurisprudencial en la mayoría de sus sentencias, debemos observar algunos pronunciamientos que no han tenido una amplia aceptación en la región, incluso llegando a denunciar que la Corte con sus propias decisiones afecta otros derechos básicos del ser humano. Es cierto que las sentencias judiciales no siempre van a agradar a todas las personas, pero no podemos dejar pasar que estos pronunciamientos judiciales por lo menos deben encuadrarse dentro del mínimo de respeto a los sujetos involucrados cuando existe una contraposición en la alegación de derechos.

Y es que dicho consenso se basa en la legitimidad que adquieren los argumentos judiciales de la Corte sobre la interpretación de un determinado derecho, el cual debe basarse en criterios objetivos atendiendo a la realidad integral de la situación en conflicto. Es decir, a estas alturas, nos encontramos ante casos especiales en que las denuncias por vulneraciones de un derecho deban ser analizadas en forma panorámica, de tal forma que al emitir una sentencia no solo se enmarque los derechos de una parte de los sujetos involucrados, sino que también se tome en cuenta las consecuencias de la protección de dicho derecho.

La perspectiva jurídica se encuentra íntimamente ligada al actuar político y social de un determinado pueblo, por lo que solo hacer un análisis meramente legal del mismo sería un limitado estudio. Llegado a este punto, la valoración de las decisiones de la Corte IDH merece una opinión ya no solo estrictamente jurídica, sino que también una de índole política y social.

Entender al Derecho como parte de un sistema político determinado responde a la tesis de que la sociedad busca, por medios legítimos, vivir en armonía. Desde una visión política, el Derecho es la fuerza coactiva por la cual permite que la

soberanía estatal se efectivice en un determinado territorio y hacia una concreta población. En este poder estatal, como bien lo apunta García Toma (2011), se tiene presente tres características básicas:

- “Posee capacidad de no encontrarse sometido al dominio de ningún otro Estado.
- Posee la capacidad de superposición y centralización, es decir, goza del atributo de sobreponerse a cualquier otro poder al interior del Estado, así como el de canalizarlo tomando para sí el papel de ente unificador.
- *Posee el monopolio de la coacción material, lo cual implica que solo el Estado puede crear y reconocer reglas de derecho, así como aplicarlas y, fundamentalmente, mandarlas a ejecutar*” [cursivas añadidas] (p. 2).

En este último punto, el Estado tiene la absoluta capacidad legislativa para con su pueblo, por la cual válidamente crea normas jurídicas que se caracterizan por su carácter obligatorio propio del Derecho, y, por ende, adquieren la particularidad de ser impuestas de modo legítimo a las personas mediante instrumentos de coacción (Rubio, 2017, p. 111). El Poder Legislativo es el poder encargado, principalmente, de darle a nuestro ordenamiento jurídico la suficiente coherencia y armonía para regular la conducta de las personas a través de nuestro sistema jurídico. Sin embargo, ¿Qué sucede cuando no se cumple esto, cuando no es el Legislativo el cual norma nuestra sociedad? ¿Habrá otra fuente que indirectamente afecte nuestro sistema jurídico?

Teniendo en cuenta que el Estado “garantiza la plena vigencia de los derechos humanos”, y que las “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (Constitución Política del Perú, 1993), podemos apreciar que indirectamente estamos dando un poder de interpretación a un agente externo a nuestra esfera soberana; este agente es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es decir, que nuestra soberanía es cedida, por así decirlo, a este tribunal internacional en razón de cumplir con las obligaciones internacionales a las que nos hemos sujetado al suscribir y ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin lugar a dudas, la labor de la Corte IDH, desde el momento que un país se sujeta a su competencia, conlleva una gran responsabilidad de esta, sabiendo que es el órgano máximo sobre la interpretación de un determinado derecho humano.

Siendo el guardián interamericano, su última palabra en materia de derechos humanos, debe ser obedecida por los Estados sujetos a su competencia. No hablamos de una norma legal, reglamento, directiva o cualquier dispositivo infralegal, sino que nos referimos a los criterios judiciales de interpretación de DD.HH, los cuales deberán ser obedecidos y adaptados a la legislación interna de cada Estado que se le declare su responsabilidad internacional.

Habiendo dimensionado el impacto en las decisiones de este Tribunal, nos queda preguntarnos: ¿Cómo ha ido juzgando, en los últimos años, la Corte Interamericana los casos que le han tocado? Como población, ¿Nos encontramos pendientes de su recto desarrollo? ¿La Corte IDH ha ido ganando legitimidad a través de sus sentencias o más bien todo lo contrario?

En este sentido, es ilustrativo lo que aconteció en las últimas elecciones presidenciales del 2018 en Costa Rica. En este país, el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*; así como también la última opinión consultiva sobre identidad de género (solicitada por el mismo estado costarricense) ha generado un caldo de cultivo para mantener un amplio rechazo con respecto a las decisiones de la Corte Interamericana, incluso ha llegado a tener una gran aceptación la propuesta del retiro de Costa Rica de la Competencia de la Corte Interamericana<sup>28</sup>. Y es que cuando un país como este, cuyo sistema político y económico no llega a puntos alarmantes a comparación de otros países, la cuestión social de un supuesto progresismo liberal ideológico ha calado profundamente, generando el rechazo de una población que no compatibiliza con los puntos que determinados grupos quieren proponer en la agenda política y social. Por ello, el desdén hacia la Corte va en ascenso en la medida de que su activismo judicial denote una postura política inclinada a la desprotección del concebido y contraria a la familia.

Sorprendentemente, personas que se encuentran a favor de estas sentencias, muestran su preocupación por el actuar de la Corte ya que esta ignora el natural proceso legal de “abajo hacia arriba” que deben respetar sus países miembros; sin duda, un papel clave para obtener la legitimidad de su autoridad (Vásquez, 2018, párr. 3), llevando, consecuentemente, a que los Estados condenados no cumplan sentencias emitidas por la Corte Interamericana. Por último, este autor señala que, de

---

<sup>28</sup> Ver enlace: <https://www.nacion.com/el-pais/politica/figura-clave-de-fabricio-alvarado-propone-sacar-al/OWNMQDZPNFAQ7FKB4B3HQSDKB4/story/>

seguir esta deslegitimación, los derechos humanos (los que evidentemente apoya este autor) se verán comprometidos.

Del mismo modo, nuestro Defensor del Pueblo hace poco criticó la última actuación de la Corte IDH con respecto al pronunciamiento de ordenar el archivo de la acusación constitucional de cuatro magistrados del Tribunal Constitucional por parte del Congreso de la República. El Defensor del Pueblo entiende que el carácter de subsidiariedad en el Sistema Interamericano de DD.HH “implica no solo el agotamiento de los recursos internos, sino también el respeto del margen de actuación de las instituciones nacionales para dar cumplimiento a sus obligaciones derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Gutiérrez, 2018, párr. 2). De este modo, advierte que, de seguir así la actuación de la Corte, se llevaría a su propia “autodestrucción” ya que al optar por una decisión tan drástica termina por excederse de sus propias funciones.

Es un hecho que la Corte IDH nació como un mecanismo de protección de los derechos humanos ante casos de ejecuciones extrajudiciales, torturas, desapariciones forzadas, etc. Hasta aquí no hay ningún punto que objetar a la Corte, sino por el contrario, saludar el buen desarrollo jurisprudencial en defensa de la persona. Sin embargo, lo que vemos en la actualidad es la poca prudencia que tiene para analizar casos en los cuales no son tan evidentes las violaciones de DD.HH puesto que las demandas colisionan con otros derechos ya consagrados por la Convención.; uno de ellos es la consagración de los supuestos derechos reproductivos, el cual va teniendo más protagonismo actualmente, sin tener un sólido asidero jurídico-moral.

Como se sabe, ya quedó atrás toda concepción Montesquieuniana por la cual, “el juez es la boca de la Ley”; siendo la dinámica social y política la que empoderó al mismo para que sus pronunciamientos no se enmarquen dentro de un margen netamente legalista, sino que tomen en cuenta las variables de la realidad político-social para determinar su decisión, dándole un margen de pesos y contrapesos a las decisiones de los Estados.

Empero, esto se distorsionó en lo que hoy conocemos por “activismo judicial”, el cual significa que el poder del juez se encuentra inmerso en funciones que no le competen dada su naturaleza funcional. Es decir, la ley crea el legislador, y solo es este el que tiene la legitimidad para ordenar el sistema normativo de un país;

el juez, por su parte, resuelve conflictos entre derechos, vacíos o lagunas en interpretación de la norma, pero no crea la legislación propiamente dicha.

Se cree que el activismo judicial es un “uso alternativo del derecho” buscando un progresismo político, pues nada más falso que esto, ya que se corre el riesgo de que, mediante la intromisión judicial, se supriman los derechos y libertades de un estado social de derecho. Históricamente, tanto la izquierda comunista como el fascismo han usado los tribunales para imponer desde la sede judicial su propia ideología suprimiendo libertades y derechos. Sin embargo, esto solo crea el caos institucional pues “mientras unos jueces buscan el significado de las normas vigentes, los otros sólo tienen como interpretación válida la solución que convenga a sus convicciones ideológicas” (Tamayo, 2014, p.580). Así, Tamayo (2014) acepta que se puede dar un activismo judicial pero limitado por el orden normativo que sostiene a un Estado (p. 582); claro que, para nuestro sistema interamericano de Derechos Humanos, la base normativa es la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Consideramos que la Corte IDH ha sobrepasado el orden institucional de nuestro Sistema Interamericano de DD.HH, llevando a un quebrantamiento del mismo cuando sobrepasa lo dispuesto por la Convención. Con esto, no estamos adoptando una posición meramente legalista porque encontramos suficientes razones científicas y jurídicas para rebatir la posición de la Corte al no seguir con lo dispuesto por la Convención; evidentemente, esto acarrea como consecuencia la ilegitimidad de la Corte en su actuar judicial.

Por ello, podemos decir que el activismo judicial es una función que no debe tener un juez, sea nacional o internacional, y, si lo tuviera, debe encontrarse en armonía con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De lo contrario, una perversión del activismo judicial confundiría su rol de buscar justicia a lo que hoy se conoce como los llamados “grupos de presión” en la que su “esencia radica en la pretensión de condiciones a su favor y en las decisiones del poder que interesan a su propósito” (Miro Quesada Rada, 2015, p. 159). Es decir, lo que la Corte IDH interprete sobre la condición jurídica del embrión debe enmarcarse en un lógico y amplio margen de su protección, decidiendo con suma prudencia ya que el impacto de sus sentencias es de gran magnitud para los Estados partes.

Por otro lado, una vez dictada una sentencia por parte de la Corte Interamericana, Capella advierte que “queda abierta a una relativa indeterminación básica, pues cada intérprete sostiene un conjunto de valores, ideales, representaciones intelectuales de la función desempeñada, pasiones, modos de pensar, etc., que no pueden dejar de operar” (como cita de Pietro Sanchís, 2005, p. 216). Esta suerte de divagación interpretativa no debe conllevar a sostener criterios de orden subjetivos, sino que debe guiarse por los criterios más objetivos posibles, incluso más de lo esperado si a los jueces internacionales se refiere ya que estos son los que tienen la última palabra sobre si hubo violación o no de algún derecho consagrado en la Convención Americana.

En cuanto a la Corte Interamericana, entendemos que sus miembros, *mutatis mutandi*, son tan jueces como cualquier otro juez nacional, con la salvedad que aquéllos velan en estricto por la violación de los Estados sobre alguna obligación internacional en materia de DD.HH. Esto no significa que son jueces con mayor rango jerárquico que los jueces nacionales, sino que los jueces del Tribunal interamericano asientan las bases jurisprudenciales mínimas por el cual la persona ve defendida sus derechos fundamentales. Por ello, creemos conveniente las recomendaciones que brinda Pietro Sanchís (2007) sobre las virtudes judiciales:

“La independencia, la apoliticidad o la imparcialidad no son tampoco características que definan al legislador, sino sólo al juez; y ello no obedece sólo a que actúe sometido a la ley, sino a la función primordial que asume: resolver conflictos entre partes iguales y definir la situación jurídica de las personas” (Pietro Sanchís, 2007, p.222).

De esta manera, se hacen evidentes las características dadas por el profesor español para que un juez actúe de acuerdo a los principios que la labor jurisdiccional proclama. Solo siguiendo estos principios es que la legitimidad de la Corte Interamericana va adquiriendo aceptación a lo largo del tiempo; además, de una reafirmación de los distintos pueblos por luchar tenazmente por los derechos humanos, levantando la voz ante cualquier amenaza que pueda vulnerarlos.

De la misma forma en que exigimos a nuestros legisladores que la creación de una norma debe pasar por un filtro de aceptación de lo que el pueblo requiere en un determinado momento (lo cual le otorga legitimidad), el juez se encuentra a su vez en el deber de mantener siempre la razón y no la arbitrariedad para desempeñar en su

justa medida su labor. Esto no quiere decir que el juez se deba ceñir a la voluble opinión pública para ser aceptado por la sociedad, sino que debe buscar el orden normativo e institucional de un determinado sistema para evitar toda clase de contradicciones e incoherencias en sus sentencias.

Por ello, en un primer momento, “se puede decirse así, al legislador se le pide legitimidad; al juez, racionalidad” (Pietro Sanchís, 2007, p. 223). Somos de la opinión de ir más allá de lo alegado en esta premisa, al entender que el juez también adquiere legitimidad en sus fallos siempre y cuando sean dictados de acuerdo a la justa medida de las cosas. En otras palabras, podemos reformular la máxima de Pietro Sanchís en: “Al igual que el legislador, el juez actúa razonablemente buscando la legitimidad de sus fallos”.

En conclusión, cuando hablamos de legitimidad, no buscamos la aceptación de toda una comunidad a la cual va dirigida esta sentencia, sino se busca que la decisión judicial encuentre parámetros mínimos de protección de sus derechos a todas las personas intervinientes en el proceso contencioso interamericano. El activismo judicial es un fenómeno político y jurídico por el cual se le ha otorgado al juez un empoderamiento en su actuar que, muchas veces, genera la invasión hacia otros poderes.

En este caso en concreto, hablamos de un tribunal internacional en el cual su activismo puede afectar la soberanía de los Estados para autodeterminarse según el orden normativo que estos crean conveniente. Nuestra opción no es proponer una salida de la competencia contenciosa ya que entendemos que la Corte ha aportado y puede seguir haciéndolo en materia de derechos humanos en un futuro, pero es necesario reformular los criterios que va adoptando con respecto a supuestos derechos que van alzando la voz.

Si hablamos de legitimidad es porque entendemos que el rol del juez interamericano ha sido cada vez mayor en las políticas públicas de los Estados miembros, no podemos cegarnos ante esta realidad político-jurídica. Lo importante es mantenernos vigilantes de que este actuar judicial vaya conforme a los parámetros de la Convención Americana, la ciencia y la ética.

### **CAPÍTULO III: ANÁLISIS DEL CASO** **EMBLEMÁTICO<sup>29</sup>**

La controversia con respecto al comienzo de la vida del embrión sigue latente; si partimos de que el concebido es sujeto de derecho desde la concepción, como lo afirma la legislación, jurisprudencia y doctrina tanto peruana como latinoamericana, nos encontramos ante el reto de ir más allá de lo que afirman estas fuentes del derecho para entender la dignidad del concebido.

En los últimos años, la Corte Interamericana de Derechos resolvió, el 28 de noviembre de 2012, el polémico caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, en el que se pronuncia sobre la Fecundación *In vitro* y los derechos reproductivos de las parejas, en menoscabo de la condición jurídica del embrión, fallo discutible que ha tocado las fibras de sociedades que reafirman que el concebido (desde el momento de la fecundación) es sujeto de derecho.

La pretensión de este capítulo es cuestionar los argumentos que esgrimió la Corte IDH en dicho caso, determinando las razones de hecho y de derecho por las que ha reconocido mayor relevancia jurídica a los derechos reproductivos de las parejas que se sometieron a las técnicas de reproducción asistida, frente a la protección del derecho a la vida del embrión. Dicha Corte, ha optado por considerar que el inicio de la vida se da con la anidación y no con la fecundación, otorgándole protección jurídica recién con aquella.

Cabe resaltar la importancia de que el Derecho se abra a otras ciencias, a fin de posicionar al embrión como sujeto de derecho y no distorsionar su dignidad humana en futuros fallos. Por último, el presente artículo busca criticar la cuasi omnipotencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha irrogado respecto a diversos temas, entre ellos, el objeto de estudio del que aquí tratamos.

---

<sup>29</sup> El presente capítulo es una ampliación del artículo de investigación titulado “EL CASO ARTAVIA MURILLO: ¿Y DÓNDE QUEDA EL CONCEBIDO?!” , el cual ocupó 3er lugar en el Concurso de Investigación Jurídica organizado en el marco del Congreso Internacional de Derecho Civil (Universidad de Lima, 2018).

### 3.1 El Caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El gobierno de Costa Rica, con fecha 3 de febrero de 1995, emitió el Decreto Ejecutivo 24029-S, por el cual autorizaba la práctica de la Fecundación *in vitro* (en lo sucesivo, FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución en ciertos aspectos que generaban controversia ética, como es la fertilización masiva de embriones; la manipulación del código genético; la comercialización de las células germinales; y la expedición de licencias sanitarias para la atención de parejas que deseen someterse a esta clase de procedimientos médicos.

Posteriormente, la técnica fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de Costa Rica el 15 de marzo de 2000. Dicha inconstitucionalidad fue declarada en base a:

- No seguirse el procedimiento formal para la “restricción de derechos y libertades fundamentales”, las cuales debían ser dictadas por el Poder Legislativo y no por un Decreto emitido por el Poder Ejecutivo.
- Las prácticas de FIV, según esta Sala, atentan “claramente” contra la vida y dignidad del ser humano, ya que conciben a este como tal desde la fecundación, por lo que, no debe sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares.
- A partir de una interpretación del artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>30</sup>, la Sala entiende que el término “concepción” comienza con el proceso de fecundación, por lo que es inviable que el Estado siga avalando este tipo de prácticas médicas con los embriones.

Las víctimas, parejas en su mayoría, interpusieron un reclamo internacional ante la Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH), la cual solicitó a la Corte IDH que declarase la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica por prohibir de modo general la FIV, prohibición vigente desde el año 2000.

Es curioso recalcar un punto en esta sucesión de hechos. Si bien se comenzó interponiendo la denuncia a la Comisión por parte de dos parejas de esposos representativos del grupo que denunciaba ante la Comisión Interamericana por la

---

<sup>30</sup> Artículo 4° inciso 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”.

prohibición de la FIV, Ana Victoria Sánchez Villalobos y su esposo Fernando Salazar Bonilla, estos retiraron la petición indicando que al enterarse sobre el procedimiento llegaron a comprender que el embrión es un ser humano desde el momento de la concepción y que la fecundación *in vitro* vulnera su derecho a la vida<sup>31</sup>. No solo esto, sino que recomendaron a las demás parejas a reflexionar sobre este tema pues esta técnica de reproducción asistida pone en juego la dignidad del ser humano, la mujer admite que es difícil aceptar que uno no puede engendrar pero existen otras vías como la adopción por la cual muchos niños son escogidos por una familia.

Al tomar conocimiento del retiro de la petición de esta pareja, la Comisión cambió el nombre de la petición a *Petición 12.361* y luego a *Gretel Artavia Murillo vs Costa Rica*. Lo curioso es que en la misma sentencia de la Corte IDH, no se hizo mención ninguna a este tipo de antecedentes sobre el retiro de la petición de esta pareja (De Jesús *et al*, 2013, p. 143). En términos de imparcialidad y neutralidad hubiera sido más óptimo que se haya hecho mención de este hecho, por lo menos de manera corta, ya que hablamos de que fue la pareja pionera de la denuncia contra el estado costarricense, y que por libre decisión y tras investigar a profundidad el tema, la familia Salazar Sánchez decide retirar la denuncia por considerar que el derecho a la vida del embrión parte desde la concepción.

Posteriormente, la Comisión Interamericana basa su denuncia ante la Corte Interamericana en el sentido de que:

“esta prohibición absoluta [la de prohibir la fecundación *in vitro*] constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres” (Corte IDH, 2012, apartado 2).

Por ello, la Comisión solicitó que se declarase la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 11.2° (“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su

---

<sup>31</sup> Ver enlace: <https://www.aciprensa.com/noticias/mujer-comprende-que-vida-comienza-en-concepcion-y-retira-demanda-contra-costa-rica>

correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”); artículo 17.2° (“Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”); y artículo 24° (“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las excepciones preliminares fueron resueltas por la Corte en su momento, en especial las que se referían a la interposición de acciones de amparo en las Salas Constitucionales de Costa Rica. Ya que, al parecer de la Corte IDH, no “considera irrazonable exigir a las presuntas víctimas que tuvieran que seguir agotando recursos de amparo si la más alta instancia judicial en materia constitucional se había pronunciado sobre los aspectos específicos que controvierten las presuntas víctimas” (Corte IDH, numeral 27). Esto podría llevar a un interés en el pronunciamiento de la Corte, pero no cabe la especulación en esta tesis. Lo que sí es un hecho indubitable es que el Caso Artavia Murillo ha constituido un hito en la interpretación del derecho a la vida del embrión y también de la nueva elucubración jurídica de los llamados derechos reproductivos.

Por último y para sanear todo asunto de forma, la Corte fue resolviendo los temas procesales según los elementos probatorios documentales, periciales y testimoniales que las partes han brindado a fin de pasar a los argumentos de fondo sobre la presunta vulneración de los derechos humanos de los solicitantes.

A fin de cuentas y en nuestra opinión, la Corte IDH, eleva a derecho humano todo deseo de las parejas para concebir un hijo, sin tener en cuenta las contingencias que las técnicas de reproducción asistida puedan ocasionar en el concebido. Discutible o no, pero es la realidad de esta sentencia, dando una redefinición del derecho a la vida del embrión humano e ignorando cualquier reconocimiento de su protección según lo consagrado por la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos.

### **3.2 La protección del embrión desde la fecundación. ¿Arbitrariedad de la Corte IDH?**

Con el avance de la ciencia, el embrión humano es un tema que ha levantado un sinnúmero de debates en diversas ramas de estudio como la biología, la embriología, la filosofía y el derecho. Como cualquier otro tema controversial, este se encuentra plagado de ciertos sesgos ideológicos y testimoniales; sin embargo, no apuntamos a que las subjetividades y afectividades sean suprimidas del todo, sino que “se trata, simplemente, de poner la afectividad al servicio de la verdad y no de las propias comodidades y conveniencias” (Serani, 2001, p. 37). La verdad es uno de los principios generales del Derecho que se encuentra íntimamente ligada a la justicia, pues sin verdad no hay justicia y viceversa. Lo que queremos demostrar, a través de argumentos científicos y jurídicos, es nuestro planteamiento inicial con respecto al Caso Artavia Murillo: el embrión pertenece a la especie humana y, por tanto, merece protección desde el instante de su fecundación.

Ya es conocido el proceso de fecundación como la unión de dos gametos: el espermatozoide (masculino) y el óvulo (femenino), para la creación de un nuevo ser viviente llamado cigoto. En palabras del médico Alejandro Serani: “A partir de la fecundación existe un organismo viviente individual perteneciente a la especie humana... Los organismos vivos son- desde el punto de vista empírico- estructuras unicelulares o pluricelulares, que poseen autonomía particular y una fisiología autónoma, expresada en actividades metabólicas y morfogenéticas propias.” (2001, p. 38). Es decir, hablamos de una independencia en la composición biológica que tiene el embrión separado del cuerpo de la madre, con lo cual el argumento de que el embrión es parte de la madre queda fuera de lugar.

En este sentido, la “teoría de parte de la madre”, al ser una teoría adoptada por las primeras civilizaciones humanas, es considerada, como dice el profesor Enrique Varsi (2014), una teoría desfasada y que no considera la existencia del concebido, pues se trata de dos vidas independientes, la de la madre y la del hijo concebido. Además, el autor observa que debe reafirmarse y así respetarse que el ser humano es toda criatura que proviene de una mujer (p. 165). Se entiende que la teoría de la parte de la madre existió por la falta de alcance científico para determinar qué es lo que la mujer alberga en el proceso de gestación, sin embargo, los años pasan, y con ayuda de la ciencia, se puede saber con certeza que ese organismo es un ser vivo y autónomo celularmente.

La anidación o implantación es el momento en el que el embrión se adhiere a la pared uterina del útero (llamada endometrio) y se consolida en esta para seguir desarrollándose. Así, “la implantación solo afecta el modo de nutrirse del embrión como un todo, el cual existe en su unidad anatómo-fisiológica antes y después de la implantación” (Serani, 2001, p. 38). Por lo que la implantación solo es, por decirlo de alguna manera, el cauce natural que el embrión requiere para su completo desarrollo, siendo ya existente desde la fecundación. Así, suscribimos lo dicho por el profesor Ronald Cárdenas Krenz (2014), indicando que si bien existen quienes plantean que el inicio de la vida humana se daría recién con la anidación, desde un punto de vista lógico no podría considerarse la misma como punto de partida; como ha quedado visto, la implantación es parte de un proceso ya iniciado anteriormente y no recién con ella (p. 210).

En esta línea de razonamiento y expuesto sobre el status del embrión a la luz de la evidencia científica y lógico-jurídica, consideramos arbitraria la decisión tomada por la Corte IDH en tanto argumenta que:

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

Para despejar bien el panorama jurídico, este apartado incluye dos temas que bien pudieron ser tocados por separado: el momento de la concepción, por un lado; y, por otro, el estudio semántico del término “concepción” en la redacción de la Convención. Con respecto a lo primero, pasaremos a cuestionar la falta de la rigurosidad en las concepciones biológicas y ontológicas que argumentó la Corte.

Con respecto a lo segundo, el proceso de redacción del término “concepción” se tocará en el siguiente subcapítulo.

A nuestro parecer, la Corte no supo valorar las razones objetivas de la fecundación como el momento jurídico para darle protección, pues es en este proceso biológico en el cual el embrión se encuentra con autonomía celular para seguir desarrollándose. Por el contrario, creemos que el argumento usado por la Corte es una extensión forzada a la figura de la “teoría de parte de la madre” como mencionamos anteriormente, ya que la Corte IDH entiende que, si “dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas” (apartado 186), llegándose a entender que no debe ser protegido antes. En otras palabras, el embrión se encuentra condicionado a que se implante en el útero materno para que recién allí tenga una protección, pareciendo ser que la Corte expresa su indiferencia sobre lo que sucede momentos antes de la implantación.

Desde la fecundación, ya existe autonomía celular propia y composición genética única; pero fuera de caer en reduccionismos biológicos para sustentar nuestra posición sobre el comienzo de la vida del embrión, lo que se evidencia es una estructura genética propia de ser humano. Ahora bien, no se trata de quedarnos en la estructura biológica para alegar la humanidad del embrión, sino que es necesario dar un siguiente paso. Proteger jurídicamente al ser humano requiere que se le reconozca su estructura existencial, y no solo de ella, sino que, a partir de esta, se reconoce el valor de la vida humana para el Derecho en su conjunto. Todo esto nos lleva a cuestionarnos: ¿Ya podemos hablar de una realidad humana? ¿Su composición biológica autónoma nos lleva a revalorar su dignidad, muchas veces, ignorada o rezagada? ¿Estaremos dejándonos arrastrar por corrientes ideológicas que se encuentra sesgadas ante la evidencia científica?

Como bien se pronuncia la Declaración de Guanajuato sobre la fecundación *in vitro* (2013)<sup>32</sup>: “La vida del embrión humano es, desde el principio humana, pues su naturaleza no se modifica o perfecciona en razón de su crecimiento, desarrollo o suficiencia”. Es decir, la vida del embrión forma parte de la especie humana, como cualquier otro sujeto de derecho, y atendiendo a su sustrato ontológico, no existe tal clase de “mejoramiento” del embrión para ser considerado ser humano. Asimismo,

---

<sup>32</sup>Ver enlace: [www.declaraciondeguanajuato.org](http://www.declaraciondeguanajuato.org)

“Los derechos humanos son universales porque no pretenden que su titularidad no dependa de otra condición que la de pertenecer a la especie humana” (Cianciardo, 2016, p. 186); en este campo de la universalidad es donde entra la dignidad del embrión, pues si lo consideramos como condicionante de la voluntad de otra persona (en este caso, la madre) no podríamos hablar de un derecho humano *per se*, ya que estos se caracterizan por no condicionarse a ningún otro derecho.

Es curioso que, de una lectura de los argumentos sobre el inicio de la vida del embrión, la Corte haya optado por una forma facilista de darle tutela: la implantación. Claro está que la consideración del proceso de fecundación/concepción como momento de inicio del embrión, es apoyada por diversas ramas de estudio. Sin embargo, la Corte IDH ha condicionado que el embrión se encuentre implantado en el útero de la mujer para que, desde este momento, sea merecedor de tutela jurídica. Se trata de una forma arbitraria de determinar los estándares de un ser humano, sin importar que cada cigoto vivo (léase embrión) es un ser humano, con el carácter personal propio y específico de todos los individuos de la especie humana (López Moratalla, 2003, p. 7).

Por otro lado, ni qué decir del sesgo ideológico que otros autores (De Jesús; Oviedo y Tossi, 2013) acusan de los jueces que dictaron esta sentencia; por ejemplo, al menos tres de los siete magistrados de la Corte son conocidos por su poca imparcialidad en el tema. Dentro de su función judicial en el sistema interamericano de Derechos Humanos, Diego García Sayán, Margarette Macaulay y Alberto Pérez Pérez se han pronunciado abiertamente a favor del aborto previamente a emitir la sentencia del Caso Artavia Murillo (p. 144-146). Por ello, podemos dudar de que exista, efectivamente, la debida neutralidad ideológica para poder resolver este tipo de temas tan sensibles. Ojo, no se pone en duda la capacidad moral de estos jueces, pues su trayectoria académica y profesional los han llevado a ser elegidos por la asamblea general de la OEA como los magistrados de la Corte en su momento; sin embargo, es cuestionable que las opiniones personales de ellos sean evidentes con temas tan sensibles como el que nos toca analizar.

Una última arbitrariedad, cuando hablamos de criterios interpretativos en materia de DD.HH, es que la regla general de dichas interpretaciones debe ser restrictiva; es decir, la Corte IDH se encuentra en la obligación de reducir los

márgenes de interpretación al mínimo cuando existan dudas sobre una norma que afecte derechos humanos.

Para efectos de este caso, la misma Corte reconoce que este caso continúa bajo amplio debate científico y académico (apartado N° 180); por tanto, el embrión debe ser pasivo de que su derecho a la vida sea lo más protegido en cuanto al momento de iniciación. Todo lo contrario hizo la Corte, pues los jueces han decidido por la tesis más abierta; en otros términos, defienden con menor rigor el derecho a la vida y prefieren los derechos reproductivos de las parejas para que tengan un hijo; en otros casos, amplían el núcleo familiar bajo las técnicas artificiales de reproducción humana (Zamora, 2015, p. 430). De esta manera, la aplicación de una interpretación más restrictiva en razón a la vulneración de un derecho humano como es la vida, no fue respetada por la Corte por el hecho de que se contraponía con otra categoría recién adaptada como “derecho reproductivo”.

Zamora (2015), en referencia a este caso, critica que este derecho, aparte de no haber respetado los correctos parámetros interpretativos, también vulnera un principio constitucional de jerarquización jurídica en la medida que en este choque entre derecho a la vida y derechos reproductivos, prima el primero sobre el segundo; sin embargo, ante la denuncia planteada por las parejas, los jueces han forzado una interpretación débil del derecho a la vida, “haciendo oídos sordos al criterio de buena parte de la ciencia biológica, que sostiene de forma innegociable, que el ser humano se concibe a partir del embrión” (p. 431).

Si para la Corte, esto es criterio conforme a los parámetros del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entonces ¿qué podemos esperar en futuros casos cuando se quiera alegar violaciones al derecho a la vida del embrión en casos de crioconservación embrionaria, manipulación en la línea germinal humana, tráfico de embriones, etc.? El caso Artavia Murillo deja una ventana abierta a evidentes vulneraciones desde el comienzo de la vida ya que, de no partir por un punto claro con respecto a la la protección jurídica del embrión, deja pie a que futuras técnicas atenten contra el no nacido impunemente.

Por todo lo mencionado, podemos concluir que si bien las técnicas de reproducción, entre ellas la de *in vitro*, se han masificado en estos últimos tiempos, los criterios que ha determinado la Corte no son los mejores acerca de la protección

del derecho a la vida del embrión. Desde un punto estrictamente biológico, existen razones por las cuales se reconoce al embrión como parte de la especie humana, y así, catalogarlo como “ser humano”. Por otro lado, la imparcialidad manifiesta de algunos jueces ha conllevado a no analizar la valoración jurídica-ontológica que tiene el embrión, pues si queremos hacer respetar efectivamente el derecho a la vida de todas las personas, debemos de comenzar por aquellos que son la raíz de toda valoración de lo que entendemos por “humanidad”.

### **3.3 Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los términos “concepción”, “persona” y “ser humano”:**

El artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es la piedra angular sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento y, en gran medida, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (Ferrer Mac Gregor y Pelayo Moler, 2016, p.46). El compromiso que asumen los Estados Partes para respetar los derechos humanos que declara la CADH se encuentra basada en los principios de “*pacta sum servanda*” y “*bonna fide*”; por los cuales todos los Estados Parte cumplen lo dispuesto por los tratados, siendo en este caso en concreto que deben de adoptar las medidas adecuadas para proteger los derechos de las personas.

El inciso 2) del artículo mencionado, consagra que “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”, por lo que, en palabras de Héctor Gros citado por Ferrer y Pelayo (2016): “El espíritu de reconocer y garantizar los derechos del individuo, del ser humano, del hombre de carne y hueso y no de personas jurídicas, de sociedades, de entidades económicas financieras, sociales o culturales. Ese constituye el sentido, objeto y el fin del Convenio” (p. 62). No obstante lo mencionado, estos autores aceptan que si bien fue justificada en su momento esta postura por parte de los redactores del Convenio, es indudable que el término “persona” ha ido sufriendo cambios gradualmente (Ferrer y Pelayo, 2016).

Entre otros cuestionables riesgos, por ejemplo, está el amplio debate que ha suscitado en materia genética la aplicación de la técnica CRISPR-Cas9, una herramienta de edición genética que puede modificar la línea germinal humana. Así, la posibilidad de creación de nuevas patentes científicas ha sido denegada por contravenir con la moral pública como bien lo afirma Peng (2016):

“Although no patent filing for an invention based on CRISPR–Cas9 technology has yet encountered obstacles related to morality, it is possible that such inventions could be excluded from patent protection on moral grounds in some jurisdictions, such as China.” (p. 617).

En China, como en otros países, se ha considerado no proteger estas invenciones ya que el alterar la constitución genética de la humanidad puede devenir en consecuencias inimaginables en perjuicio de la misma, así “Any invention whose exploitation or use may cause detriment to the public or disrupt the normal order of the state and the society would not be granted patent rights in China” (Peng, 2016, p. 617).

Nuestro punto es dar a entender que existen cada vez más técnicas científicas que abren un abanico de posibilidades en cuanto a los derechos de las personas. De hecho, el asunto principal es determinar parámetros claros para que no sean afectados ninguna especie, especialmente, la humana. En un futuro, no sería de sorpresa nuestra que este tipo de casos lleguen a un tribunal internacional para su correspondiente pronunciamiento; por ello, somos de la opinión que estas Cortes deben estar atentas a lo que la realidad social y científica demanda, pero siempre y cuando se respete la integridad de los derechos fundamentales.

En la sentencia Artavia Murillo, parece no haberse entendido que el término “persona” se encuentra en una protección integral de la misma, teniendo un mayor alcance de protección en toda la especie humana, la cual incluye al embrión desde el proceso de la concepción. Siendo no solo el término “persona” que la Corte no lo abarca en su totalidad, sino también el de “concepción” llegando a ser tan ambigüedad que observa lo siguiente:

179. El Tribunal hace notar 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. (Apartado 179°)

En efecto, la Corte reconoce que los avances de la FIV han dejado desfasado el término de concepción como lo tenían, en un primer momento, los redactores de la

Convención Americana; por lo que este tribunal logra formular una nueva interpretación de este término apoyado, entre otras elementos de convicción, en los documentos de peritos que han expuesto su punto de vista sobre la concepción.

Como lo advierte Cianciardo (2016), la Corte IDH sostuvo sus afirmaciones respecto de los hechos de la sentencia *Artavia Murillo* en base, principalmente, a solo un perito, desplazando el pronunciamiento de otros expertos en la materia (p.183)<sup>33</sup>, es más, en la sentencia no existe un pronunciamiento ponderando el debate pericial que se generó con respecto a los términos ligados a la “concepción”, lo único por lo que optó la Corte es dar crédito al único testimonio del perito Zegers quien señaló que “la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión” (Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, 2012, párr. 181°). De la misma opinión es Henríquez (2015), quien cuestiona la imparcialidad del perito Zeger al ser promotor e impulsor de la aplicación de biotecnologías reproductivas en humanos; asimismo, dicho jurista chileno critica que la Corte IDH no brindó mayores razones por las cuales se prefiera su testimonio pericial en desmedro de otros (p.48-49).

Es decir, las actuaciones periciales no fueron las más óptimas para poder dilucidar científicamente este asunto. Es cierto que la Corte puede tomar todas las pruebas que le sean útiles para resolver con claridad el caso (Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1980, artículo 47°); esto incluye un sano debate entre los peritos que afirman premisas contradictorias. Sin embargo, de lo que se desprende de la sentencia *Artavia Murillo*, es que no vemos que se hayan tomado en cuenta todos los presupuestos procesales para encontrar no solo la verdad procesal, sino también la verdad material; es decir, hubiera sido bueno que se concertara un pequeño debate de los peritos sobre la materia controvertida a fin de ilustrar técnicamente el tema. Pero más allá de entrapamientos procesales, lo que se procura es encontrar la verdad de este caso, que no es otra cosa que entender la vulnerabilidad que sufre el embrión al no ser protegido desde la concepción.

Además, entendemos que la jurisprudencia interamericana se encuentra en el deber de interpretar los conceptos a la luz de los nuevos acontecimientos y

---

<sup>33</sup> Vale recalcar que el perito Fernando Zegers Hochschild fue citado por la Corte en más de veinte ocasiones, asimismo, se le cuestiona su imparcialidad y conflicto de intereses en el Caso *Artavia Murillo*. Ver en: Cianciardo, J. (2016). La especificación del derecho a la vida del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos. una aproximación desde el caso “*Artavia murillo*”. *Dikaion*, 25(2), 160-189. 10.5294/dika.2016.25.2.2

tecnologías que encuentran profundos cuestionamientos éticos y legales en la dignidad humana, sin dejar relegado a ningún sujeto de Derecho reconocido. Y es que “la dignidad humana desempeña la función de un sismógrafo que registra lo que es constitutivo de un orden democrático legal”, una comunidad política que tiene el deber de concederse mutuo respeto, bajo el marco de una asociación voluntaria de personas libres e iguales (Habermas, 2010, p.10). En suma, la dignidad humana es el parámetro por el cual se garantiza también la igualdad de los miembros dentro de una sociedad, lo que incluye que el embrión es parte de la misma y, que esa sociedad, debe ser garante de cualquier atentado contra su único y principal derecho: a la vida.

A pesar de esto, la Corte terminó por concluir que “el término “concepción” no pueda ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que el embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede” (apartado 186. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica). En este sentido, la Corte ignora la fase previa a la implantación en la cual el cigoto (convertido en embrión) tiene una vida celular y genética de 14 a 15 días según diversos estudios (López Moratalla, 2004).

Es en esta fase embrionaria en la cual el embrión ya tiene vida y comienza a contar con una dignidad que el Derecho debe tener en consideración para que cualquier práctica médica o científica no vulnere su derecho a la vida. Como concebido, nos encontramos pues ante un ser humano como bien lo afirma el jurista Carlos Fernández Sessarego:

“Todos los sujetos de derecho, ya sean personas por nacer, personas nacidas o naturales o personas organizadas, con o sin inscripción en un registro público, son seres humanos, sin excepción. Es decir que sólo los seres humanos, en cualquiera de sus «cuatro maneras de ser», son sujetos de derecho, con exclusión de cualquier otro ser de la naturaleza” (Fernández Sessarego, 2001, p. 32).

Dentro de los sujetos de derecho a los que se refiere el autor, se encuentra el concebido, por lo que es digno de ser calificado como persona a fin de que el Derecho le otorgue la protección jurídica adecuada. Esto basado en que el ordenamiento jurídico se centra en la persona, en el ser vivo perteneciente a la realidad humana, sin que ello signifique que se le atribuyan más derechos a unos que a otros.

Por otro lado, al hacer una interpretación sistemática de la Convención Americana y la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, la Corte refiere que:

222. La expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos (...) (Sentencia Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012, apartado 222).

En los términos que la Convención Americana refiere sobre la “persona”, la Corte IDH se rehúsa a ampliar el sentido de persona, por lo que el embrión como tal queda desamparado de cualquier protección normativa. Dicha Corte solo da prioridad a las personas naturales, incluso personas jurídicas, entidades económicas financieras, sociales o culturales; sin embargo, ¿qué pronunciamiento se da sobre el embrión? ¿Por qué esta diferencia tan radical? ¿Qué intereses existen para que la Corte no se pronuncie sobre el derecho a la vida del embrión? Así, el criterio de interpretación que la Convención Americana de DD.HH establece con respecto a la “persona”, hace que quede absolutamente excluido el embrión, y pues, de seguir así veremos que muy impunemente se van a ejercer prácticas abortivas, eugenésicas y de manipulaciones genéticas con la total indiferencia que ha generado los criterios de este tribunal interamericano.

Como definimos precedentemente<sup>34</sup>, el embrión debe ser tomado como “ser humano”, aclarando, en este sentido, que para fines semánticos-formales, la Convención Americana de Derechos Humanos ha entendido que “persona es todo ser humano” según el inciso 2º del 1º artículo de la Convención. Yendo más allá de cualquier disquisición lingüística, es importante delimitar la semántica jurídica en consideración al embrión, pues es a partir de su uso en el lenguaje del derecho que se le considerará como sujeto de derecho digno de tutela internacional. Con esto, se evitará cualquier forma de ambigüedad y antonimia que el Derecho trata de contrarrestar, ya que lo que efectivamente se busca es la seguridad y la justicia en el lenguaje jurídico (Centurión, 2016, p. 399).

---

<sup>34</sup> Para mayor explicación, nos remitimos al capítulo n° 2 de la presente tesis.

Asimismo, y como se mencionó en párrafos anteriores, debemos tener presente que la consideración legislativa en Latinoamérica con respecto a la protección del embrión se encuentra ampliamente consagrada en los sistemas jurídicos de los países miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, Durante (2011) concluye que:

“La calificación jurídica del embrión es realmente amplia y, en general, coherente con las características fundamentales normativas de los países de América latina que presentan, sobre la cuestión de la tutela de la vida por nacer, ciertas características generalmente diversas de aquellas que se encuentran en los sistemas europeos o norteamericanos” (p. 266).

Esto coincide con lo aseverado por la Corte IDH en cuanto reconoce que, “Ahora bien, de la prueba aportada por las partes en el expediente, la Corte observa que, si bien la FIV se realiza en un gran número de países, lo anterior no necesariamente implica que ésta se encuentre regulada por medio de normas jurídicas” (Caso Artavia Murillo y otro vs. Costa Rica, sentencia del 28 de noviembre de 2012, apartado 255). Si al no definir con sustento lógico y científico al embrión, consecuentemente la regulación en materia de TERA va a adolecer de imprecisiones legislativas.

Si bien no se encuentra regulada, existe una seria necesidad de legislar las técnicas de reproducción humana asistida, puesto que “de no ser reguladas, pueden generar controversias graves y atentar contra los derechos personalísimos y patrimoniales de las partes involucradas en los procedimientos” (Cieza, 2017, p. 272). Por tanto, se requiere de una regulación reflexiva por parte de cada país miembro de la Convención, y no someternos ciegamente a lo decidido por este tribunal supranacional, pues no hay que entender a la Corte como una especie de legislador interamericano que manifieste lo que debe resolverse dentro de cada país miembro. Por el contrario, debe dar estándares mínimos de protección a los derechos humanos de los sujetos de derecho reconocidos, generalmente, por la legislación de los países de América Latina; es de tener en consideración los términos que los legisladores quisieron otorgarle a cada uno de los sujetos de derechos.

El razonamiento de la Corte, en el apartado 256, concluye que, como no existe muchas regulaciones normativas con respecto a la fecundación *in vitro*, esto quiere decir que se encuentra permitida en todos los países de la región latinoamericana.

Esto es una afirmación no del todo cierta en cuanto existen algunas normas que prohíben ciertas técnicas científicas que atentan contra la dignidad humana; por ejemplo, en el caso peruano se encuentra prohibida la manipulación embrionaria con fines distintos a la reproducción, la clonación humana y el vientre de alquiler en la medida en que no coincidan con condición de madre genética y madre gestante en una misma mujer (Ley General de Salud, 1997, art. 7°).

Como la premisa de la Corte fue que, como no existía abundante legislación en materia de reproducción asistida, se da a entender que se permite cualquier técnica; *ergo*, el embrión, al estar sujeto a estas técnicas, se encuentra protegido de forma gradual y no absoluta, por lo que se desprende que aún no puede ser considerado persona (Caso Artavia Murillo y otro vs. Costa Rica, 2012, apartado 256). Sin dudas, un razonamiento errado por donde se vea, como pasamos a explicar a continuación.

En primer lugar, el hecho que exista o no una legislación sobre la materia *litis* no significa que el embrión no sea merecedor de protección jurídica, su dignidad es independiente de lo que pueda decir una Ley por lo que plantear una ley en TERA solo recoge una realidad que, en la medida que no vulnera otros derechos, es permitida y aceptada en una determinada sociedad. En el Perú, cada vez que se pone en debate esta clase de regulaciones, existe una crispación social al entender que es un tema muy sensible que va más allá de los deseos reproductivos de los padres.

En segundo lugar, el llamado principio de “protección gradual e incremental” que alega la Corte no encuentra un asidero axiológico que todo principio requiere tener; es decir y según el criterio de la Corte, el derecho a la vida se aplica gradualmente en la medida en que se vuelvan personas, por lo que, si el embrión no es persona, ¿qué es? ¿Una cosa, una semipersona, un objeto jurídicamente especial? Somos de la opinión que el embrión no pertenece a ninguna categoría mencionada, por el contrario, nos reafirmamos en que es persona desde lo ontológico, biológico y lo jurídico. Asimismo, la Corte IDH hace mal en no darle una valoración jurídica y moral mucho más profunda que solo delimitarla en su forma de protección.

Por último, la gradualidad en la protección del embrión no puede determinar la condición de persona o no, ya que, de ser así, la Corte estaría basando la protección gradual bajo parámetros estrictamente legalistas, sin fundamentarla en criterios científicos. Cualquiera de las razones, dan la apariencia que la Corte entiende que al

embrión se le otorga su derecho a vivir sin tener en cuenta que, al ser perteneciente a la realidad humana, su condición debe ser reconocida mas no adquirida.

### **3.4 Los derechos reproductivos y la aniquilación del derecho a la vida del embrión. ¿Utilitarismo bioético como opción argumentativa?**

Para la Corte, existe una colisión en la protección del embrión y el derecho de los peticionarios, pues alega que hay una afectación al derecho a la vida privada, a fundar una familia, a la igualdad ante la Ley; como correlato, según la Corte, existe afectación de los derechos reproductivos de los solicitantes a la FIV, a la autonomía de la persona, su integridad y su salud, en caso de no admitiese la fecundación asistida.

Así:

La Corte ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja (...) (Caso Artavia Murillo y otro vs. Costa Rica, sentencia del 28 de noviembre de 2012, apartado 272.)

Reconocemos que existe el derecho de las parejas a tener hijos mediante las técnicas de reproducción asistida; sin embargo, debemos detenernos a pensar sobre todas las posibles contingencias éticas y legales de ser esta técnica permitida de forma irrestricta por cada Estado.

Por ejemplo, a raíz de lo pronunciado en el Caso Artavia Murillo por la Corte IDH, Costa Rica expidió el Decreto Ejecutivo 39210-MP-S del Estado de Costa Rica, con fecha 10 de setiembre de 2015. Observamos un nuevo decreto que autoriza la realización de técnicas de reproducción asistida de FIV y transferencia embrionaria de forma casi irrestricta. Lo peculiar de este documento estatal costarricense es que las características se encuentran delineadas íntegramente con respecto a lo dictado por la Corte IDH en el caso Artavia Murillo, sin agregar ningún matiz legislativo que preserve lo que anteriormente tenía regulado. Así, el anterior D.E 24029-S de 1995, en su artículo 9º, prohibía la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento; por el contrario, en el nuevo decreto ejecutivo 39210 de 2015, no existe ninguna prohibición concreta para evitar la

manipulación embrionaria, dejando solo el mínimo necesario de embriones por fecundar “según los criterios de la ciencia y los estándares aceptados en el plano internacional” (artículo 16° del Decreto Ejecutivo 39210, 2015).

Observamos con preocupación esta disminución en la protección del embrión pues si este es el criterio jurídico que tomarán los países en aras de proteger los “derechos reproductivos” de las parejas, el embrión sería dejado de lado en cualquier ámbito de tutela jurídica desde el momento de la fecundación. Es más, la supervisión del cumplimiento de la sentencia por parte del estado costarricense ha significado un vaivén en los procesos judiciales y legislativos sobre el mismo<sup>35</sup>, puesto que la sentencia Artavia Murillo exhortaba al estado costarricense a que regulara en materia de fecundación *in vitro*; sin embargo, este proceso solo debe pasar por la decisión del Poder Legislativo, ya que se encuentran comprometidos derechos fundamentales de las personas. La presión ejercida por la Corte IDH para hacer cumplir su sentencia ha hecho que, hasta el momento, dicha regulación se promulgue por parte del Poder Ejecutivo, lo cual, abiertamente, constituye una deficiencia formal en materia legislativa. Por esta razón, dicho decreto ejecutivo costarricense fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Costa Rica; sin embargo, la Corte IDH ha declarado que este decreto debe ser reconocido por el Estado de Costa Rica. Dichos y desdichos que generan una confusión normativa perjudicando, sobretodo, a los seres humanos involucrados en estas técnicas.

Ahora bien, es necesario remarcar que, si bien las técnicas de reproducción asistida fueron creadas con un fin loable, en la actualidad su uso se encuentra distorsionado, ocultando riesgos tanto para el concebido como para la salud de la madre (Cárdenas, 2015, p. 29). Las técnicas de reproducción asistida deben ser tomadas con el mayor cuidado posible, ya que encontramos comprometidos no solo el derecho de los solicitantes a dichas técnicas, que (valgan verdades) se encuentran blindados por la jurisprudencia internacional de la Corte IDH; sino que también debemos voltear la mirada al concebido, a considerarlo en los procedimientos médicos para que no se atente contra cualquiera de sus derechos.

---

<sup>35</sup> Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de 26 De Febrero De 2016, Caso Artavia Murillo Y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, Supervisión De Cumplimiento De Sentencia. Ver en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia\\_26\\_02\\_16.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf)

Todo lo mencionado, ¿significa que no se debe acudir a ninguna técnica de reproducción asistida? Pues no, lo que no debemos hacer es caer en el sesgo de la Corte IDH, pues esta solo se enfoca en la salud de los peticionarios (personas naturales), exhortando que se disminuya los riesgos que se causan a estos en el procedimiento de fecundación asistida. Dicha línea argumentativa conlleva a que la Corte concluya que “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”, lo que simboliza la minusvaloración del embrión en estos procedimientos de fertilidad (Caso Artavia Murillo y otro vs. Costa Rica, sentencia del 28 de noviembre de 2012, apartado 315).

Si seguimos este mismo criterio para futuras prácticas de fecundación asistida, se corre el riesgo de caer en un utilitarismo bioético, el cual genera un choque entre una frívola filosofía utilitarista y principios bioéticos de amparo al ser humano. Esta corriente filosófica, incluso llega a infiltrarse en las consideraciones jurídicas de la Corte IDH, puesto que se vislumbra una cuota de arbitrariedad en la decisión de atender solamente a los derechos reproductivos y de libertad personal de las parejas solicitantes en menoscabo de los embriones; asumiendo el sacrificio de una mayoría en perjuicio de una minoría (Valdéz, 2017, p.254).

Como preámbulo, nos gustaría esbozar una definición de lo que significa la ética utilitarista, según la explicación de Valdéz (2017),

“Es una doctrina consecuencialista; su criterio de corrección moral está determinado por los resultados o consecuencias de una acción, y en la deliberación bioética enfrenta la tarea de conciliar los intereses diversos de las personas, sobre todo cuando sus urgencias e inclinaciones personales no coinciden o, definitivamente, se oponen a la mayoría” (p. 244).

Por lo mencionado, observamos que se aplica esta corriente filosófica en ciertos criterios de la sentencia Artavia Murillo, en tanto se valora como correcto el deseo de los peticionarios a constituir una familia, a tener un hijo por medio de las técnicas de reproducción asistida. Esto es una petición válida, pero debe ser analizada con mucho cuidado ya que los deseos de las minorías peticionarias a las prácticas de TERA, al basarse en un principio de moral común, pueden hacer caer en el riesgo de agotar y jerarquizar estos deseos en orden a su propio bienestar o felicidad de las

parejas solicitantes. El problema es que, muchas veces, el principio de utilidad, a primera vista, “colisionan con principios que señalan mandatos categóricos de orden deontológico, como, por ejemplo, respetar la dignidad de las personas, los cuales también pueden ser considerados meta-criterios de solución de conflictos morales” (Valdés, 2017, p. 253).

En el primer caso, la arbitrariedad de la Corte IDH lleva a conclusiones en la que esta “entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que el embrión no tiene ninguna *posibilidad de supervivencia* [la cursiva es nuestra] si la implantación no sucede”. (Caso Artavia Murillo y otro vs. Costa Rica, sentencia del 28 de noviembre de 2012, apartado 187). Fíjese que la Corte se pronuncia sobre una supervivencia del embrión al no llegar a ser anidado en el útero de la mujer; contraviniendo toda evidencia científica de que el embrión es un ser autónomo biológicamente, como lo hemos expuesto en el primer capítulo de la tesis. Este criterio da pie a que se legitime que los llamados “derechos reproductivos” de los peticionarios sea legítimo, en cuanto los primeros 14 o 15 días de haberse fecundado el óvulo, el embrión se encontraría desamparado jurídicamente. Pues claro, bajo este criterio también sería legítimo la manipulación embrionaria con tal de que sea para fines curativos; es decir, lo que la Corte busca es una razón que atienda a la felicidad de las minorías (parejas infértiles) desprotegiendo la dignidad de los embriones en este tipo de técnicas reproductivas.

La Corte, arbitrariamente, refiere que el embrión debe sobrevivir para llegar a ser protegido; es decir, es como un ser vivo medio muerto que solo tiene vida plena en la implantación endométrica. Este argumento judicial desconoce que ya existe autonomía genética, celular y morfológica del embrión desde el momento de la fecundación. El ser se encuentra constituido biológicamente, lo único que necesita es de la cooperación de la madre para continuar con su proceso natal. Ojo, hablamos de cooperación y no de condición, dos adjetivos distintos por los cuales expresan la realidad vital del embrión y la importante, mas no fundamental, participación de la mujer para la continuación de su desarrollo.

En el segundo caso, la doctrina utilitarista se encuentra con una dificultad teórica evidente: el principio de utilidad parece justificar la imposición de un gran sufrimiento para las minorías en función de favorecer a la mayoría (Valdés, 2017, p.

254). La Corte, a nuestro modo de ver, se apega con exceso a este tipo de corriente filosófica que ha infestado la teoría bioética. Así, en el Caso Artavia Murillo, la Corte considera que “si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad.” (apartado 296.); el hecho de no poder concebir a un hijo de forma natural, según la Corte IDH, da el derecho a hacerlo por medios de reproducción asistida sin importar la vida del embrión; en otras palabras, ¿es justificado que el derecho de la mayoría de las mujeres a una autonomía reproductiva debe permanecer sin tomar la condición minoritaria del concebido en su etapa prenatal?

La sentencia refiere que la feminidad es asociada indiscutiblemente a la capacidad reproductora de la mujer, resultando discriminatoria esta característica; por tanto, llega a concluir que: “en el presente caso se está ante una situación parecida de influencia de estereotipos, en la cual la Sala Constitucional dio prevalencia absoluta a la protección de los óvulos fecundados sin considerar la situación de discapacidad de algunas de las mujeres” (apartado 297). Este tribunal internacional pretende sobreponer la protección del derecho de las mujeres y parejas a tener un hijo, como parte de su derecho a la vida privada, en perjuicio de vulnerar la realidad de los óvulos fecundados. Es evidente que la argumentación es conforme al criterio de la anidación como comienzo de la vida para la Corte IDH; sin embargo, la ponderación de la Corte para preferir la autonomía privada de las mujeres crea una visión egocéntrica de protección a este derecho humano. Se aclama por solo un derecho, y nada más que este para mayor plenitud de los padres, ¿esta línea argumentativa no estaría por la senda de convertirse un derecho absoluto? Un derecho absoluto que, sin mayor duda, la Corte lo consolidó para mal en aras de salvaguardar la “autonomía reproductiva” de la mujer ya que le irroga el derecho reproductivo ilimitado a la mujer para reproducir cuantos hijos quiera, por medio de las técnicas de reproducción asistida, sin ningún tipo de valoración entre los beneficios y contras de estas técnicas.

Por el contrario, para elevar la autonomía reproductiva como derecho humano, debe haber una mesurada consideración de todos los actores intervinientes, y no enfocarse en un grupo determinado. Pues estamos ante un caso en el que no solo se encuentra el testimonio desgarrador de la mujer infértil, sino que tenemos también al

concebido como centro de esta técnica médica siendo poco ético que se limite su derecho a la vida por sobreponer los deseos reproductivos de la mujer o parejas. Como vemos, la sentencia comenta sobre una autonomía reproductiva que no analiza las demás variables que deben ser tomadas en cuenta. Es más, ni siquiera se profundiza sobre otras alternativas subsidiarias a la autonomía reproductiva como es el caso de la adopción, por la cual optaron dos parejas como consecuencia del impedimento natural de fertilización (Caso Artavia Murillo, 2012, apartado 100-105).

Todo ello nos lleva a reflexionar que, mediante el discurso de una incapacidad por parte de las parejas para reproducirse, la Corte llega a relegar la dignidad de un ser vivo como es el embrión, creando la persuasión de un falso dilema: “o bien se elige los derechos reproductivos de las parejas o bien se defiende la condición del embrión, el cual no es merecedor de tutela jurídica hasta el momento de la anidación en el útero materno”.

Aparentemente, en un primer momento, se elegirá el proceder de la pareja pues, como se plantea, la condición ontológica y jurídica del embrión es, prácticamente, nula. A pesar de ello, la premisa debe buscar alternativas por las cuales no se trate de satisfacer los intereses de una mayoría en perjuicio de una minoría. La ciencia debe ser cautelosa en cuanto a las técnicas reproductivas, otorgarles las expectativas de cooperar a crear una vida, pero no irrogarse ser los dueños de la misma para decidir quién vive o no.

Los embriones, como seres vivientes desde el momento de la fecundación, son apartados de la protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de la defensa por parte de la Comisión de Derechos Humanos, y de la protección en la jurisprudencia de la Corte IDH. Es decir, los embriones constituyen una minoría que se encuentra constantemente relegada de las prácticas médicas con un alto contenido cuestionable de ética y legalidad.

Por último, de lo leído en los testimonios de los demandantes, encontramos un sinfín de problemas que estos relatan, desde aspectos económicos por los cuales no se podría asumir el costo de la FIV hasta testimonios, seguramente desgarradores, de los aspectos familiares-emocionales que las personas han sufrido por verse

impedidos de acceder a este procedimiento<sup>36</sup>. Si bien es una realidad difícil y conmovedora, no encontramos legítimo adoptar posturas netamente utilitaristas, por las cuales se quiera beneficiar a un número de parejas para que el Estado sea quién apoye la fecundación asistida de estos, sin que medie ningún reparo sobre la otra cara de la moneda: el embrión. Dicho en otras palabras, no debemos caer en subjetivismos para analizar el panorama íntegro de este asunto, ya que las técnicas humanas de reproducción asistida comprometen no solo los derechos de los solicitantes sino también del concebido como parte central de satisfacer los deseos de los solicitantes de ser padres.

El utilitarismo tiene como base la felicidad de un grupo de acuerdo a las consecuencias morales que de este se desprende, vale decir que en la medida de que un acto haga feliz a un grupo de personas, dicho acto será reputado como moralmente bueno. Claro está que, agotar toda reflexión ética bajo el paraguas del utilitarismo bioético no nos permite abarcar con integridad el asunto de los derechos del concebido; por tanto, somos de la opinión que, ante este tipo de controversias éticas, debemos volver a reflexionar en torno a cómo dichas técnicas cooperan a un respeto a la dignidad humana, o; por el contrario, si los avances científicos-tecnológicos solo logran satisfacer las necesidades de un determinado grupo, con la apariencia de que la satisfacción de dichos intereses son los únicos para catalogar el llamado “progresismo científico”.

Como solución, proponemos una línea de argumentación que vaya de acuerdo a la fundamentación antropológica que requiere la bioética. En este sentido, la bioética personalista basa su fundamento en la protección de la persona, especialmente, hacia el más vulnerable o desprotegido (Millán-Atenciano y Tomás y Garrido, 2012, p.166). En esta línea de razonamiento es que debió estar basado el caso Artavia Murillo; no encontramos ninguno de los presupuestos que la bioética personalista promueve en atención a la dignidad de la persona. Es cierto que existe un cuidado y protección en las parejas solicitantes de la FIV, pero esto es solo una cara de la moneda pues, por el otro lado, el embrión queda totalmente desamparado con la nueva interpretación del término “concepción” que desarrolla la Corte IDH.

---

<sup>36</sup> Ver apartados 126; 298; 301; 304. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Llegados a este punto, vale cuestionarnos sobre la valoración axiológica que interpreta la Corte IDH con respecto al artículo 4 de la Convención Americana sobre DD.HH, es, pues, necesario una reformulación sobre su criterio jurisprudencial puesto que debe abarcar diversos criterios de orden científico, antropológico, bioética y jurídico para su debida protección desde el momento de la concepción.

### **3.5 La “Declaración de Guanajuato” frente a la sentencia del caso “Artavia Murillo”**

La Declaración de Guanajuato (en adelante, “La Declaración”) surge a partir de la publicación de la sentencia Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con fecha 20 de abril del 2013, en la ciudad de Guanajuato-México, se congregaron diferentes especialistas en las áreas de biología, medicina, filosofía, derecho, académicos y científicos en general, a fin de debatir sobre el último pronunciamiento de la Corte IDH con respecto al derecho a la vida del embrión y su cuestionable criterio de protección.

Dichas reflexiones ponen en evidencia los puntos controvertidos que la Corte Interamericana parece no haber tenido en cuenta al momento de interpretar no solo la condición jurídica del embrión, sino también su dignidad humana. Asimismo, como parte de los objetivos a los que esta declaración apunta, se encuentra el de “postular diversos principios o ideas relevantes que deben considerarse por cualquier órgano nacional o internacional que tenga a su cargo la interpretación, promoción y defensa de los derechos humanos” (Declaración de Guanajuato, 2013).

Analizaremos los diez puntos de esta Declaración, de manera tal que pueda servirnos de apoyo en el debate sobre el caso Artavia Murillo.

Como primer punto, la dignidad es el fundamento base para poder analizar la cuestión de los derechos humanos, tanto es así que “Ni siquiera la libertad, la igualdad, o incluso la justicia, son capaces de soportar por sí mismas todo el sistema normativo que suponen los derechos humanos” (Declaración de Guanajuato,2013). Muchas veces se trata de resolver cuestiones de derecho bajo el argumento de la igualdad, libertad o incluso la justicia; sin embargo, somos de la opinión que esto es insuficiente en la medida que se olvida el principio fundante de toda la estructura normativa de los DD.HH: la dignidad humana. Por ello, se insta a los órganos

judiciales nacionales e internacionales tomar en cuenta dicho criterio, pues de lo contrario, la solución judicial no encontraría una solución integral del tema a discutir.

Un segundo punto, es que es importante hacer la aclaración que la vida del embrión es humana desde siempre; es decir, su “naturaleza no se modifica o perfecciona en razón de su crecimiento, desarrollo o suficiencia; en consecuencia, merece desde el principio la protección que ofrecen los derechos humanos” (Declaración de Guanajuato, 2013). Como se aprecia en la sentencia Artavia Murillo, la Corte entiende la existencia del embrión solo bajo la dependencia de que se encuentre en la matriz de la madre; esto, nos lleva a cuestionarnos sobre la naturaleza del embrión, si es que es una vida dependiente o no. La Declaración es enfática en reconocer que, con los avances de la ciencia embriológica, es menester plantear la defensa del embrión, siendo el derecho a la vida el primer y más básico derecho dado su estado de vulnerabilidad.

El tercer punto enfoca directamente la crítica al nuevo criterio de la Corte IDH en cuanto al término “concepción” consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre DD. HH, el cual debe ser entendido en su sentido original considerado por los Estados miembros a la hora de su creación en el año 1969; es decir, como la unión del espermatozoide y el óvulo, y no desde el momento de la implantación. Creemos que este es el criterio más correcto porque lo consagrado, en el nacimiento de la Convención Americana, da la certeza que los derechos humanos son inmutables. No se llegue a creer que los derechos se encuentran sujetos a los vaivenes de los distintos contextos históricos, políticos, económicos y sociales; pues no, lo que caracteriza a los derechos humanos, entre otras cosas, es que son inmutables de la coyuntura actual dado su carácter ínsito de la realidad humana. Por eso, la implantación no es concepción. En una errada interpretación, afirma la Corte que “la implantación cierra el ciclo de la concepción que, entre otras cosas, permite diagnosticar el embarazo. La práctica misma de las TRHA demuestra que el desarrollo del embrión se inicia desde la fecundación” (Declaración de Guanajuato, 2013). Lo que nos da certeza, como sociedad global, es que podemos avanzar hacia el respeto de la dignidad humana en la medida en que estemos seguros de que los criterios de protección jurídica no van a cambiar en razón de un grupo pequeño de jueces, sino que estos deben estar vigilantes a que ningún derecho sea vulnerado por más que los tiempos cambien.

Un cuarto punto es que, la Declaración de Guanajuato es prudente al recordar que ningún instrumento internacional en materia de derechos humanos avala la discriminación; en esta línea de razonamiento, “no hay razón que justifique la distinción que, en el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), se haga entre el embrión cuya implantación se procura y los embriones que son desechados o crio conservados” (Declaración de Guanajuato, 2013). Así, se termina concluyendo lo condenable de estas acciones y se pide una firme intervención de las autoridades pues de seguir avalando la discriminación sobre los fines para los cuales se ha sido creado el embrión termina siendo absolutamente reprochable. Es decir, éticamente, ¿quién es el hombre para decidir qué embrión es implantado en el vientre materno y qué embrión es apto para ser congelado y posteriormente manipulado? Básicamente, la Ciencia ha dado un inmenso poder al hombre, por lo que necesitamos cuestionar este poder para que no llegue a ser arbitrario en otros seres.

Sobre el quinto punto, se declara la independencia de los derechos humanos en el sentido de que su “legitimidad, existencia, vigencia y pertenencia de cada uno dentro del sistema jurídico no depende de la legitimidad, existencia, vigencia y pertenencia de otro” (Declaración de Guanajuato, 2013). Así, la Declaración hace bien en diferenciar entre correlación con independencia, por tanto, los derechos reproductivos se relacionan, entre otros, con el derecho a la vida privada; empero, ello no significa que los primeros estén condicionados por el segundo. En otras palabras, una de las condiciones para la determinación de los DD.HH es que se encuentran libres de estar sujetos unos entre otros, no se admite una “jerarquización” en estricto sobre los mismos pues todos valen por igual si es que el norte de estos es la dignidad humana.

En sexto lugar, el criterio esgrimido en el párrafo anterior, justamente, no significa que, ante circunstancias especiales, pueda haber una ponderación de derechos conforme, no a las circunstancias del momento, sino a la dignidad de la persona. En suma, lo que la Declaración de Guanajuato expresa es que los derechos humanos no pueden ser catalogados de forma dependiente *a priori* uno de otro, esta valoración jurídica es necesaria para la correcta interpretación en casos controvertidos como lo es el caso Artavia Murillo.

Un séptimo punto es que, históricamente, ha existido una real “lucha entre autoridad y libertad, que ha dado lugar a la irreconciliable división entre vida pública

y vida privada como si los derechos humanos pudiesen ubicarse exclusivamente en alguno de esos espacios” (Declaración de Guanajuato, 2013). Se concluye que los derechos humanos no son exclusivos ni de la vida pública ni de la privada. Así, si los derechos reproductivos se encontraran bajo el ámbito público, solo serían plenas potestades o concesiones que el Estado les otorga a las personas; como vimos, los derechos humanos no se crean, sino que se reconocen. Por otro lado, si tales derechos estuvieran enraizados en el ámbito privado, estos serían vistos como productos del consenso social, lo cual es un disparate al entender que los derechos humanos van más allá de cualquier concertación social ya que es el iusnaturalismo su fuente primaria de creación. Por tanto,

“todo lo relativo a los derechos humanos, y en particular a los derechos reproductivos, tiene algo de público y algo de privado. Indudablemente en su ejercicio interviene la libertad personal, pero el hecho de que el Estado se preocupe de su reconocimiento, protección y promoción demuestra que en ellos también hay algo de público, es decir de justicia” (Declaración de Guanajuato, 2013).

El punto octavo, por su parte, demuestra el poco uso de criterios científicos para valorar el estudio del embrión producto de fecundación asistida. Asimismo, la Declaración hace bien en resaltar que, para que un tribunal (nacional o internacional) analice objetivamente la protección de los derechos humanos, se debe basar en criterios de rigurosidad científica proporcionados por expertos científicos adscritos a instituciones con fines académicos o investigativos que permitan una correcta apreciación de los hechos y las circunstancias. Por ello, en el caso Artavia Murillo, la Corte erróneamente,

- a) Se apoya en fuentes no científicas para definir la concepción; no existe el uso bibliográfico de revistas de gran prestigio entre la comunidad científica como *Science*, *Nature*, *Human Reproduction* no fueron citados en la sentencias. Valgan verdades que, existen numerosos artículos citados que coadyuvan a un mejor entendimiento sobre la materia, desde nuestra perspectiva creemos que la Corte solo se limitó a establecer su posición a partir de los criterios periciales principalmente, así como se tomó más relevancia a testimonios que en estudios de rigurosidad científica.

- b) Incorrectamente, se afirma que “Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera de la mujer” (Nº179), siendo que ya en el año 1934, el Dr. Gregory Pincus realizó experimentos en conejos. Es cierto que la experimentación en animales y humanos se desenvuelve de forma distinta, pero, bajo ese criterio, no tendríamos en la lupa todos los experimentos que hasta el día de hoy se van dando en animales y que poco a poco se experimentan en humanos. Como bien lo afirman diversos especialistas en las ciencias de la salud,

“La mayoría del conocimiento que poseemos sobre fisiología, endocrinología, bioquímica, etc., procede de la experimentación animal. En gran parte de los experimentos, el animal actúa como sustituto del hombre y se le denomina Modelo Animal. La relevancia de los resultados obtenidos en los experimentos con animales depende de la selección del Modelo adecuado y la capacidad de extrapolar [a los humanos] los resultados dependen de este modelo y de la naturaleza de la investigación” (Galvizu, Villar, Plascencia, 2011, p.394).

Así, es un hecho que, a partir de 1934, con la experimentación en conejos de la FIV, solo era cuestión de tiempo para que las experimentaciones con humanos se den en este campo científico. Los Estados miembros se adelantaron a este proceder consagrando, primigeniamente, la protección del concebido desde la concepción y no la implantación.

- c) Sostiene que todas las células del embrión de dos semanas son idénticas (Nº 184, pies de página 280°), cuando la realidad embrionaria es otra pues hablamos que en realidad hay cientos de células y estructuras biológicas tan distintas como las membranas placentarias, y la complejidad que abarca las estructuras del embrión en cuanto al ectodermo, endodermo y mesodermo.
- d) Se confunde el óvulo fecundado con el blastocisto (Nº 180) y se afirma que el embrión en su fase inicial, todas sus células son idénticas, lo cuales se refuta que existe, en el momento de la aparición

del embrión, este tiene dos células, “define la formación del embrión y la otra célula es la base para la formación de la placenta y las membranas placentarias”

Del noveno punto de la declaración, se desprende que, dada la desprotección jurídica del embrión conforme al respeto por los derechos humanos, existen riesgos latentes en el futuro de los embriones cuando no llegan a ser protegidos desde la concepción. Protegerlos a partir de la implantación abre paso a condenables acciones como “el tráfico ilegal de embriones humanos, la compraventa de los mismos o su disposición por los laboratorios sin el permiso de los padres biológicos, ni de los padres adoptivos”.

Como último punto, la Declaración termina por expresar que existe un genuino interés por buscar la verdad y realizar el bien en la labor de cada profesional. Se exhorta a la reflexión de los principios que se acaban de esgrimir, de tal forma que guíen el actuar de los organismos encargados de proteger los derechos humanos, en especial, los derechos reproductivos.

### **3.5 Cumplimiento de la sentencia Artavia Murillo en el ordenamiento interno peruano**

Lo analizado anteriormente deja serios cuestionamientos sobre la imparcialidad en como la Corte IDH mantiene una postura sobre los hechos jurídicos en materia de derechos humanos. Se critica el constante activismo judicial que mantiene la corte en resolver casos polémicos de los países sujetos a su competencia, ignorando muchas veces la legislación interna de los derechos comprometidos en controversia. Es así como en estas últimas décadas, la doctrina del control de convencionalidad ha sobrepasado márgenes en los que se reclama una soberanía vulnerada de los Estados Miembros de la Convención Americana sobre DD.HH.

En la realidad político-jurídica del Perú, sin perjuicio de reconocer la valía de diversas sentencias, existen severas críticas sobre los fallos de la Corte IDH: agotamiento de la vía interna del derecho peruano (Medidas Provisionales respecto del Perú. Caso Durand y Ugarte vs. Perú, de 8 de febrero de 2018); la opinión consultiva sobre matrimonio homosexual e identidad de género (Opinión consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017); la indemnización a terroristas condenados

por la justicia peruana (Caso Lori Berenson vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004); entre otros.

Por un lado, nuestra Constitución peruana en el artículo 55° afirma que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional; del mismo modo, en el cuarto apartado de las disposiciones finales y transitorias de la carta magna consagra que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales que son ratificados relativos a la misma materia, lo cual quiere decir que la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) encuentra un molde correcto en el derecho interno peruano ya que este fue ratificado por el Estado Peruano en 1978, siendo que en 1981 reconoce la competencia contenciosa de la Corte IDH<sup>37</sup>. Del mismo modo, el Perú debe seguir las pautas de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en sus procesos constitucionales<sup>38</sup>.

Teniendo todo esto en cuenta, el constitucionalista Cesar Landa opina que el ordenamiento peruano debe amoldarse al criterio convencional, pues existe un derecho a la vida en la interpretación de la Corte IDH de manera progresiva y proporcional con los derechos y libertades de la madre (2016, p. 96). El autor sostiene lo dicho en función a que el impacto que genera las sentencias del tribunal interamericano puede variar de acuerdo con el objeto protegido o la violación del derecho humano que se quiere reparar (Landa, 2016, p. 96).

Nuestro propio ordenamiento jurídico mantiene una posición distinta a lo determinado por la Corte IDH, como bien se puede apreciar en la vasta jurisprudencia y doctrina civil y constitucional peruana anteriormente analizada. Esto no quiere decir que aleguemos nuestro propio ordenamiento interno para desconocer lo pactado en los tratados, sino mandar una invocación a la Corte a respetar a los sujetos de derecho que sus países miembros consagran internamente.

---

<sup>37</sup>Ver:[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm)

<sup>38</sup> Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.- “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

Lo que ha ido generando esta clase de fallos jurisdiccionales es una gradual ilegitimidad en la aceptación del activismo judicial de la Corte IDH, lo que en palabras de Ian Vasquez (2018), “por más que uno pueda o no estar de acuerdo con algunos fallos, muchos son debatibles y es dudoso que los signatarios del acuerdo que estableció la Corte IDH hayan tenido en mente una misión tan amplia para esta”<sup>39</sup>.

Paradójicamente, juristas que se encuentran abiertamente a favor de esta sentencia, critican a la Corte IDH con respecto a dicha resolución de supervisión de cumplimiento, tachándola incluso de “defectuosa” al concluir que la Corte IDH no tiene competencia para restaurar la vigencia del Decreto 39210-MP-S, el cual fue declarado nulo por la Corte Suprema de Costa Rica (Villanueva, 2018, p. 165). Villanueva (2018) reconoce que el Derecho, “es también resultado de las decisiones de las autoridades normativas, como las que toman los jueces costarricenses, aunque dichas decisiones no sean siempre las correctas” (p.166). En este sentido, la autora concluye que, a pesar del activismo judicial de la Corte IDH, este debe ser llevado dentro de los parámetros que fija el Derecho, lo que implica respetar las normas de su competencia.

Lo que la Corte IDH determina para cada caso en concreto es la responsabilidad internacional del Estado infractor, la cual siempre debe circunscribirse a lo ratificado por la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, torturas los daños son evidentes a las violaciones a los DD.HH, pues solo vale acreditar la acción u omisión por parte de algún agente del Estado infractor para establecer que se atenta contra los derechos y libertades de las víctimas.

Sin embargo, en el caso Artavia Murillo, la Corte, sesgadamente, observa esta restricción por parte del Estado costarricense sin entender la razón y medida que se procuró; es decir, en todo momento la Sala Judicial de Costa Rica buscó salvaguardar la dignidad del embrión. Tanto es así que no deja ningún margen de apreciación a los Estados para aplicar su soberanía en materia de Derechos Humanos; es decir, con este tipo de fallos lo único que genera la Corte es que se le

---

<sup>39</sup> Ver enlace: <https://elcomercio.pe/opinion/mirada-de-fondo/corte-interamericana-costa-rica-ddhh-matrimonio-debilita-ian-vasquez-noticia-494971>

impida al Estado sujeto a su competencia que deje de proteger lo que este cree que es merecedor de tutela jurídica.

El sujeto de Derecho en cada país miembro se va consagrando fruto de una reflexión jurídica que aglomera distintos criterios de índole científica y filosófica, de manera que, a la hora de reflejarlo en su propia legislación, este sea un resultado visible de lo que cada pueblo preconiza según los parámetros de la dignidad humana. El concebido es el primer sujeto de Derecho consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, tanto desde una consagración constitucional hasta la fundamentación en la norma civil.

## **CAPÍTULO IV: HACIA UNA MAYOR PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DEL EMBRIÓN**

Tras un recorrido por la dignidad del embrión y su impacto en las técnicas de reproducción asistida, pasamos a esbozar algunos apuntes sobre la Corte Interamericana en relación al tratamiento que tiene con respecto al derecho a la vida del embrión, siendo el caso *Artavia Murillo* aleccionador en ese sentido.

Basta hacer un seguimiento cotidiano a las noticias en materia científica y tecnológica para entender que la moral y la ciencia no siempre tratan de armonizar en cada técnica inventada. Y es que, al parecer, el Derecho se queda relegado a los avances científicos, pero es ahí donde la Bioética brinda una mano salvadora para defender la dignidad de la persona en cada paso que da la Ciencia.

El propósito de este capítulo es ampliar el panorama a la comunidad académica sobre el respeto al derecho más esencial que merece el concebido: la vida. Dado los avances en materia de derechos y libertades, parece ser que el derecho a la vida no llega a ser muy claro en ciertos casos; sin embargo, somos partidarios de que, mediante un análisis más concienzudo al respecto, podemos ser capaces de delimitar el justo derecho de las personas.

En primer lugar, pasaremos a desentrañar la teoría de los “conflictos de derechos”, si su colisión es real o, simplemente, parte de un falso dilema entre los mismos.

Dando un paso más allá, la presente tesis opta y exhorta a una actualización en las materias a resolverse; es decir, no podemos pretender avanzar en la protección de derechos si no encontramos las bases, suficientemente objetivas y actualizadas, para que un organismo jurisdiccional logre la efectiva protección de la persona como sujeto especial del derecho internacional de los derechos humanos.

Por último, proponemos mejores criterios jurídicos de protección con respecto al derecho a la vida, resaltando la importancia de la Bioética como disciplina que estrecha lazos entre la ciencia y la ética, los cuales han ido por cuerdas separadas en los últimos tiempos.

## **4.1 Mirada holística entre la dogmática sobre conflicto de derechos. El falso dilema entre Derechos reproductivos vs. Derecho a la vida**

### **4.1.1 La dignidad humana como eje de todo derecho fundamental**

Los derechos fundamentales han sufrido embates a lo largo del siglo XX, principalmente por las consecuencias bélicas, las cuales han socavado el significado de la dignidad humana. Por ello, el respeto por los derechos fundamentales es la principal garantía de limitación al poder estatal. La inalienabilidad parte de la premisa que estos son reconocidos por el Estado, dada la condición de “derechos naturales” de los cuales ostentan; por ello, las constituciones que siguen después de la segunda guerra mundial ha consagrado dicha dignidad humana como centro de su ordenamiento político-constitucional.

Así, es preciso anotar que “Uno de los rasgos sobresalientes del constitucionalismo de la segunda postguerra es la elevación de la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional, y por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental...” (Fernandez Segado, 1996, p.11). El fundamento de los derechos fundamentales se basa en la llamada *dignitas* humana, de conocida raigambre kantiana y adaptación por parte del humanismo cristiano.

Asimismo, una voz autorizada en cuanto a la consagración de los derechos fundamentales es la del filósofo alemán y padre del constitucionalismo moderno de occidente, Karl Lowenstein (1965), quien nos advierte que siempre que los “derechos del hombre” o “libertades fundamentales” que giren en torno a

“la familia, al matrimonio, a la religión y a la educación, se trata más que de libertades individuales de instituciones básicas del orden social liberal occidental, siendo anteriores a cualquier constitución; cualquier alusión constitucional tiene, pues, tan solo valor declarativo... En su totalidad, estas libertades fundamentales encarnan la dignidad del hombre” (p.390).

Nótese que los derechos fundamentales giran en torno a la dignidad de la persona como eje central. Y es que somos de la opinión de que la dignidad es el fundamento para analizar cualquier derecho esencial del ser humano; cualquier otro criterio de interpretación sobre los derechos humanos no hace más que desviar el correcto camino del respeto a la persona.

Filosóficamente, la dignidad, en términos kantianos y según lo analizado por James Rachels (2007), implica que el valor del ser humano es absoluto en cuanto va más allá de cualquier precio, por lo que debe ser tratado como un fin y nunca solamente como un medio. Por esta razón, es que este autor concluye que debemos buscar el beneficio hacia otras personas, respetar sus derechos, evitar dañarlos; en general, buscar fomentar los fines ajenos (p. 212).

A pesar de que el mismo Kant catalogue a las personas como seres racionales para reconocer su “valor moral”, para entender la dignidad del embrión, debemos ir un paso más allá de lo propuesto por la corriente kantiana. Esto no quiere decir que nos apartemos de su teoría; por el contrario, tomamos como válida su premisa del imperativo categórico para fundamentar la dignidad del embrión. Este no solo necesita de racionalidad pues se va formando conforme pasa el tiempo, pero lo que sí es innegable es que ya tiene todos los elementos biológicos básicos para desplegarse como ser humano. Tenemos claro que el concebido es ser humano y que descartarlo por su falta de racionalidad es hipnotizarse por falacias selectivas de la especie humana en razón a que un no nacido no se encuentre en uso de todas sus facultades mentales para desplegarse en el mundo.

La demanda de estos tiempos es mucho más compleja, en cuanto se nos presentan diversas situaciones en las cuales nos abrumamos por el avance científico y tecnológico que no llegamos a reflexionar por un momento la centralidad de la dignidad en términos de respeto y límite a factores que lo vulneren. Por ello, creemos que debemos reflexionar siempre en torno a la dignidad de la persona, ya que es la única garantía de que podamos seguir avanzando como sociedad, respetando el derecho de todos los seres humanos.

Sin lugar a dudas, el panorama jurídico- político ha ido cambiando en estos últimos 70 años, siendo testigos de un desarrollo constitucional por el que su centro axiológico y jurídico sea el de respetar la dignidad del ser humano. Tal es así que nuestro Tribunal Constitucional asevera que la dignidad humana es vista como un mínimo invulnerable de los derechos fundamentales:

La dignidad humana es una cualidad inherente a la persona en cuanto ser humano, forma parte de ella y es inseparable de ella. Su reconocimiento expreso en el texto constitucional supone que la fundamentación del ordenamiento jurídico no depende de

un valor suprapositivo o de un poder político determinado; todo lo contrario, tal configuración jurídica significa que la dignidad humana es el *prius* lógico y axiológico de todo el sistema constitucional. Desde esta perspectiva, la dignidad de la persona se erige como el fundamento ontológico de los derechos fundamentales, desplegando su proyección hacia ellos, y a la vez, como el valor supremo del ordenamiento jurídico en su conjunto (Tribunal Constitucional Exp. N°00020-PI, 2012, f.j. 75)

Como se aprecia, la dignidad humana es un principio jurídico esencial que ha ido incorporándose en la corriente constitucional de los últimos 70 años. Vemos que tiene un alto contenido filosófico que pone a la persona como centro de cualquier ordenamiento jurídico y que incluso nuestra Constitución y jurisprudencia lo define correctamente.

#### **4.1.2. Conflicto entre Derechos. Una solución armónica**

En el devenir constitucional, la dinámica de protección de derechos fundamentales ha sido muy variada. La realidad ha demandado que el entramado de derechos que ostenta una persona sea contrapuesto con los de otra, de manera que llegue a generarse una colisión entre los mismos. La llamada “teoría conflictivista de derechos” es una corriente de la dogmática jurídica la cual postula que los “los derechos fundamentales son realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar, lo cual lleva a aceptar que los conflictos son inevitables” (Castillo, 2005, p. 103). Esto, inevitablemente, nos lleva a optar entre un derecho por encima del otro; es decir, cuando existan dos derechos en conflicto, se entiende que uno prevalecerá en perjuicio del otro.

La solución ante los conflictos de derechos humanos son la jerarquía y la ponderación de los mismos. De acuerdo a la ideología que impere en una determinada sociedad, el tribunal jurisdiccional encargado de tutelar derechos ponderará estos prefiriendo uno por encima del otro.

La crítica que hace Luis Castillo Córdova (2005) a esta teoría es de especial consideración, teniendo en cuenta que la existencia de la visión conflictivista trae como consecuencia que unos derechos sean catalogados de primera categoría, mientras que otros de segunda. De esta forma, el constitucionalista peruano concluye que,

Mediante posiciones conflictivistas de los derechos fundamentales, se pretende dar cobertura y legitimar situaciones que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, pueden llegar a configurar verdaderas vulneraciones al contenido constitucional de los derechos (p. 107).

Por otro lado, y desde una técnica constitucional, los enfoques conflictivistas llevan a lesionar derechos reconocidos en el propio texto constitucional. Esto quiere decir que el principio de normatividad de la Constitución, bajo el amparo del artículo 50° de la Carta Magna, se vulnera al favorecer una normativa de un dispositivo constitucional en perjuicio del otro derecho con el mismo rango constitucional, lo que en el razonamiento conflictivista deja de tener vigencia jurídica. Peor aún, cuando se trata de normas de carácter iusfundamentales, los cuales se caracterizan por el profundo reconocimiento, garantía y plena eficacia de los derechos de la persona (Castillo, 2005, p. 108).

Otra crítica es la expuesta por el profesor chileno Cristóbal Orrego Sánchez (2010), quién entiende que no existe realmente un conflicto de derechos fundamentales, sino más bien un “conflicto de pretensiones”; el hablar de conflicto de derechos exigiría que se sacrifiquen o violen algunos de estos para satisfacer otro (p. 319). A nuestro modo de ver, encontramos una raigambre netamente utilitarista en la asunción de los riesgos conflictivistas porque el aceptar esta teoría para todo análisis interpretativo de derechos fundamentales, acarrea la posibilidad de preferir unos por encima de otros dejando de lado la desprotección que significaría enfocar toda la tutela jurídica en solo un derecho.

Siguiendo lo propuesto por Orrego Sánchez (2010), advierte que “la regla general es que las colisiones de derechos humanos son aparentes, es decir, al considerarlos en abstracto y con independencia de la debida interpretación y armonización” (p. 320). El objetivo de encontrar estas situaciones de conflicto es buscar la armonización de los derechos fundamentales, pero claro, es complejo llegar a un consenso bajo qué términos se quiere llegar a su conjunción.

Otro problema que surge como consecuencia del conflicto de derechos es el de la aplicación de la proporcionalidad al relegar un derecho en aras de promover el otro. Ante esta situación, el principio de proporcionalidad se pondrá de lado del

derecho que ha sido restringido, de manera que la carga negativa de su restricción sea aminorada por un balance judicial mucho más equilibrado.

Para aterrizar con un ejemplo a efectos de la presente tesis, existe una clásica colisión entre el derecho a la vida del concebido y la libre autodeterminación de la mujer. Buscar la muerte del concebido por preferir el libre desarrollo de la mujer es un claro ejemplo de la vulneración y restricción de un derecho iusfundamental en perjuicio del no nacido. Y no solo bajo término de inconstitucionalidad, sino de inmoralidad en base a que existe

“una dignidad humana de la persona por nacer; la exigencia jurídica de promover su máxima realización a través de la plena vigencia de los derechos fundamentales que le favorecen, como el de la vida y la igualdad; la obligación jurídica y moral de los poderes públicos de promover las circunstancias para que tal plena vigencia pueda darse ; y la obligación de mantener la existencia de la vida no nacida como elemento esencial del bien humano vida y del derecho fundamental a la vida que el concebido titulariza porque le favorece” (Castillo, 2015, p. 67)

Incluso en los casos de aborto terapéutico, el test de proporcionalidad no encontraría ninguna justificación, pues el enfoque es salvar la vida tanto de la mujer como del hijo. No se puede decir que la vida de la madre vale más que la vida del hijo, y que por este motivo esté justificado matar a este último, sino que es reconocida la legitimidad de las acciones médicas en salvar la vida de la madre sin perseguir la muerte del concebido.

Muy bien lo detalla Castillo (2015), en base al principio del doble efecto, según el cual un acto no es moralmente malo si se busca salvar la vida de la madre, sin tener que recurrir a un daño del hijo. En estos casos, el acto final no es matar al concebido, sino que se tolera los riesgos médicos que sean aplicados de forma idónea y necesaria (p.67).

Ahora bien, propuesto el problema de la conflictividad de derechos es hora de ponerle coto a esta situación proponiendo una mirada más armonizadora de los mismos. Y es que, como sugiere el título de este subcapítulo, el entramado de la teoría de la conflictividad ha oscurecido su real solución, por ello esta se encuentra asomada desde siempre y solamente necesita de una debida interpretación para valorar los derechos fundamentales en su real dimensión.

Para dichos efectos, debemos tener la premisa de la unidad y coherencia que ostenta la naturaleza humana de la persona, solo en ella es que se puede desplegar su realización plena. Sus derechos, no son solo más que el camino para alcanzar dicho fin, por ello, en la medida en que se respete su realidad unitaria y existencial es que se entenderá la compatibilización de los derechos de forma orgánica y no solamente conflictiva.

Por esta razón, los derechos humanos son realidades no contradictorias pues estos siguen la realidad humana, siendo unitarias en su finalidad. Asimismo, al postular que los derechos humanos son estándares mínimos de reconocimiento de la realidad ontológica del ser humano, es un contrasentido que los mismos derechos humanos vayan a tener contradicción (y prelación) entre ellos. Así, “ningún derecho fundamental puede significar exigir que se legitimen intromisiones o sacrificios del contenido de otro derecho fundamental (Castillo, 2005, p. 111).

Una vez que se tenga en cuenta la compatibilidad unitaria del hombre, el Derecho tomará esta concepción unitaria del ser humano para plasmarlo en el llamado principio de unidad de la Constitución buscando la interpretación armoniosa de los derechos del ser humano. La Constitución refleja este principio cuando reconoce derechos que contienen una composición armoniosa y conjunta de los mismos; el no reconocer estas características atentaría contra los principios de unidad, sistematicidad y normatividad de la norma constitucional (Castillo, 2005, p. 116).

Cuidando el aspecto formal de la Constitución, se cuida el fondo de los derechos consagrados en este. Creemos que para cuidar la correcta aplicación de la norma constitucional debemos respetar las herramientas de interpretación que, atendiendo a la realidad concreta del caso presentado, encauce la más óptima interpretación en materia de derechos fundamentales.

Dichos derechos encuentran un contenido esencialmente moral y jurídico que los elevan a la categoría de tales y, que al mismo tiempo, los delimita constitucionalmente para que no colisionen entre ellos, así “la solución pasa por la correcta delimitación del contenido del derecho constitucionalmente garantizado y que es invocado en un caso en concreto” (Castillo, 2005, p. 117). Para dichos efectos, es ilustrativo lo propuesto por los doctores Marcial Rubio, Francisco Eguiguren y

Enrique Bernales (2010), quienes alegan que, si bien se tiene derecho a la libertad de ser mejores, no se puede entender tal libertad si uno se mutila o daña deliberadamente su salud sin que los demás ni la sociedad hagan esfuerzos por evitarles. “Tampoco podemos entenderla, desde luego, como la posibilidad de dañar a los demás” (p. 23-24). En otras palabras, si se alega el derecho de autodeterminación para buscar el libre desarrollo de la personalidad, aun viéndose afectado la salud de la persona, encontramos incompleto aquel derecho ya que encuentra una incompatibilidad entre los medios y sus fines.

Por último, existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano<sup>40</sup> que reafirman la búsqueda armónica cuando un derecho colisiona con otro a través de la búsqueda de los límites externos. De esta manera, la aplicación de ambos derechos no permitirá que se avasalle uno sobre el otro, ni siquiera se llegue a considerar a uno de estos como *derecho preferido*. En el razonamiento del Tribunal, cuando exista un verdadero interés colectivo; este no puede ser sobrepuesto sobre un interés individual, por lo que se buscará una armonía entre ambos, pero si, en última instancia y cuando no exista solución, deberá primar el interés colectivo sobre el individual. (Rubio *et al*, 2010, p. 31-32).

En razón a lo expuesto, podemos arribar a la conclusión que los conflictos de derechos no son un fenómeno constitutivo en la realidad jurídica de los derechos fundamentales, sino que es un fenómeno aparente por el cual se pone en relieve no el contenido jurídico-moral de dos derechos humanos, sino una supuesta conflictividad que interpone unos derechos sobre otros. Lo que se propone es la solución armoniosa de los derechos, no viéndolos como conflictivos unos entre otros, pues solo generarían arbitrariedades en la preferencia del uno por el perjuicio del otro. Sino que su interpretación debe buscarse a través de la concepción unitaria del hombre, *ergo* del sistema jurídico que lo ampara.

Buscar la solución jurídica basándose en la teoría de la conflictividad solo es proponer una visión parcializada de la interpretación jurídica de los derechos fundamentales. La correcta interpretación debe ir acorde a los principios que constituyen el aspecto ontológico, fáctico y normativo del hombre.

---

<sup>40</sup> Ver Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 30 de enero de 2003 en el Exp. 2790-2002-AA-TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 29 de enero de 2003 en el Exp. 1797-2002-HD-TC.

Asimismo, hablar de una real colisión de conflictos de derechos no es el término más oportuno para describir este fenómeno jurídico. Lo que es correcto afirmar es el conflicto en las pretensiones de derechos, siguiendo a Cristóbal Orrego (2010), ya que los derechos fundamentales no se encuentran sujetos al control del poder político o tribunal jurisdiccional. Por eso son fundamentales, porque recogen el sustrato único que los hace dignos frente a los demás seres y no se encuentran limitados al poder de turno o de algún tribunal de justicia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos no se encuentra facultada para aseverar qué derechos fundamentales pesan más que otros, pues su función es buscar la responsabilidad internacional de un Estado con respecto a la determinación jurídica que ha reconocido expresamente los derechos en la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo el principal de estos el derecho a la vida desde la concepción.

Si bien nos adentramos a una discusión teórica abstracta, esperamos que el siguiente subcapítulo despeje dudas sobre el mismo, aprovechando también el estudio de uno de los temas de la presente tesis con respecto a la supuesta contradicción entre derechos reproductivos y el derecho a la vida.

#### **4.1.3. ¿Derechos reproductivos vs. Derecho a la vida?**

Entre los supuestos conflictos de derechos, sin lugar a dudas, tenemos a los derechos reproductivos contra el derecho a la vida. Estos derechos se enmarcan en el acceso a la fertilidad y libre desarrollo de la personalidad, por un lado; y, por el otro, encontramos que el derecho a la vida engloba la protección de la persona desde la concepción hasta su muerte.

Los últimos pronunciamientos de la Corte Interamericana de DD.HH han modificado diversos criterios que sobreponen los derechos reproductivos en perjuicio del derecho a la vida del embrión. Y es que vale la pena cuestionar si este último paradigma judicial puede ser válido en una sociedad latinoamericana en la que existe una conciencia socio jurídica de respeto a la vida.

Para comenzar, es importante anotar que los derechos reproductivos tienen una marcada visión feminista, por la cual se alega que las libertades reproductivas y sexuales son derechos ganados frutos de la lucha contra la opresión heteropatriarcal. A lo largo de la historia del feminismo, cada ola feminista tiene una relevancia con

respecto al tema de la maternidad, siendo tres etapas que explican este fenómeno social y político.

La primera, correspondiente a la lucha emancipadora o de la igualdad esencialmente, en la cual las mujeres buscaban igualdad de derechos políticos y civiles; y en cuanto al tema de la maternidad la consideraban como una elección más que una imposición de los parámetros sociales tradicionales. En la segunda etapa, nos encontramos ante un “feminismo de la diferencia”, en la cual se exaltan los aspectos diferenciadores de la mujer como lo es la maternidad, cualidad que el varón no tiene; además de resaltar una mayor identidad femenina. La tercera ola, dada contemporáneamente, es una concepción más madura en cuanto a los usos tecnológicos sobre el acceso a la maternidad en casos de infertilidad (Fanlo, 2017, p. 35-36)

Bien lo expresa Fanlo Cortés (2017), quien analiza los últimos retos de los derechos reproductivos desde la perspectiva del feminismo contemporáneo, concluyendo que la complejidad del tema también ha conllevado a cuestionamientos dentro de los movimientos feministas. Por ejemplo, la maternidad subrogada, para la feminista Barbara Rothman, es una evidente deshumanización de la mujer, por lo que considera que:

“Surrogacy is inherently wrong and destructive of the humanity of those most intimately involved. It requires us to close our eyes to the relationship between the baby and the woman who bears the baby, asks us not to see the humanity of the woman herself, nor the social relationships in which she and that baby are both embedded and engaged” (Rothman, 2014, p. 37).

Como vemos, existe aún un sector del feminismo que se opone a los llamados derechos reproductivos en tanto significa una cosificación de la mujer, tomándola netamente como un instrumento de medios para fines ajenos. Y es que vale cuestionar que en la lucha contra la discriminación y explotación de la mujer, muy pocas voces se alzan para abolir este tipo de esclavitud contemporánea, ya que es conocida que la maternidad subrogada en países pobres como India, Bangladesh, Tailandia, Vietnam o Nepal, permite que las fuentes de ingresos para madres potencialmente fértiles llegue a ser 10 veces más de un salario promedio (Casciano, 2018, p. 44).

Sin embargo, y lo señala Fanlo Cortés (2017), parece ser que el feminismo contemporáneo se encuentra en un proceso de aceptación de las últimas tecnologías reproductivas en miras del empoderamiento de la mujer, pero hay que advertir que, esto no significa que sigan existiendo corrientes que cuestionen fuertemente este tipo de técnicas de fertilidad.

Nosotros opinamos que, para poder consagrar un derecho fundamental, este debe ser fruto no de un consenso o convención, sino de un reconocimiento espontáneo que respeta la dignidad humana. Es decir, elevar a la categoría de derecho humano ciertos fenómenos que se desprenden de la realidad es una tarea compleja en la cual se deben evaluar todas las aristas. El derecho humano a consagrarse debe ser legítimamente válido de por sí, no solo en su carácter positivo-formal sino en su esencia intrínseca valorativa.

Los temas reproductivos en las mujeres deben ser estudiados en cada caso concreto, pues generalizar que existen “derechos reproductivos” de las mujeres es entender que este derecho *per se* es bueno y absolutamente incuestionable. Claramente no es así, pues encontramos serias deficiencias en alegar derechos reproductivos cuando colisionan abiertamente con el derecho a la vida del embrión.

Cómo la Corte Interamericana plantea los derechos reproductivos, a nuestro modo de ver, no es el más acertado pues si bien no ha planteado la posibilidad de que exista un “derecho al hijo” o un “derecho a acceder a la fertilización *in vitro*”, lo que sí es cierto es que, para la Corte, la prohibición de la FIV en Costa Rica violaba la Convención Americana dada la “interferencia arbitraria y desproporcionada en decisiones sobre la vida privada, familiar”; en suma, en la decisión autónoma de las parejas de producir hijos biológicos a través de técnicas de reproducción asistida<sup>41</sup>. Lo que la Corte no tuvo en cuenta es que

“la protección del derecho a la vida de unos podría ser el mejor ejemplo de limitaciones no arbitrarias al derecho a la privacidad de otros, pues la Corte ha señalado que, de la salvaguarda del derecho a la vida, depende la realización de los demás derechos” (De Jesús, 2016, p. 206)

---

<sup>41</sup> Párr. 161 Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de Noviembre de 2012. Corte Interamericana de Derechos Humanos

De la misma opinión es el Tribunal Europeo, el cual no ha consagrado del todo los llamados derechos reproductivos, ya que es conocido el margen de apreciación de los Estados que le otorga este tribunal a sus estados miembros para no colisionar con ninguna imposición normativa externa alegando la protección de los derechos humanos.

Un ejemplo lo encontramos en el caso “*A,B,C vs. Irlanda*”<sup>42</sup>, en el que se reconoció que la prohibición casi completa del aborto en Irlanda *constituía* una legítima restricción del derecho al respeto de la vida privada ya que,

La Corte concluye que la restricción impugnada en ese momento buscaba el objetivo legítimo de proteger los valores morales, de los cuales la protección en Irlanda del derecho a la vida de la persona nonata constituía un aspecto. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *A,B,C vs. Irlanda*, N°25579/05, 2010).

Sin embargo, es conocido que ahora último se ha despenalizado el aborto en este país con ciertas restricciones<sup>43</sup>, el cual se dio a través de un mecanismo de participación popular (referéndum) consiguiendo su despenalización. Para bien o para mal (evidentemente nos inclinamos por lo último), el tema es que los mismos ciudadanos irlandeses fueron a votar en un plebiscito abiertamente constitucional y no se rigió bajo la imposición de criterios de cortes internacionales que valoren unos derechos más que otros. Ahora bien, si vamos un paso más allá, en el cual los derechos fundamentales puedan ser objeto de un plebiscito, creemos absolutamente inconstitucional dado que, como advertimos, los derechos humanos no se crean sino se reconocen. Claramente, en el sistema constitucional peruano no se pueden someter a un referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona... (Constitución Política del Perú, 1993, art. 32°).

Por otro lado, creemos que la decisión de la Corte ha sido desproporcionada ya que lo dispuesto por la Sala Constitucional de Costa Rica fue la prohibición de acceder a la fecundación in vitro en el territorio costarricense; dicha prohibición no fueron a las personas que deseaban acceder a dichas técnicas; es decir, si una pareja se sometía a un proceso de fecundación in vitro fuera del país, esta no era objeto de

---

<sup>42</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso A, B & C v. Ireland, 2010–VI Eur. Ct. H.R. Párr. 227, 259.

<sup>43</sup> Ver enlace: <https://elcomercio.pe/mundo/europa/irlanda-miles-asisten-urnas-referendum-aborto-noticia-522626>.

prohibición de la Corte costarricense. Por ejemplo, si se hubiera sancionado o penalizado el viaje a otros países para acceder a la FIV, podríamos decir que sí existió un impedimento en la decisión personal de acceder a dichas técnicas, pero como no se penalizó, no se puede alegar que se afectaron los alegados derechos reproductivos de las mujeres.

Ahora bien, es relevante señalar que los derechos reproductivos son consagrados en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU realizada el año 1994 en la ciudad de El Cairo, Egipto (Conferencia del Cairo). Esta es uno de los bastiones de alcance internacional por el que los partidarios de los derechos reproductivos y sexuales alegan como el principio del reconocimiento internacional de tales derechos. Según la Conferencia Del Cairo, los derechos reproductivos,

“abarcán ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad” (el subrayado es nuestro) (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de la ONU, 1994, párr. 7.3).

Del mismo modo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1979, señala que:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

e. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos. (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, ONU, 1979).

Como vemos, si bien existe un derecho de planificar toda decisión que se tome en torno a la conformación de la familia, es totalmente legítimo y válido, siempre y cuando, se opte por los medios adecuados. Este poder de decisión confía en que el Estado va a adoptar todas las políticas públicas en torno a brindar la información necesaria para que los individuos tomen las decisiones óptimas de acuerdo a su realidad cultural, social y económica.

Si bien se le otorga al individuo que opte por decisiones sobre “los métodos libremente elegidos de planificación de la familia”, no debemos olvidar que se encuentra enmarcado en el respeto por la “diversidad de las circunstancias de las comunidades locales”, como bien lo indican los objetivos de la Conferencia de El Cairo de 1994.

En otras palabras, si un país no acepta un determinado tipo de planificación familiar por considerarlo ilegal e inmoral, la presión ejercida por tribunales internacionales ante estos hechos es criticable en tanto no se respeta lo que esa determinada comunidad acepta como legítimo o no. Por ello, esto quiere decir que los derechos reproductivos deben tener un carácter de precaución al momento de ser implementados, pues dejar carta abierta a este tipo de nuevos derechos acarrearía consecuencias para un determinado grupo en perjuicio de uno minoritario.

Como ya se vio, el derecho a la vida es el principal derecho de todo instrumento internacional. Lo que no queda muy claro, ni justificado mucho menos, es que en base a los llamados derechos reproductivos, la defensa de la vida desde la concepción se vaya relativizando hasta tal punto que se lleguen a insólitos casos como sucede en Queensland- Australia, donde se legalizó el aborto hasta por 22 semanas y pasado ese plazo solo con la anuencia de dos médicos<sup>44</sup>. Sin lugar a dudas, legalizar este tipo de supuestos es una vulneración clara de este nuevo ser albergado en el vientre materno.

---

<sup>44</sup>Ver enlace: <https://www.elcomercio.com/actualidad/parlamento-australiano-queensland-legalizacion-aborto.html>

Nuestro punto es demostrar que los derechos reproductivos traen más perjuicios que beneficios, por lo que asimilarlo a una lucha con el derecho a la vida representa un falso dilema, por lo que, el juzgador debe ser cauteloso para no caer en esta trampa.

Ante casos en los que exista aparente contradicción entre los derechos reproductivos y el derecho a la vida, deben saltar a la mente del juez las siguientes interrogantes:

- ¿Qué se entiende por derechos reproductivos?
- ¿Cómo estos logran el libre desarrollo de la persona sin afectar el derecho al desarrollo pleno del concebido?
- ¿Cuáles son las limitaciones a los derechos reproductivos?
- Atendiendo al principio *pro homine* y *pro debilis*, ¿es viable que se sacrifique a embriones en aras de satisfacer los deseos de la mujer, pareja (heterosexual u homosexual)?
- A la luz de la legislación peruana, ¿el ordenamiento jurídico del Perú se encuentra a favor del concebido desde el momento de la concepción? ¿no es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, incluso patrimonialmente? ¿Qué nos dice la Constitución, la Ley, la jurisprudencia y la doctrina?
- ¿Se está usando como simples medios a los embriones para satisfacer un fin reproductivo teniendo en cuenta que existe riesgos en los usos de la FIV?
- ¿Habrá el suficiente consentimiento informado por parte de los padres en someterse a dichas técnicas médicas?

Estas interrogantes son de *numerus apertus* en tanto la protección mínima de los derechos fundamentales debe ir de acorde al sentir de una comunidad y al respeto por su ordenamiento jurídico. Asimismo, conforme vaya avanzando en la complejidad del caso en concreto es que las interrogantes deben ser matizadas y planteadas con mayor profundidad. Esto no quiere decir que el juez se encuentre inmerso en una nebulosa filosófica con respecto a la moralidad de los derechos en *Litis*, sino que debe buscar la debida protección a los sujetos involucrados, a todos y no solo a una parte, pues parece ser que el eje en la atención de las técnicas humanas de reproducción asistida se ha venido centrando en los padres solicitantes de la fecundación *in vitro* y no en el fin de esta técnica de fertilidad: el embrión.

## 4.2 Actualización en las materias que exige el caso concreto

El Derecho es una ciencia que se encuentra sujeta a diversos cambios, la manera en la que busca modernizarse es un punto clave puesto que debe ir conforme a lo que la realidad humana manda a resolver pero dentro del marco de lo moral y éticamente aceptable.

El hombre es un ser intrínsecamente curioso por conocer su realidad. “Históricamente el hombre se interesó preferentemente por lo que rodeaba, por los objetos que le servían para substituir y mejorar la calidad de vida” (Fernandez Sessarego, 2002, p. 547). Las condiciones en las que el hombre tenía que sobrevivir eran muy duras, llevándole a transferir los misterios impenetrables de la realidad humana a las deidades.

Es así que, espontáneamente, mantuvo desde siempre una vocación de buscar más allá de lo que puede percibirse con sus sentidos, en el sustrato más recóndito del hombre: el espíritu. Al mismo tiempo que se descubre un ser espiritual y con el apoyo de las corrientes cristianas, es que entiende que es un ser ontológicamente libre.

Al encontrarse abierto a un misterio insondable, la realidad social, y, por ende, jurídica del ser humano, va ampliándose con el tiempo. La apertura hacia derechos que son reconocidos por su dignidad humana es fruto de luchas constantes, pero también de reflexiones agudas sobre qué es el ser humano.

En la actualidad, existen distintos fenómenos que llevan a cuestionar sobre la dignidad de la persona, el desmedido avance de los descubrimientos científicos, en especial, la biomedicina ha puesto sobre la mesa el debate de la dignidad del ser humano. Claro está que la ciencia y tecnología está para servir al ser humano, pero ¿qué hacer cuando las cosas tienden a irse en sentido contrario? ¿Cuándo olvidamos que todo progreso científico-tecnológico tiene adelante, no solo a su creador (el hombre) sino que al único ser viviente que puede controlarlo para beneficio de las personas?

La llamada revolución biomédica se origina a partir de los años 70, aproximadamente; la sociedad se quedaba cada vez más atónita al enterarse de la rapidez de los avances científicos en materia biológica y embrionaria, especialmente. Los pasos agigantados de dichas invenciones científicas fueron cada vez más

sorprendentes, de los trasplantes de órganos se pasó al nacimiento del primer “bebé probeta”; de la fecundación *in vitro* a la congelación de embriones humanos; de los test de diagnóstico genético pro o post natal a la terapia genética; del nacimiento de la primera oveja clonada, Dolly, a la clonación de seres humanos con fines reproductivos o terapéuticos (Monge, 2018).

Como vemos, pareciera no existir limitaciones de estos avances, más aún cuando lo que se encuentra en juego es la vulnerabilidad de la dignidad humana al ser el hombre objeto de investigación científica. La premisa es buscar su bienestar y felicidad, eso está claro, por lo que implica también una seria responsabilidad de hacer un análisis ético y jurídico sobre las consecuencias de estas investigaciones en su aplicación irrestricta a la realidad humana.

Sin embargo, pareciese que los derechos no son estructurados conforme a un análisis sesudo a partir de la dignidad de la personas, sino simplemente a meros “deseos” que quieren ser impuestos en los ordenamientos jurídicos como forma de buscar atender a cualquier precio los deseos de un grupo minoritario de personas. Por ejemplo, existe una grave preocupación por la solución sobre la infertilidad, en cuanto a disponer de las células sexuales para lograr la concepción de un hijo, incluso de forma *post mortem*. En ese sentido, suscribimos lo dicho por Monge (2018) cuando afirma que “los *deseos* tienden así a convertirse en *derechos*, y el interés superior del niño queda subordinado a intereses ajenos a sí mismo”.

De la misma opinión es Andrés Ollero (2007), cuando indica que

“La presunta existencia del derecho a tener un hijo justificaba la fabricación artificial de un ser humano; e incluso la destrucción de otros para garantizar el éxito de dicho proceso, mediando la práctica de una selección eugenésica- explícita o tácita- al elegir entre ellos. Admitido esto, resultaría sorprendente que se le impidiera continuar dicha vía reconociendo también un derecho, no menos fundado, a no tener un hijo cualquiera sino a poder disfrutar de uno capaz de satisfacer en toda su plenitud a quien lo demanda” (p.346).

Además, este profesor español apunta que el derecho a la vida ha ido trivializándose jurídicamente en tanto parte de un mero deseo individual. El problema es que este deseo se encuentra sujeto a la aprobación de otros, delimitando la frontera entre un verdadero derecho y un capricho descartable (Ollero, 2007, p. 347). Básicamente,

nos encontramos ante un reto de interpretación jurídica sobre este presunto derecho, si es legítimo y legal darle un espacio en nuestro ordenamiento jurídico viéndose que existe una gran cuota de arbitrariedad en la preferencia de este derecho a costa de no importar el derecho del hijo a crecer con un padre cuando es concebido *post mortem*; o en su salud al saberse los riesgos de la fecundación *in vitro* ; o incluso al desarrollo natural de la vida cuando los embriones son congelados por muchos años, inclusive unos siendo desechados y preferidos otros.

Como lo venimos demostrando a lo largo de todo este trabajo de investigación, el estatuto jurídico del embrión es un tema central para estos fines en tanto sujeto de derecho más susceptible a ser afectado por estas técnicas médicas. Y pues ya no solamente estamos ante un dilema entre los derechos de la vida del no nacido y el de su madre, sino que hemos pasado a un conflicto distinto, incluso más complejo: entre la vida humana y la investigación científica (Ollero, 2007, p. 350). Estos retos en países europeos ya han dejado una amplia jurisprudencia al respecto; sin embargo, cada vez se abre un abanico de situaciones sumamente complejas que implican ya no solo una aplicación netamente legalista del Derecho.

La presente tesis, si bien se enfoca en los criterios de nuestro tribunal regional interamericano, no puede dejar de lado que aún existen retos inimaginables que, tarde o temprano, tendrán que ser resueltos por estos tribunales supranacionales. Es cuestión de tiempo para que nuevos experimentos científicos y tecnológicos pronto sean desarrollados en los estados latinoamericanos, como bien sucedió con las técnicas de reproducción asistida, las cuales hace 30 años eran impensables que se iban a aplicar con tanta accesibilidad, y (por qué no) con permisividad, en nuestro país existiendo clínicas dedicadas al exclusivo servicio de fertilidad asistida.

Una propuesta urgente es la reinterpretación favorable sobre el derecho a la vida del embrión en las instancias internacionales, más aún cuando la propia Corte IDH reconoce que el tema de su inicio de vida no es tan claro como se quiere ver. Existe demostración científica sobre la composición embriológica del concebido en sus primeros días, así como una estructura argumentativa lógico-jurídica al que se encuentra incrédulo de los datos científicos.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, hacemos un enfoque especial del principio *pro homine*, “que aconseja interpretar la regla concerniente a un

Derecho humano del modo más favorable para la persona, es decir, para el destinatario de la protección” (Sagües, 2002, p. 36); en este sentido, este principio de interpretación se sustenta, básicamente, en dos premisas.

Primero, se trata de que se actúe como una directriz de preferencia puesto que hablamos de la protección de una persona como eje tuitivo de la Convención Americana (Sagües, 2002, p. 36). Se vio que el embrión es ser humano, y que para la Convención todo ser humano es persona, por tanto, el embrión debe ser sujeto de protección no llegándose a conformar ninguna alteración del sistema de los DD.HH como lo recomienda el autor. Por el contrario, sí se genera una alteración en la sesgada preferencia de los supuestos derechos reproductivos de la mujer en tanto vulneran el más básico derecho del concebido. Y es que el principio *pro homine* encuentra una inclinación hacia el embrión cuando este es sujeto a manipulaciones de toda índole, siendo tomado como simple medio para satisfacer “necesidades” personales.

Segundo, nos referimos al *in dubio pro vita*, el cual tiene una base de raigambre kantiana en tanto supone que el embrión no puede ser definido como una cosa ya que encuentra estrecha vinculación con lo humano. De la misma manera en como el *in dubio pro reo* ha devino en una consagración universal en el ámbito penal, el *in dubio pro vita* es la consagración jurídica que refleja una protección esencial de los derechos de la persona. Asimismo, es un llamado a repensar el actual sistema de DD.HH en cuanto la libertad, si bien es un derecho fundante de nuestro sistema de garantías, no puede dejarse de lado el derecho a la vida en una coyuntura de avances científicos.

Las típicas formas de protección del derecho a la vida en casos de desaparición forzada, tortura, ejecuciones extrajudiciales, entre otras violaciones de derechos humanos deben ser aterrizadas para atender la demanda de nuestros tiempos mediante un riguroso estudio de los nuevos descubrimientos científicos, biológicos y embriológicos. En este sentido, el embrión va adquiriendo más protagonismo en este debate, lo cual también constituye un giro copernicano a la esencia de su protección jurídica.

Esto es un llamado a todos los operadores del derecho, legisladores, juristas, litigantes, jueces, que aprecien con denotado interés que el respeto a la vida del

embrión no es un asunto abstracto y teórico, sino que su endeble protección se refleja en las políticas públicas reproductivas, cuando vemos con preocupación a una mayor permisividad en la manipulación de embriones, apertura a la legalización del aborto, implementaciones sobre el control de natalidad (pastilla del día siguiente) de forma desmedida, entre otras.

#### **4.3 Criterios de protección del derecho a la vida e importancia de la Bioética**

Como finalización de este capítulo, esbozaremos los criterios de protección del derecho a la vida en el marco de los principios bioéticos para permitir un recto sentido de justicia en la aplicación de nuevas técnicas médicas y su impacto en sus sujetos intervinientes.

En este sentido, nos remitimos a los trabajos de la jurista española María Dolores Vila-Coro (2010), quien aporta valiosísimos criterios para proteger la dignidad de la persona en tanto es el objeto de estudio de la Bioética. Así,

“La Bioética, en su sentido de «ética de la vida», a partir de un sólido fundamento antropológico nos propone una reflexión sobre el sentido profundo del valor y la dignidad de la persona, desde presupuestos racionales a la luz de los valores morales” (p. 124).

Como bien lo afirma la profesora español; al hablar de las normas que rigen la dignidad humana en relación a los avances tecnológicos y médicos, es un punto central tener presente, asimismo, las normas morales son reconocidas por ser intrínsecas a la esencia del ser humano.

De esta forma, sería un contrasentido hablar de una moral consensuada como lo propone la corriente neocontractualista, las normas morales no son válidas en tanto se abran a un sucedáneo proceso de “democratización” sino que serán justas en la medida en que adquieran criterios objetivos de moralidad. Cabe resaltar que, tampoco sirve ampliar la gama de más derechos humanos ya que cuanto más “derechos” se presenten, cada vez más irán diluyéndose en su fundamentación moral (Vila-Coro, 2010, p.139-140). Es decir, entre menos, mejor. No caigamos en “fundamentalizar” todo tipo de fenómenos político, social y económico a la categoría de derechos humanos, más aún cuando en nuestra región latinoamericana la Corte IDH tiene un gran poder en crear jurisprudencialmente nuevas clases de derechos.

El derecho a la vida es un derecho básico, reconocido por todos los tratados internacionales, por la más amplia jurisprudencia de cada país y también por un amplio círculo de académicos e intelectuales. Desde nuestro punto de vista y compartiendo el razonamiento de Vila-Coro, nos adherimos a la llamada “bioética personalista” pues encontramos en ella el suficiente sustento objetivo en el que se “reconoce que la dignidad consiste en la intrínseca capacidad de realizar los valores” (Vila-Coro, 2010, p. 147). Ni la corriente utilitarista, ni la neo contractualista, ni la sociobiologista sientan las bases de una correcta aplicación de la dignidad humana, ya que se encuentran infestadas de una gran cuota de relativismo en torno al valor absoluto de la humanidad.

La bioética personalista parte de presunciones que han sido validadas universalmente y que no tienen ninguna intención de ser modificadas en un futuro. Nos referimos a la clásica premisa de la beneficencia: “Hacer el bien y evitar el mal”; claro que en una mayor profundización de la máxima citada nos puede atraer un problema grande, pero no debemos preocuparnos si tenemos los elementos suficientemente objetivos para afrontarlos. El matiz de esta premisa parte en torno a elementos formales, pero en ningún caso, es inválida materialmente, por eso es que ante ciertos casos se puede aplicar el estado de necesidad o el principio del doble efecto: ante situaciones límites, se busca salvar la vida de una persona sin tener la intención de matar a la otra. El caso de una mujer que se le intervenga médicamente para salvar su vida, aunque en ella se produzca un aborto, es ilustrativo pues no se busca dañar al concebido deliberadamente, sino salvar una vida en casos extremos. En todo caso, la medicina y la ética atienden ante estos casos particulares, pero lo que sí estamos seguros es que la jerarquía de valores es un punto de apoyo en la evaluación de las distintas situaciones científicas.

Basados en la bioética personalista, podemos concluir que el embrión no puede ser sujeto a experimentación científica, aun cuando se haga en nombre del “progreso científico”. Las razones para no manipular embriones recaen en el modelo personalista de esta corriente de estudio, pues no somos solo cuerpo o mente, sino que el ser humano ostenta de una dimensión moral. La base de la bioética personalista resalta el real significado del hombre quien es inherente a lo humano, se desprende de la esencia y condición que lo hace ser perteneciente a esta especie (Vila Coro, 2010, p. 149-150).

Teniendo en cuenta la premisa de la beneficencia, es útil para los fines de nuestra investigación proponer un principio más de la Bioética, tomando lo anotado por Vila Coro (2010). Nos referimos al principio de justicia, que muy bien detalla la profesora española, en tanto dar cada uno lo suyo sin discriminar a nadie. Sin embargo, esta autora observa que las últimas políticas públicas en materia de salud en España, han dado un sinnúmero de críticas sobre la preferencia en brindar tratamiento en casos de reproducción artificial teniendo en cuenta el costo económico elevadísimo de esta técnica médica. Se critica que las distribuciones de los recursos pueden ir de manera más eficiente a tratamiento de salud más básicos como dolencias cardiacas o diálisis renales que a tratamiento de fertilidad, más aún cuando existe la figura de la adopción.

Sea como fuese, lo cierto es que si seguimos la premisa de la beneficencia: “hacer el bien y evitar el mal”, es evidente que existe una mayor obligación en no dañar que en hacer el bien. La Corte Interamericana parece haber aplicado el principio exactamente a la inversa, puesto que al determinar que el embrión tiene protección en el sistema convencional de DD.HH a partir de la implantación en el útero, existe un margen de tiempo en el cual se encuentra susceptible de cualquier tipo de daño como lo es el de la manipulación embrionaria. Si bien no hay un daño de por sí, el desamparo jurídico es una medida que amplía el daño potencial que se le ocasione a este, pues hablamos de un sujeto de derecho especial, por lo que las figuras de protección deben ser aterrizadas a las necesidades moral y antropológica que requiere.

Otra corriente interesante que nos gustaría resaltar es la llamada “ética de la virtud”, sin lugar a dudas una teoría ética de raigambre aristotélica, por la cual se basa todo accionar ético y moral en la virtud (*areté*, en la terminología griega) buscando la excelencia en su proceder (Cruz, 2016). Si bien la ética de la virtud nace como una suerte de perfeccionamiento en la relación médico-paciente, no encontramos ningún inconveniente para aplicarlo a nuestro tema de investigación en tanto vemos que esta corriente ética contiene una serie de elementos que coadyuvan a los criterios del respeto a la vida como derecho primordial.

Entre las virtudes que aconseja la ética de la virtud, Jorge Cruz (2016) explica un listado amplio de los mismos, tomando de base lo expuesto por Pellegrino y Thomasma (1993), buscando que la práctica médica se vaya humanizando cada vez

más, problema ético que requiere de mayor atención en el ejercicio profesional de la salud. Las virtudes son: fidelidad a la promesa<sup>45</sup>, compasión, fortaleza, moderación, integridad, altruismo, prudencia y justicia. De todas estas, nos gustaría concentrarnos en las dos últimas ya que creemos que inciden directamente en el actuar no solo médico, sino que también de toda persona interesada en reflexionar éticamente sobre el avance de las ciencias y los derechos de la persona.

Con respecto a la prudencia, Cruz (2016) anota que, en términos médicos;

“es la virtud de la prudencia la que hace posible el juicio clínico que conduce al diagnóstico correcto y a la decisión sobre la mejor terapia para personas concretas, teniendo en cuenta su historia personal y su sistema de valores, así como la incertidumbre propia de cualquier acto médico” (p. 191).

Como se sabe la prudencia, denominada *phronesis* por Aristóteles, representa la sabiduría práctica, lo que quiere decir que ante situaciones complejas se debe de estar en la capacidad de discernir el mejor camino. Asimismo, el consentimiento libre, previo e informado ha retomado un mayor auge en relación a las técnicas de reproducción asistida, ya que se ha visto que existe una serie de riesgos para el niño nacido por estas técnicas. La prudencia es un elemento central y se debe brindar la debida información al paciente antes de sujetarse a este tipo de procedimientos médicos, teniendo en cuenta que no solamente corre el riesgo la madre gestante, sino también el niño que está por nacer, incluso en su salud post parto (Cárdenas, 2015, p.28).

La libertad reproductiva ha ido ganando terreno en materia de derechos fundamentales, lo cual creemos acertado en la medida que no colisione directamente con algún otro derecho de la misma jerarquía, es decir, igualmente fundamental. Todo estudioso sobre los problemas bioéticos debe ser cuidadoso de no entramparse en preferir un derecho en perjuicio del otro, pues sabemos que el derecho a la vida del concebido se antepone ante cualquier otro derecho humano. La libertad reproductiva, para ser considerada un derecho fundamental por sí mismo, debe pasar un filtro de *phronesis*, por el que se reevalúe en su totalidad si es que merece la pena reconocerse como un derecho fundamental y humano; de reafirmarse en este sentido, lo único que generaría es la incompatibilidad del sistema de derechos humanos.

---

<sup>45</sup> Léase el juramento hipocrático, juramento por el cual todo profesional de la salud se compromete a poner todas sus habilidades al servicio del bien del paciente.

Por otro lado, en relación a “la justicia como virtud, entendido como un rasgo del carácter que podría ser definida como el hábito de entregar o retribuir a los otros lo que les es debido” (Cruz, 2016, p.192); no solamente consiste en atender las necesidades del paciente instantáneamente, sino que deben ser reflexionados en el marco del respeto por el otro. En este caso, una pareja infértil que trata de concebir por la FIV se encuentra en todo derecho de ser atendida en ese sentido, pero no debe olvidarse que el embrión no puede usarse como medio para satisfacer un fin reproductivo. Ahora, las técnicas de fecundación asistida se van sofisticando más, lo cual es positivo en términos de aminorar los riesgos de eliminación de embriones. Solo en la medida en que las técnicas de reproducción asistida respeten el derecho a que el embrión siga vivo y complete su natural desarrollo embriológico-fetal hasta el nacimiento, es que se legitimará dichas técnicas como válidas en solucionar la infertilidad de las parejas.

## CONCLUSIONES

1. Desde una mirada científica, antropológica, filosófica y legal, el concebido es sujeto de derecho y, portador de todo reconocimiento en la legislación y la jurisprudencia tanto nacional como internacional. En tal sentido, todo enfoque de Derechos Humanos desde un caso judicializado, una política pública, procedimiento científico o alguna reflexión académica, debe tomar en consideración su dignidad.

2. El caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*, resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 28 de noviembre de 2012, marca un punto de quiebre negativo en la consideración jurídica del embrión, ya que la Corte no dimensionó el valor jurídico del embrión como perteneciente a la especie humana y, como tal, merecedor de toda protección jurídica, además de ignorar su independencia genética y biológica respecto a la mujer. Además, ante la aparición de nuevos supuestos derechos, se le ha relativizado a tal extremo que su protección es mínima en nuestro Sistema Interamericano de DD.HH.

3. Ante el avance científico, la Corte IDH debe resguardar y ampliar la protección de los sujetos involucrados frente a los avances tecnológicos. El embrión es uno de ellos, por lo cual, el espectro de sus derechos debe circunscribirse a la par de estos avances. No se puede concebir que conceptos como “ser humano”, “persona” y “concepción” consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos tengan un carácter variable en el tiempo, pues encontramos situaciones en las cuales el embrión encuentra vulnerado su derecho a la vida por querer implementar una ampliación de dichos términos a tal punto que se vulnere la seguridad jurídica tuitiva del concebido. En otras palabras, si existe una ampliación en los términos usados por la Convención Americana, esta debe enmarcarse dentro de los parámetros protectores de todos los seres humanos, sin perjudicarse unos a otros.

4. El papel que desempeña la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la protección de los derechos fundamentales en nuestro Sistema Interamericano es de vital importancia. En consecuencia, las sentencias, opiniones o pronunciamientos que esta genera crea un impacto en los países sujetos a su competencia, teniendo implicancias en sus ordenamientos jurídicos, políticos, económicos y sociales. Ante

esta situación, existe un grado de vinculación con respecto a la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; por ejemplo, es distinto el impacto de una sentencia para un país que no formó parte de un proceso contencioso que un país que se le dictamine su responsabilidad internacional por contravenir la Convención Americana sobre DD.HH. Incluso es también diferente el impacto en las opiniones consultivas cuando contravienen expresamente el ordenamiento jurídico interno de cada país que se somete a la competencia de la Corte IDH.

5. La Convención Americana sobre DD.HH es el principal instrumento jurídico de alcance regional, el cual protege al concebido desde la concepción, tal como lo consagra expresamente en su artículo 4° inciso 1°. Lamentablemente, la Corte IDH no ha cumplido con respecto a ello en razón a preferir otros derechos dejando de lado, en el caso Artavia Murillo, la consagración del primer derecho de todo ser humano, como es el derecho a la vida.

6. Los llamados “derechos reproductivos” de la mujer, deben dimensionarse de acuerdo a parámetros adecuados por los cuales no se amenacen los derechos de otros actores involucrados, como el del concebido, siendo importante; asimismo, tener presente el principio del interés superior del niño. En el caso Artavia Murillo, cuando se alega esta clase de derechos, el embrión queda relegado a la última escala considerativa de la Convención Americana sobre DD.HH. Si pensamos en cómo mejorar nuestro sistema de DD.HH, debemos comenzar por volver a retomar la protección íntegra del concebido desde su concepción a fin de generar el marco jurídico idóneo para que la dignidad de todo ser humano se encuentre efectivamente protegida.

7. Al momento de realizar todo análisis de valoración jurídica con respecto al derecho a la vida, debemos tomar en cuenta los criterios bioéticos de protección a la persona; estos son muy importantes para tener un recto sendero de respeto por los derechos fundamentales de acuerdo a la dignidad del ser humano. El Derecho debe abrirse a una serie de disciplinas y ciencias para apoyarse en su consagración y argumentación de los derechos fundamentales; solo de esta forma, se logrará aminorar la vulnerabilidad a su esencia humana.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, K & Malarino, E. (comps.) (2011). Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional- Torno II, Montevideo: KAS/Universidad de Gottingen.
- Álvarez Miranda, E. (17 de febrero de 2017). El margen de apreciación y la Corte Interamericana. Lucidez. Recuperado de <http://lucidez.pe/opinion/el-margen-de-apreciacion-y-la-corte-interamericana-por-ernesto-alvarez-miranda/>.
- Albert Márquez, M. M. (2013). El caso brüstle v. greenpeace y el final de la discriminación de los embriones preimplantatorios. *Cuadernos De Bioética*, 24(82), 475-500.
- Bandeira, G. (2017). El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En L. López y A. Saiz (Eds.), *Los Sistemas Interamericano y europeo de protección de los derechos humanos* (pp. 231-254). Palestra.
- Barbara Katz Rothman (2014) The Legacy of Patriarchy as Context for Surrogacy: Or Why Are We Quibbling Over This? *The American Journal of Bioethics*, 14 (5), 36-37, DOI: 10.1080/15265161.2014.894820.
- Bladilo, Agustina, Torre, Natalia de la, & Herrera, Marisa. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. *Revista IUS*, 11(39) Recuperado en 05 de octubre de 2018, de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472017000100002&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100002&lng=es&tlng=es).
- Blasi, G. F. (2009). *Persona, derecho y libertad, nuevas perspectivas: Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego* (1a ed.). Lima: MOTIVENSA.
- Camarillo, L. (2016). Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 19, 37, 67-84. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1680>

- Candía Falcón, Gonzalo. (2018). "Causales De Inadmisibilidad De Opiniones Consultivas: Reforzando El Carácter Subsidiario Del Sistema Interamericano De Derechos Humanos". *Revista chilena de derecho*, 45(1), 57-80. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000100057>
- Cárdenas Krenz, R. (2015). "Fecundación asistida y consentimiento informado: ¿Qué tan informado es dicho consentimiento?". *Lumen*, (11), 19-31. Recuperado de <https://goo.gl/w88hAN>
- Cárdenas Krenz, R. (2014). "Consideraciones jurídicas en torno a la ovodonación". *Persona y familia: Revista del Instituto de la Familia*, (3), 11-23. Recuperado de [http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/R\\_2014.html](http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/R_2014.html).
- Cárdenas Krenz, R. (2014). "Sociedad y crisis de valores: interrogantes y respuestas desde la bioética y la biojurídica". *Lumen* (10), 31-38. Recuperado de [http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen\\_10/31.pdf](http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen_10/31.pdf)
- Cárdenas-Krenz, A. (2015). "Consideraciones en torno al estatuto jurídico del embrión". *Criterio Jurídico* (15), p 203-226.
- Cárdenas Krenz, R. (2017) (a). *Derecho a la identidad biológica y reproducción asistida*. Berlín: Editorial Académica Española.
- Cárdenas Krenz, R. (junio, 2017) (b). Una discutible sentencia: a propósito del fallo emitido por un juez admitiendo los contratos de alquiler de vientre. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (48), 13-36.
- Cárdenas-Krenz, R. (noviembre, 2017) (c). El principio del interés superior del niño y el papel de la jurisprudencia frente al desarrollo de las nuevas tecnologías. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 53, 25-32.
- Casciano, A. (2018). La subrogación en la maternidad. fenomenología de una interacción humana despersonalizadora. *Cuadernos De Bioética*, 29(95), 39-56.

Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado del sitio de internet de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/>

Castañeda Otsu, S. Y., & Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional "Jorge Carpizo" Tucumán (Argentina). (2014). *Constitucionalismo y democracia en América latina: Controles y riesgos*. Ponencias presentadas al XI congreso iberoamericano de derecho constitucional - "Jorge carpizo" (Tucumán, septiembre de 2013).

Castillo Daudi, M. (2006). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (2a ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Castillo Córdova, L. (2005). ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, (12).

Castillo Córdova, L. (2017). Vida y razonabilidad. *Ius Humani*. Law Journal, 6, 27-53. doi:10.31207/ih.v6i0.119

Centurión, J. (2016). ¿El concebido es sujeto de derechos humanos? En: J. Alberto del Real Alcalá (Ed.). *La maquinaria del Derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración*. (pp.395- 406). Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Cieza Mora, J. (2017). *Las técnicas de reproducción humana asistida: El impacto y la necesidad de una regulación en el Perú*. Jairo Cieza Mora (Primerán. ed.). Lima: Instituto Pacífico.

Cianciardo, J. (2016). La especificación del derecho a la vida del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos. una aproximación desde el caso “Artavia murillo”. *Dikaion*, 25(2), 160-189. 10.5294/dika.2016.25.2.2.

Constitución Política del Perú. (1993). Recuperado del sitio de internet del Congreso de la República del Perú: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/>.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Recuperado del sitio web de la Organización de Estados Americanos: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm).

Convención sobre los Derechos del Niño. (1969). Recuperado de la web de la ONU: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

Convenio Europeo de Derechos Humanos y Biomedicina- Convenio de Oviedo (4 de abril de 1997). Recuperado de la web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2290/37.pdf>.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del HOMBRE (1948). Recuperado de la web: [https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n\\_Americana\\_de\\_los\\_Derechos\\_y\\_Deberes\\_del\\_Hombre\\_1948.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf)

Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. (6 de julio de 1998). Recuperado de la web: [https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts\\_es](https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_es)

Cruz, J. (2016). Bioética y teorías de la virtud. En J. Ferrer; J. Lecaros Urzúa, Roderic Molins Mota, & R. Molins Mota (Eds.), *Bioética: El pluralismo de la fundamentación*. (pp. 175-204). Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

De Jesús, Ligia M. (2013). Interpretación de los tratados relativos al derecho a la vida del que está por nacer en América Latina y el Caribe, *Ars Boni et Aequi* (Año 9 N° 1) 53-102.

De Jesús, L. M., Oviedo Álvarez, J. A., Tozzi, P. A. (2013). El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida

desde la concepción, reconocido en la Convención Americana [en línea], *Prudentia Iuris*, 75. Recuperado de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/caso-artavia-murillo-costarica.pdf>

Declaración de Guanajuato sobre fecundación in vitro 20 de abril de 2013. *Persona y Bioética*, 17(1), 111.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10 de diciembre de 1948). Recuperado de sitio de internet de la Organización de Naciones Unidas: [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf).

Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos de la UNESCO. (11 de noviembre de 1997). Recuperado de web de la UNESCO: [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=13177&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. (19 de octubre de 2005). Recuperado de web de la UNESCO: [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=31058&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).

Díaz, Á. P. (2012). Estatus Del No Nacido En La Convención Americana: Un Ejercicio De Interpretación status. *Ius Et Praxis*, 18(1), 61-112.

Diez de Velasco Vallejo, Manuel. (1997). *Las organizaciones internacionales* (10a ed.). Madrid: Tecnos.

Durante V. (abril del 2011). La semántica del embrión en los documentos normativos. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 3 (3), 255-267.

Falla Guirao M. (2008). La persona: un desafío ontológico para la bioética actual. En: UNIFÉ (Eds), *Temas de Bioética y Derecho* (pp.107-138). Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

- Fanlo Cortés, I., “Derechos reproductivos y libertad de las mujeres. Observaciones sobre el debate feminista”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 32, enero-junio de 2017, 29-52. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.02>.
- Fernandez Segado, F. (diciembre de 1996). “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”, *Revista Derecho PUCP*, Pontificia Universidad la Católica del Perú, n° 50. 11-45.
- Fernández Sessarego, C. (2002). *El derecho de las personas: En el umbral del siglo XXI*. Lima: Jurídicas.
- Fernández Sessarego, C. (2016). *Derecho de las personas: Análisis de cada artículo del libro primero del Código civil peruano de 1984 (Décimo tercera. ed.)*. Lima: Instituto Pacífico.
- Fernández Sessarego, C. (2017). *El derecho como libertad: La teoría tridimensional del derecho* (Cuarta. ed.). Lima: Motivensa.
- Fernández Sessarego, C. ¿Qué es ser persona para el derecho?. *Derecho PUCP*, N° 54 (dic. 2001).
- Fix-Zamudio, H. (2009). *Los derechos humanos y su protección internacional* (1a ed.). Lima: Grijley.
- Ferrer, J. J., Lecaros Urzúa, Roderic Molins Mota, & Molins Mota, R. (2016). *Bioética: El pluralismo de la fundamentación*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- Galvizu Díaz, K., Villar Badía, Y., & Plasencia Pérez, M. (2011). Algunas consideraciones bioéticas en la experimentación en animales, seres humanos y trasplantología. *Humanidades Médicas*, 11(3), 388-412.
- García, T. V. O. (2011). *Legislativo y ejecutivo en el Perú*. Arequipa: ADRUS.

- García-Toma, V. (2015). *Constitución, justicia y derechos fundamentales* (Primera. ed.). Lima: Lex & Iuris.
- González Morales, F. (2013). *Sistema interamericano de derechos humanos: Transformaciones y desafíos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Guevara Pezo, V. (2008). *Temas de bioética y derecho* (1a ed.). Lima: UNIFE, Facultad de Derecho.
- Gutierrez Camacho, W. (18 de febrero de 2018). La autodestrucción de la Corte IDH. El Comercio. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/congreso-tribunal-constitucional-autodestruccion-corte-idh-walter-gutierrez-noticia-98764>.
- Habermas, J. (2009). *El futuro de la naturaleza humana: ¿Hacia una eugenesia liberal?* (Primera, 5a impresión. ed.). Barcelona: Paidós.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia. Revista De Filosofía*, 55(64), 3. doi:10.21898/dia.v55i64.218.
- Henríquez Herrera, I. (Julio del 2015). El caso Artavia Murillo y los límites de la argumentación judicial. *Revista Actualidad Jurídica*, 32, 33-51.
- Landa Arroyo, C. (2016). *Convencionalización del derecho peruano* (Primerán. ed.). Lima: Palestra Editores.
- Lanzarote Martinez, P. (mayo-agosto del 2006). La Investigación y experimentación con embriones humanos: aspectos éticos y jurídicos. *Cuadernos de Bioética*, 17(2), p. 151-191.
- López pexo, N. (2004). La realidad del embrión humano en los primeros quince días de vida. *Persona y Bioética*, 8(20-21), 6-23

- López Moratalla, N., Huerta Zepeda, A., & Bueno López, D. (2012). Riesgos para la salud de los nacidos por las técnicas de fecundación asistida. la punta de un iceberg. *Cuadernos De Bioética*, 23(23), 467-527.
- Márquez, N., & Laje, A. (2016). *El libro negro de la nueva izquierda: Ideología de género o subversión cultural* (Primerán. ed.). Buenos Aires: Unión Editorial.
- Merlo, A. S. (2001). El estatuto antropológico y ético del embrión humano. *Persona y Bioética*, 5(14)
- Miró Quesada Rada, F. (2015). *Manual de Ciencia Política* (corr. y aum. ed.). Lima: Ediciones Legales.
- Monge, L. (2018). *Dignidad de la persona humana y biomedicina*. En O. Hundskopf (Ed.). Libro Homenaje al Doctor Carlos Torres y Torres Lara (pp. 561-580). El Búho E.I.R.L
- Morales Godo, J. (2010). “Ciencia, ética y derecho. A propósito de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina”. *Ius Et Praxis*, (41), 105-132. Recuperado de [https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius\\_et\\_Praxis/article/view/1524](https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/1524).
- Nash Rojas, C. (2018). La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. *ACDI - Anuario Colombiano De Derecho Internacional*, 11 doi:10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6539.
- Nogueira Alcalá, H. (2013). El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y corte iberoamericana de derechos humanos. *Revista De Derecho Constitucional Europeo*, (19), 221-270.
- Nogueira Alcalá, H. (2017). El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos. *Revista De Derecho*, (15), 143-200. doi:10.22235/rd.v1i15.1375

Novak Talavera, F., Salmón Gárate, E., & Pontificia Universidad Católica del Perú. (2002). *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos* (2a ed.). Lima: PUCP.

Novak Talavera, F., García Corrochano Moyano, L., & Pontificia Universidad Católica del Perú. (2002). *Derecho internacional Público*. Lima: PUCP.

Ollero Tasara, A. (2007). El estatuto jurídico del embrión humano. En Ballesteros, J., & Fernández, (Eds.), *Bioteología y posthumanismo* (Primera. ed.). 331-382. Navarra: Editorial Aranzadi.

Orrego Sanchez, C. (2010). Supuestos conflictos de Derechos Humanos y la especificación de la acción moral. *Revista Chilena de Derecho*. 37 (2). , 311-342.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16 de diciembre de 1966). Recuperado del portal web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/03/PACTO-INTERNACIONAL-DE-DERECOS-CIVILES-Y-POLITICOS.pdf>

Palacios Zuloaga, P. (2005). La Aplicabilidad del Derecho a la Vida al Embrión o Feto en la Jurisprudencia Internacional durante 2004. *Anuario de Derechos Humanos*, (1), pág. 75-80. doi:10.5354/0718-2279.2011.12783

Paúl Díaz, A. (2012). Estatus del no nacido en la convención americana: Un ejercicio de interpretación. *Ius Et Praxis*, 18(1), 61-112.

Peirano vs. República Oriental del Uruguay (2009): Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 6 agosto 2009, caso n° 12.553, informe n° 86/09.

Peng, Y. (2016). The morality and ethics governing CRISPR-Cas9 patents in china. *Nature Biotechnology*, 34(6), 616-618. doi:10.1038/nbt.3590.

Polaino Lorente, A. (1997). *Manual de bioética general* (3a ed.). Madrid: Rialp

- Prieto, S. L. (2007). Interpretación jurídica y creación judicial del derecho. Lima: Palestra Editores.
- Polo-Santillán, M., & Universidad de Lima. Fondo Editorial. (2013). *Ética: Definiciones y teorías*. Lima: Universidad de Lima, Fondo editorial.
- Rachels, J. (2007). *Introducción a la filosofía moral* (1a ed.). México, D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Ramos Vergara, P., Arenas Massa, Á., & Santos Alcántara, M. (2014). La persona y su dignidad al inicio de la vida: El concebido por técnicas de fertilización in vitro en Chile. *Acta Bioethica*, 20(2), 169-179. doi:10.4067/S1726-569X2014000200004
- Rodríguez, Á. (2015). La mayor protección interna de los derechos de la convención europea de derechos humanos y el impacto del margen de apreciación nacional. *Revista De Derecho Político*, (93), 76.
- Rodríguez-Zapata, J. (2016). *Teoría y práctica del derecho constitucional* (Tercera. ed.). Madrid: Tecnos.
- Rubio Correa, M. (2017). *El sistema jurídico: Introducción al derecho* (Décimo primera. ed.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Rubio Correa, M., Eguiguren Praeli, F. J., & Bernales Ballesteros, E. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional: Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución* (primera ed.). Lima: PUCP. Fondo Editorial.
- Sagüés, Néstor Pedro (2002): “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en: José Palomino y José Carlos Remotti (coords.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica* (Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos), (Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional).

Santillán Santa Cruz, R., Fernández Sessarego, C., & Martínez de Aguirre, C. (2014). La situación jurídica del concebido en el derecho civil peruano (Primerán. ed.). Lima: Motivensa.

Silva-Chávez, L. M. (2012). Delimitación del concepto del interés superior del niño, establecido en el artículo 3 de la convención sobre los derechos del niño, para la resolución de casos de sustracción internacional de niños y adolescentes. *Ius Et Praxis*, (43), 30. Doi:10.26439/iusetpraxis2012.n043.328

Tello Mendoza, J. A. (2016). *El control de convencionalidad: Situación de algunos estados americanos*. Bogotá: Leyer.

Temas de bioética y derecho (2008). (1a ed.). Lima: UNIFE, Facultad de Derecho.

Tomás y Garrido, Gloria Ma. (2011). *Cuestiones actuales de bioética* (2a ed.). Navarra: EUNSA.

Universidad Femenina del Sagrado Corazón (Lima). Facultad de Derecho. (2002). *Bioética y biojurídica: La unidad de la vida*. Lima: UNIFE.

Valdés, E. y Puentes, L. V. (junio, 2014). Daño genético. Definición y doctrina a la luz del bioderecho. *Revista de Derecho Público*, 32.

Valdés, E. (2017) La Bioética Utilitarista. En Ferrer, J. J., Lecaros Urzúa, Roderic Molins Mota, & Molins Mota, R. (Coords.) *Bioética: El pluralismo de la fundamentación* (237-26). Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

Valle Riestra, J., Herrero, J., & Ángeles Gonzáles, F. (2016). *Manual de los derechos humanos* (Primera. ed.). Lima: Ediciones Jurídicas.

Varsi-Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de derecho de las personas*. Lima: Gaceta Jurídica.

Vásquez, I. (6 de febrero de 2018). La Corte Interamericana se debilita. El Comercio. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/opinion/mirada-de-fondo/corte-interamericana-costa-rica-ddhh-matrimonio-debilita-ian-vasquez-noticia-494971>.

Vila Coro Barrachina, María Dolores. (1995). Introducción a la biojurídica. Madrid: Universidad Complutense.

Vila-Coro, M. D. (2010). La vida humana en la encrucijada: Pensar la bioética. Madrid: Ediciones Encuentro, S.A.

Villanueva, R. (2018). Activismo judicial y límites del Derecho en la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 41, 151-169.

Wicks, Elizabeth (1 June 2012). The Meaning of 'Life': Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties, *Human Rights Law Review*, Volume 12, Issue 2, 199–219, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngs002>

Zannoni, E. A. (1978). *Inseminación artificial y fecundación extrauterina: Proyecciones jurídicas*. Buenos Aires: Astrea.

Zamora Casterllanos, F. (mayo de 2015). La FIV y el caso contra Costa Rica. *Revista Parlamentaria*, 21(1), 417-433.