

IMPACTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA ARTAVIA MURILLO *VS.* COSTA RICA PARA MÉXICO EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Héctor Augusto MENDOZA CÁRDENAS

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes.* III. *Ser humano y persona.* IV. *Interpretación evolutiva de los derechos humanos: las diferencias entre fecundación y concepción.* V. *Costa Rica, ¿un Estado contumaz?* VI. *Obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana en el contexto mexicano.* VII. *Reflexiones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

El siglo pasado, sin lugar a dudas, concluyó con diversos avances tecno-científicos que décadas atrás parecerían cosa de ciencia ficción. En ese sentido, como humanidad hemos logrado avances en muchas áreas, el internet es una muestra evidente de ello, y lo son también los grandes avances en términos biotecnológicos.

No es accidente que lo anterior esté vinculado al gran desarrollo de la llamada ingeniería genética; en este sentido, es imposible no hacer notar que, precisamente a finales de la anterior centuria, recibimos la noticia de la obtención de la secuencia del genoma humano, un hecho que sin duda alguna marca un hito en la historia de la humanidad.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, si bien durante siglos, en lo que hace la ciencia jurídica, términos biológicos como genoma, células germinales, células madre, embrión o ADN, fueron expresiones ajenas a la disciplina, hoy se ven obligados a cohabitar un mismo espacio y a generar reflexiones de tipo biojurídico. Biología y derecho, consecuentemente, se han convertido en un binomio que, nos guste o no, resulta en estos tiempos inseparable.

La reflexión jurídica, hoy se ve obligada a nutrirse de elementos biológicos y biotecnológicos, dado que las biotecnologías contemporáneas tienen,

indudablemente, una incidencia directa en diversos aspectos de la regulación [jurídica], no sólo de la vida en sociedad, sino de la vida humana en sí misma.

El derecho, hoy más que nunca, debe adaptarse a la nueva realidad sociopolítico-biotecnológica. Lo anterior no es una alternativa, sino una obligación indefectible; esto, en la medida en que dichos avances inciden en la vida social del hombre.

Es precisamente en el contexto de esta nueva realidad científica de donde partiremos para el análisis de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Para nosotros, un hecho es evidente: la biogenética ha avanzado vertiginosamente, y no así el derecho.

Efectivamente, hoy es posible concebir vida humana por medio de diferentes técnicas. Así, tanto la inseminación artificial como la fecundación *in vitro* se han convertido en técnicas cada vez más accesibles. Es en ese orden de ideas que consideramos que en la medida en que la aplicación de dichas técnicas incide en la esfera social, es en la misma medida en que el derecho está obligado a intervenir.

El grueso de los países de la región, suscriptores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han asimilado bien la utilización y aplicación de dichas técnicas; sin embargo, en el ámbito jurídico, particularmente en Latinoamérica, la actividad legislativa se encuentra desfasada, ya que existen las técnicas, pero no se han regulado sus consecuencias.

La controversia central en el caso de la sentencia de *Artavia Murillo vs. Costa Rica* radica en qué debemos entender por persona, una discusión que si bien es vieja, tal parece que en algunos casos sigue siendo inacabada.

En ese sentido, partiremos de una visión estrictamente científica respecto de los inicios de la vida humana, ya que si bien es cierto que a partir de la fecundación del óvulo por el espermatozoide humano surge vida humana, no siempre el resultado es una persona en el sentido jurídico de las cosas, pues de la fecundación se pueden derivar fenómenos como los carcinomas, las molas hidatiformes, siameses, e inclusive, técnicamente es posible la creación artificial de seres híbridos.¹

¹ Cuando hablamos de fecundación, básicamente estamos haciendo alusión al momento en que las células germinales, masculina y femenina, se unen y fusionan entre sí dando lugar a un cigoto. Generalmente asociamos este momento con el surgimiento de la vida, lo cual es acertado; sin embargo, siguiendo una lógica simplista, derivamos que ante la existencia de un cigoto nos encontramos siempre frente al equivalente de la persona humana. El sofisma que nos lleva a tales conclusiones es más o menos el siguiente: fusión de óvulo y espermatozoide igual a fecundación, fecundación, igual a un nuevo individuo de la familia humana, único e irrepetible, llamado cigoto; cigoto igual a embrión, embrión igual a feto,

Recordemos sólo como dato anecdótico que es Charles Darwin el primero que con sus ideas da un duro golpe a la humanidad. Darwin, sin aviso previo y de un solo golpe, nos sustrae de un mundo mágico y divino, ubicándonos en un plano terrenal y humano. A partir de las ideas darwinianas, resulta que no descendemos de Adán y Eva, sino que somos producto de un complejo proceso evolutivo. Darwin, entonces, nos expulsa abruptamente del edén y nos lanza sin cortapisas a un universo diverso, el universo de lo biológico.

La propuesta de Darwin resquebrajó antiquísimos paradigmas. La idea del mundo creado en un único momento quedó sin efecto. Darwin, en su momento, propuso un nuevo y audaz modelo: la creación evolutiva de todas las especies y de la humanidad misma por medio de la selección natural. Aunque la teoría de Darwin se refería a las especies, su impacto era mayor, ya que extrapolando sus ideas, el universo mismo se encontraba —y se encuentra— en un proceso constante de cambio. Hoy los avances rutinarios que podemos ver día con día en materia de biotecnologías nos confirman lo anterior.

En el caso de la sentencia que ahora se analiza, el punto focal se encuentra en el tratamiento que debemos dispensar a esa pequeña entidad denominada embrión.

II. ANTECEDENTES

Como ya lo adelantamos, el surgimiento de las técnicas de reproducción humana asistida ha provocado profundos cambios en la concepción que se tiene respecto del concepto vida, amén de que con la aparición de dichas técnicas, conceptos tanto culturales como jurídicos se han visto afectados de manera sustancial.

En particular, la fecundación *in vitro*, con todas las alternativas que nos ofrece ha venido a cuestionar afirmaciones, en algunos casos milenarias, como *mater semper certa est*. Este principio jurídico de atribución de la maternidad, hoy se enfrenta a las diversas posibilidades ofrecidas por la tecnología, alternativas que tiran por la borda certezas que parecían inamovibles,

y feto igual a persona. Pareciera que lo anterior es completamente correcto. Sin embargo, un cigoto puede dar lugar a dos individuos, ya sean gemelos o siameses, e igualmente la fecundación de dos pares de óvulos y espermatozoides no siempre deriva en la creación de dos individuos de la especie humana únicos y diferentes, sino que bajo ciertas circunstancias dos cigotos derivan en un solo ser humano, que es el caso del quimerismo. Siendo esto cierto, hemos de ser cautelosos cuando afirmamos que frente a la unión de óvulo y espermatozoide tenemos siempre un individuo al que podemos categorizar como persona.

pues el proceso de gestación ya no sólo es, como lo era antes, un hecho biológico, un hecho natural de características invariables. Hoy, la gestación de un ser humano se ve atravesada por las diversas posibilidades que nos ofrece la tecnología.

Efectivamente, hoy en día la vinculación entre gestante y gestado no es un hecho irrefutable. La tecnología nos ofrece, en ese sentido, múltiples alternativas desconocidas hasta hace relativamente poco. Si bien este tipo de avances médicos escaparon, por razones de época, al grueso de las legislaciones nacionales de la región,² podemos afirmar que lo mismo sucedió con ciertos lineamientos jurídicos de carácter internacional.

En el caso que nos ocupa, debemos señalar que por los mismos motivos antes citados, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha tenido que actualizarse, en este caso por vía jurisprudencial; ello, en virtud de que al momento de su surgimiento, muchos de los avances biotecnológicos con los que ahora contamos simplemente no existían.

Efectivamente, una primera observación que en ocasiones parece olvidarse, y que consideramos necesario hacer notar, es que la versión original de la Convención Americana³ data de 1969,⁴ momento en el que fenómenos como la fecundación *in vitro* aún no habían sido desarrollados. No olvidemos, además, que la misma entrada en vigor de dicha Convención sucede el 18 de julio de 1978,⁵ que es cuando finalmente se logra el número de ratificaciones necesarias para su puesta en marcha.

² En este caso por región nos referimos al continente americano, y particularmente a Latinoamérica y los países integrantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³ El sistema interamericano de derechos humanos estaría configurado, además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por el Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1998); el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Asunción, Paraguay, 1990); la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 1985); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, Brasil, 1994); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Guatemala, 1999); la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (Comisión Interamericana, 2000); la Carta Democrática Interamericana (Asamblea General de la OEA, 2001); la Convención Interamericana sobre la Corrupción (Caracas, 1996) y eventualmente los demás tratados que puedan dar competencia a la Corte. (Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, pp. 350 y 351; Henríquez Viñas, Miriam Lorena, “La polisemia del control de convencionalidad interno”, p. 129.)

⁴ También conocida como Pacto de San José.

⁵ Lo anterior, en los términos del artículo 74.2 de la misma Convención.

El caso de Artavia Murillo *vs.* Costa Rica se centra en la prohibición que desde 2000 estableció el gobierno costarricense respecto de la utilización en dicho país de la fecundación *in vitro*.⁶ El argumento principal para dicha prohibición estaba basado en la hipótesis de que el ordenamiento interno de aquel país protegía la vida desde la concepción.

Adicionalmente, y en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se argumentaba que el numeral 4.1. de la misma protegía la vida del concebido no nacido. Dicho artículo de la Convención establece lo siguiente: “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 su vida arbitrariamente”.

Es decir, el argumento central del gobierno de Costa Rica era que su legislación interna estaba debidamente armonizada con los lineamientos del artículo 4.1 de la Convención, toda vez que en dicho artículo se permitía la protección del *no nacido* desde la concepción.

Al respecto, una primera precisión resulta obligada. Como ya lo adelantamos, resulta imposible pensar que los redactores originales de la convención hubieran podido pensar en 1969, que era posible generar un embrión fuera del cuerpo de una mujer.

En 1969, como ya lo hemos sostenido, la fecundación *in vitro* de seres humanos se encontraba, si acaso, en el terreno de la especulación. Pero vayamos más allá. La Convención Americana sobre Derechos Humanos encuentra sus orígenes en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, declaración que fue emitida en 1948 en la ciudad de Bogotá, y en la que en los trabajos preliminares sí se incluyó una mención específica respecto de un supuesto derecho a la vida de los que están por nacer.⁷ Sin embargo, esa idea que dotaba de derechos a los no nacidos fue finalmente abandonada, y en consecuencia, en la versión final de la declaración ya nada se dijo al respecto.⁸

⁶ En Costa Rica, la fecundación *in vitro* fue legal entre 1995 y 2000, ya que el Decreto Ejecutivo del Ministerio de Salud No. 24029-S del 3 de febrero de 1995, autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales.

⁷ Novena Conferencia Internacional Americana, Actas y Documentos, vol. V, p. 449 (1948).

⁸ Véase el punto 197 de la sentencia del caso Artavia Murillo *vs.* Costa Rica, en donde se aclara que en su momento se eliminó cualquier alusión al no nacido en virtud de diferentes reclamos hechos por las delegaciones de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela, principalmente como consecuencia del conflicto entre las leyes de esos Estados y el texto preliminar del Comité Jurídico, dado que la definición del alcance del derecho a la vida en el Proyecto del Comité Jurídico era incompatible con las leyes sobre la pena capital y el aborto en la mayoría de los Estados americanos.

Fue precisamente y, como ya se mencionó, hasta la redacción de la Convención, cuando se incluyó la mención “en general” en el ya citado artículo 4.1. Ahora bien, el primer caso en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre el alcance del artículo 4.1 es en el caso conocido como *Baby Boy vs. EUA*.⁹ En dicho caso, el demandante alegó que se había violado el derecho consagrado en el artículo 4.1 de la Convención, al provocarse la muerte de un feto que había sido abortado.

En dicha ocasión, la Comisión Interamericana se manifestó por primera vez sobre el alcance del artículo 4.1, y dejó claro que la redacción de dicho artículo respondía a la necesidad de respetar la legislación en materia de aborto de cada Estado firmante.

Insistimos, pues, en que por simples razones de temporalidad, ni la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración de Bogotá de 1948) ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de 1969) pudieron haber considerado, siquiera, la posibilidad de fecundar un óvulo de manera extracorpórea. Es decir, en ambos instrumentos la posibilidad de la fecundación *in vitro* ni siquiera estuvo presente en la mente de los redactores.

Como hemos demostrado, resulta imposible que la fecundación *in vitro* (como fenómeno biotecnológico) estuviera presente en las discusiones de los redactores originales de la Declaración o de la Convención. Un hecho adicional que confirma todo lo antes dicho es que la primera fecundación *in vitro* exitosa no sucede sino hasta 1978, paradójicamente en el mismo año y en el mismo mes en que entró en vigor la Convención.

Efectivamente, el 25 de julio de 1978 (apenas siete días después de la entrada en vigor de la Convención) es cuando nace, en Inglaterra, la llamada primer bebé probeta, Louise Brown.¹⁰ Este hecho por sí mismo viene a demostrar lo que hemos venido sosteniendo, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos jamás contempló la posibilidad de que hubiera embriones fecundados de manera extracorpórea, característica singular de la fecundación *in vitro*.

⁹ Véase caso *Baby Boy vs. Estados Unidos* en: <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm> [sitio web consultado el 25 de mayo de 2017].

¹⁰ Después de Louise Brown, las fechas relevantes en cuanto al surgimiento de nuevos “niños probeta” son: julio de 1980, primer bebé probeta australiana; mayo de 1981, primer bebé probeta francesa (de nombre Anadine); diciembre del mismo año, primer bebé probeta estadounidense; 1983, primer bebé probeta italiana; julio y septiembre de 1984, primera y segunda bebés probeta españolas (Anna y Lorena); 1984, primer bebé probeta australiana, nacida a partir de embriones previamente cigogenizados (Zoe Leyland). Véase al respecto Anson, Francisco, *Se fabrican hombres (informe sobre la genética humana)*, Madrid, Ediciones Rialph, 1988, p. 87.

Así pues, en un primer momento, y solamente a partir del orden cronológico de los acontecimientos, es imposible pensar que la Convención Americana haya dotado de derechos a los no nacidos y mucho menos a los no nacidos bajo las diferentes técnicas de la reproducción humana asistida.

Para cerrar este apartado, hay que insistir en que la alusión a los no nacidos, pero sí concebidos de la Convención, tuvo como única finalidad, dar un cierto margen de maniobra para los Estados firmantes, pero con relación a un tema diverso, el aborto.

Ahora bien, y no obstante lo dicho en el anterior párrafo con relación al aborto, esto tampoco significa que la Convención haya dotado de derechos al no nacido por encima de la mujer gestante. Reiteramos que ya desde 1981 en el caso mencionado entre *Baby Boy vs. Estados Unidos*, la Comisión se había manifestado claramente en el sentido de que no existe un derecho a la vida desde la concepción, y que es precisamente por ello que los redactores incluyeron la expresión “y en general”.

III. SER HUMANO Y PERSONA

Como sabemos, la controversia en el caso de *Artavia Murillo vs. Costa Rica* se originó porque en 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad en contra del Decreto 24029, emitido por el Ejecutivo de Costa Rica, acción de inconstitucionalidad en la que se alegaban diversas violaciones en relación con el derecho a la vida de los *nasciturus*. En este contexto, en 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica declaró que dicho decreto era efectivamente inconstitucional, con lo que de facto quedó prohibida la fecundación *in vitro* en aquel país. Los argumentos centrales de aquella sentencia constitucional fueron los siguientes:

- a) El embrión humano es persona desde el momento de la concepción.
- b) En virtud de lo anterior, el o los embriones no pueden ser tratados como simples objetos.
- c) De igual forma, no deben ser utilizados para fines de investigación ni deben ser sometidos a procesos de selección.
- d) En virtud de ser personas, no deben ser conservados en congelación.
- e) No es legítimo constitucionalmente, que dichos embriones sean expuestos a un riesgo desproporcionado de muerte.

El argumento central era que la utilización de la fecundación *in vitro* implicaba la necesaria pérdida de un elevado número de embriones, se decía

así en la sentencia, que era inadmisibles que para lograr el nacimiento de un ser humano fuera necesario la pérdida de una elevada tasa de embriones.

Se argumentó, además, que resultaba inapropiado provocar la vida de esos embriones para luego frustrarla; esto, partiendo de la idea original de que dichos embriones eran seres humanos. Así, bajo estos supuestos se dejó claro en la sentencia que el orden constitucional costarricense protegía la vida como valor supremo y no distinguía entre nacidos y no nacidos, por lo que en tales circunstancias era evidente que la fecundación *in vitro* atentaba contra la vida humana.

En este orden de ideas, una confusión común y recurrente es equiparar los conceptos *ser humano* con *persona* cuando son en realidad, conceptos que se encuentran en diferentes niveles. Digamos que *ser humano* alude a una idea biológica, ser humano es aquel individuo que pertenece a la especie humana, en tanto que *persona* es una categorización jurídica.

Efectivamente, el concepto de persona es una ficción creada por y desde el derecho, que el propio Kelsen definió de la siguiente manera:

El concepto de sujeto de derecho o persona no es otra cosa que una construcción artificial, un concepto auxiliar que ha creado el conocimiento jurídico con el fin de representarse gráficamente el material que trata de dominar, y bajo la presión de un lenguaje jurídico antropomórfico y personificador. La persona no es más que una expresión unitaria personificadora de un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, de un complejo normativo: este punto de vista garantiza al derecho contra posibles hipótesis perturbadoras, que lo reduplican inútilmente como objeto del conocimiento. Sólo de ese modo es posible dar plena satisfacción a la antigua exigencia de la teoría positivista del derecho: comprender la persona jurídica y la persona física como cosas esencialmente idénticas. La persona física no es el hombre, como afirma la doctrina tradicional. El hombre no es un concepto jurídico, sino bio-psicológico. Pero la persona física es la personificación de las normas reguladoras de la conducta de un hombre; así como la persona jurídica es la personificación de las normas reguladoras de la conducta de una pluralidad de hombres...¹¹

Como podemos ver, el concepto jurídico de persona es una creación artificiosa, que resulta muy útil para poder atribuir derechos y obligaciones, pero que no representa realmente la idea de persona humana, la idea del *homo*.

Entonces, en estricto sentido, la persona desde la óptica jurídica no significa hombre (*homo* en el sentido biológico), no es ese “yo” como realidad

¹¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Colofón, 1994, p. 43.

sustancial, sino que hace alusión a los atributos —derechos y obligaciones— que la norma jurídica le asigna a ese *homo*, a ese hombre, a esa realidad jurídica.

De igual forma, el filósofo del derecho, Recaséns Siches,¹² al plantear el problema de la persona jurídica (tanto individual como colectiva) estableció que “El concepto de persona jurídica (individual o colectiva) es la expresión del conjunto de deberes jurídicos y de derechos subjetivos atribuidos o imputados a un mismo ente...”¹³

Así, los atributos de la persona jurídica no son más que las cualidades o atribuciones que desde una perspectiva normativa, condicionada por el sistema jurídico del que hablemos, le asignamos al *homo*, además, y en nuestro caso, al *homo* ya nacido.

En este mismo sentido fue que la Corte Interamericana resolvió el caso Murillo, dado que la misma concluyó que el concepto persona es un concepto puramente jurídico.¹⁴

IV. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS: LAS DIFERENCIAS ENTRE FECUNDACIÓN Y CONCEPCIÓN

La Corte Interamericana en sus razonamientos aceptó lo dicho en el presente análisis; es decir, reconoció que al momento del surgimiento de la Convención, procedimientos como la fecundación *in vitro* simple y llanamente no existían.¹⁵

Bajo este orden de ideas, la Corte Interamericana consideró necesario hacer una interpretación evolutiva de los derechos consagrados en la Convención, es decir, de frente al hecho de que el tema de la fecundación *in vitro* no pudo haber sido considerada por los redactores originales, resultaba necesario analizar si existían diferencias entre los conceptos “fecundación y concepción”. Para ello se hizo allegar de elementos científicos aportados

¹² Recaséns Siches, Luis, *Introducción al derecho*, México, Porrúa, 1977.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Véase el punto 176 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28 de noviembre de 2012, *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, en donde la Corte aclara que el concepto de “persona” es un término jurídico. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona se encuentra estrechamente vinculada con los conceptos de “concepción” y “ser humano”, términos cuyo alcance jurídico deben ser valorados desde una perspectiva científica.

¹⁵ Véase el punto 246 de la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*.

por diversos peritos a quienes la Corte llamó. En concreto, lo que estaba diciendo la Corte era que lo plasmado en la Convención debía ser adaptado a las nuevas circunstancias del estado del arte en materia biotecnológica.

Así, finalmente la Corte concluyó, con base en los diversos elementos científicos que se hizo allegar, que fecundación y concepción son dos momentos diferentes del proceso evolutivo del embrión. La fecundación alude al primer momento en que un óvulo es penetrado por un espermatozoide, éste es el momento originario; sin embargo, no es el momento definitivo, siquiera, para determinar un embarazo.

Efectivamente, la fecundación es un proceso que no se da en un solo momento, y al contrario de lo que se puede pensar, cuando la cabeza del espermatozoide se introduce en el óvulo, realmente estamos muy lejos de saber cuál será el final de la historia; de hecho, en un alto porcentaje de casos ese óvulo fecundado ni siquiera llega a implantarse y es expulsado de manera natural fuera del cuerpo de la mujer.

Para la Corte, el momento decisivo no es la fecundación, sino la implantación de dicho embrión en el endometrio de la mujer, ya que es precisamente en ese momento en que se cierra el ciclo entre fecundación y concepción.¹⁶ La Corte consideró que de no darse el anterior supuesto, es decir, si el embrión no logra implantarse, las posibilidades de desarrollo del mismo son nulas, lo que en términos de la fecundación *in vitro* no es un dato irrelevante, dado que en este caso existen múltiples factores, por lo que, eventualmente, dichos embriones podrían, incluso, jamás llegar al útero de una mujer.

En ese sentido, destaca la Corte que en la Convención ni siquiera se alude al primer momento; es decir, a la fecundación, por lo que ateniéndose a la misma Convención, “la concepción” debe entenderse como el momento de anidación del óvulo fecundado en el endometrio de la mujer; es, pues, la implantación el hecho fundamental en la discusión, y, por lo tanto, mientras no haya implantación, ni siquiera es posible pensar en la aplicación del artículo 4o. de la Convención.¹⁷

En el mismo sentido, al hacer un análisis sistemático de la Declaración Americana y la Convención Americana, la Corte concluye que si bien es cierto que en ambos instrumentos se utiliza la expresión “persona”, no es posible entender que dicha expresión incluye a los embriones. De hecho, la Corte va un paso más allá, y establece claramente que el objeto de protección con-

¹⁶ Véase el punto 186 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28 de noviembre de 2012, *Artavia Murillo vs. Costa Rica*.

¹⁷ *Ibidem*, punto 189.

ferido por el artículo 4.1 de la Convención se refiere a las mujeres, y no a los embriones. Así, cualquier defensa del no nacido se debe dar por conducto de la mujer, y no de cualquier mujer, sino de aquella en la que ya se haya anidado un embrión. Al respecto, la Corte destaca que, en los términos del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, son los Estados parte quienes deben “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, de igual forma que lo hace el artículo séptimo de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales.¹⁸

A partir de ese análisis histórico y sistemático efectuado por la Corte Interamericana, ésta concluye enfáticamente que “... la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”.¹⁹

Igualmente, la Corte ratifica lo anterior en el punto 244 de la sentencia, al establecer que

La Corte concluye que la Sala Constitucional se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

Cabe señalar, aunque sea de manera marginal, que la Corte analizó los diferentes sistemas internacionales de derechos humanos, incluyendo el europeo y africano, y de todo ese trabajo concluyó lo mismo: que no existe, en términos de derecho internacional de los derechos humanos, una normativa que explícitamente proteja al embrión o equipare a éste con una persona ya nacida.²⁰

De igual manera, la Corte concluyó que las palabras “en general”, utilizadas en el artículo 4.1 de la Convención, no significan que exista una protección absoluta a la vida, ni mucho menos a la vida embrionaria, por lo

¹⁸ *Ibidem*, punto 222.

¹⁹ *Ibidem*, punto 223.

²⁰ *Ibidem*, puntos 247-256.

que en todos los casos dicha expresión debe entenderse como una protección gradual e incremental según el desarrollo mismo del embrión o feto.

Para cerrar este apartado cabe señalar que si bien es cierto que la Corte Interamericana se posicionó claramente en cuanto a la distinción entre *ser humano* y *persona* (o embrión y persona), la misma Corte señaló que en realidad el verdadero fondo del asunto no era determinar si existía o no un derecho a tener hijos, o bien un derecho para acceder a la fecundación *in vitro*.

Para la Corte, el fondo del asunto tuvo que ver con la desproporcionada interferencia por parte de un Estado miembro en decisiones de carácter personalísimo, y que tienen que ver con el derecho de los individuos a decidir sobre su vida personal y familiar, así como el impacto que tienen las decisiones de un Estado determinado, en el pleno ejercicio de tales derechos.²¹

V. COSTA RICA, ¿UN ESTADO CONTUMAZ?

No obstante la claridad y contundencia de la decisión de la Corte Interamericana, tuvieron que pasar casi cuatro años para que el Estado de Costa Rica cumpliera (aunque no de forma definitiva) con la condena que le fue impuesta, particularmente en lo que se refiere a modificar sus reglas internas para permitir la fecundación *in vitro*.

En la sentencia de 2012, en el punto 336, la Corte Interamericana ordenó al Estado de Costa Rica que

...las autoridades pertinentes del Estado deberán adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia.

Costa Rica se encuentra obligada a respetar las decisiones de la Corte en virtud de lo dispuesto en el artículo 68.1 de la misma Convención Americana; adicionalmente, Costa Rica promulgó el 9 de septiembre de 1983, la ley 6889, en la que se establece que las decisiones de la Corte Interamericana son directamente aplicables y ejecutables a nivel interno, por lo que la sentencia de 2012 tiene pleno valor al interior de Costa Rica y se debía considerar como cosa juzgada.

²¹ *Ibidem*, punto 326.

Un primer intento para dar cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana fue por la vía legislativa. Así, fueron presentados tres proyectos de ley: el proyecto 18.057, denominado Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia de Óvulos Fecundados; el Proyecto 18.738, denominado Ley de Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones Humanos, y el Proyecto 18.824, titulado Ley Marco de Fecundación In Vitro. Sin embargo, ninguno de dichos proyectos prosperó, por lo que en los hechos la prohibición sobre la utilización de la fecundación *in vitro* continuó.

Frente a dicho panorama, el Ejecutivo costarricense decidió emitir el decreto 39210-MP-S, mediante el cual se autorizaba la utilización de la técnica de fecundación *in vitro*, así como la transferencia embrionaria. Dicho decreto fue publicado en el *Diario Oficial La Gaceta* el 11 de septiembre de 2015.

En el artículo primero de dicho decreto se estableció claramente, que la intención del mismo era autorizar la realización de la técnica de reproducción asistida denominada fecundación *in vitro*, con la finalidad de garantizar los derechos reproductivos de personas con infertilidad. Se reconocía así a la fecundación *in vitro*, como un tratamiento médico, cuya finalidad es ayudar a las personas con infertilidad a fin de mejorar sus posibilidades de lograr un embarazo.

Ahora bien, el decreto antes mencionado fue impugnado, por lo que el 7 de octubre de 2015, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Costa Rica ordenó la suspensión del mismo. Los principales argumentos de la Sala Constitucional seguían siendo los mismos: la protección de la vida prenatal.

En este contexto, la Corte Interamericana requirió al Estado de Costa Rica a fin de que le informara los avances, y emitió una resolución complementaria el 26 de febrero de 2016, mediante la cual ordenó que se mantuviera la vigencia del decreto Ejecutivo 39210-MP-S, esto “en aras de evitar que sea ilusorio el ejercicio del derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de la técnica de la FIV. Ello, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia”.

Por último, cabe mencionar que el Estado de Costa Rica fue demandado nuevamente por un caso similar. Efectivamente, el 18 de enero de 2016, la Comisión Interamericana remitió a la Corte un nuevo caso, que incluía la demanda de seis parejas costarricenses. Dicho asunto se le conoce como el caso “Gómez Murillo y otros (fecundación *in vitro*) *vs.* Costa Rica”.

Ahora bien, en esta ocasión el asunto se resolvió mediante un arreglo amistoso suscrito el 4 de agosto del 2016 entre las víctimas y el Estado de Costa Rica, arreglo que fuera homologado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante sentencia del 29 de noviembre de 2016.²² Cabe destacar que en el punto 6 de la parte resolutive se fija el 11 de setiembre del 2017 como fecha en la que las entidades a cargo de la salud pública deben cumplir con una serie de exigencias en vistas de garantizar un acceso efectivo a la FIV.

Igualmente, es de destacarse que mediante dicho acuerdo, el Estado de Costa Rica reconoce que hubo una violación a los derechos humanos con las medidas que prohibían la fecundación *in vitro*.²³

VI. OBLIGATORIEDAD DE LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL CONTEXTO MEXICANO

Algunos autores²⁴ consideran que sentencias como la emitida en el caso de Artavia Murillo sólo obligan al Estado parte condenado. Sin embargo, esa interpretación es errónea.

En nuestra opinión, a partir de las modificaciones a nuestra Constitución Política de junio de 2011, es obligación de todo juez nacional aplicar los criterios derivados de sentencias como la antes citada, dado que éstas conforman lo que podemos denominar como un *corpus* jurisprudencial internacional en materia de derechos humanos.

²² Caso *Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*. Sentencia del 29 de noviembre de 2016. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_326_esp.pdf [sitio web consultado el 25 de mayo de 2017].

²³ En el cuarto punto resolutive de la sentencia que homologa el acuerdo se puede leer lo siguiente: “El Estado, conforme al Acuerdo de solución amistosa, reconoce la violación del derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad personal, protección de la honra y de la dignidad, la protección a la familia y la igualdad ante la ley, consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 7, 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con sus artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención, en perjuicio de Daniel Gerardo Gómez Murillo, Aída Marcela Garita Sánchez, Roberto Pérez Gutiérrez, Silvia María Sosa Ulate, Luis Miguel Cruz Comparaz, Raquel Sanvicente Rojas, Randall Alberto Torres Quirós, Geanina Isela Marín Rankin, Carlos Edgardo López Vega, Albania Elizondo Rodríguez, Miguel Acuña Cartín y Patricia Núñez Marín”.

²⁴ Por ejemplo, Max Silva Abbott, en su artículo “El caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*: análisis crítico y posibles efectos regionales”, publicado en la revista *Derecho Público Iberoamericano*, núm. 6, de abril de 2015.

Adicionalmente, hay que hacer notar que el 16 de diciembre de 1998 nuestro país reconoció como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana.

Dicho reconocimiento de la competencia y, consecuentemente, de las decisiones de la Corte, se hizo con carácter general, y de acuerdo con las manifestaciones del Estado mexicano, dicho compromiso continuaría vigente incluso hasta un año después de la fecha en que nuestro país notificara lo contrario.

Por otra parte, y para zanjar cualquier posible duda sobre la obligación del Estado mexicano respecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, nuestro máximo tribunal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se manifestó al respecto mediante la tesis jurisprudencial P./J. 21/2014 (10^{a.}), que en lo sustancial establece:

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona.²⁵

Como se puede apreciar, independientemente de que México sea o deje de ser parte en una controversia resuelta por la Corte Interamericana, sus

²⁵ “Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona”, en: *Época Décima*, Registro: 2006225, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, abril de 2014, tomo I, Materia(s): Común, Tesis: P./J. 21/2014 (10a.), P. 204. Tesis derivada de la Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 3 de septiembre de 2013. Mayoría de seis votos de los ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza; votaron en contra: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, quien reconoció que las sentencias que condenan al Estado mexicano sí son vinculantes y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

sentencias, convertidas en jurisprudencia internacional, son aplicables a todos los signatarios de la Convención y México no es la excepción, ya por disposición de la propia Convención Americana, ya en virtud de la jurisprudencia nacional.

VII. REFLEXIONES FINALES

Las posibilidades ofrecidas por las diversas técnicas de reproducción humana asistida han calado hondo en los diversos sectores conservadores de la región. El caso de Costa Rica es ilustrador, primero, porque es el país sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, segundo, porque no obstante haber sido condenada por la Corte Interamericana, diversos sectores conservadores siguen oponiéndose a la utilización de procedimientos como la fecundación *in vitro*.

Nos guste o no, los avances tecnológicos se han convertido, como bien lo señaló la Corte Interamericana, en medios para ejercer derechos. Así, la reproducción asistida en sus diversas facetas permite a los seres humanos continuar con sus proyectos de vida, con sus propios proyectos de familia, dado que ofrecen la oportunidad de poder tener hijos en circunstancias que antes resultaban imposibles.

Resulta importante mencionar que Grettel Artavia fue declarada personaje del año, y en una entrevista manifestó: “Siento que los años se me van de las manos”, palabras que reflejan claramente la angustia de la misma Grettel y de todas las mujeres que como ella, necesitan recurrir a procedimientos como la fecundación *in vitro* para lograr su proyecto de vida, proyecto de vida que, al menos en el caso de Costa Rica, se ha visto truncado en los últimos dieciséis años en virtud de que, como bien lo señaló la Corte Interamericana, el fondo del asunto, más que la fecundación *in vitro* en sí misma, tenía que ver con la desproporcionada interferencia por parte de un Estado miembro, interferencia que afectaba directamente decisiones de carácter personalísimo, relacionadas íntimamente con el derecho de los individuos a decidir sobre su vida personal y familiar.²⁶

Por último, y después de todos estos periplos legales, la prensa ha dado cuenta que el 8 de marzo de 2017 nació en Costa Rica, María José,²⁷ la primera bebé producto de la utilización de la técnica de fecundación *in vitro*.

²⁶ Véase el punto 326 de la sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos del 28 de noviembre de 2012, *Artavia Murillo vs. Costa Rica*.

²⁷ Hija de Jenny Garbanzo y José Barana.

De igual forma, la prensa ha informado que hay al menos 53 parejas más que esperan un bebé gracias a la utilización de dicha técnica, y que la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) ha iniciado la construcción y equipamiento de una Unidad de Medicina Reproductiva de Alta Complejidad, que se ubicará en el Hospital Nacional de las Mujeres.²⁸

²⁸ Disponible en: http://www.nacion.com/nacional/salud-publica/Nacio-Costa-Rica-Corte-Interamericana_0_1620437972.html.