

El inicio de la vida humana ante el escenario planteado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

The beginning of human life before the scenario proposed by the Inter-American Court of Human Rights

Silvio Mezarina García*

RESUMEN:

El presente artículo analiza los argumentos utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte IDH”) en el caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica respecto a la adopción de la teoría de la anidación, señalando la falta de consistencia de los mismos con el grado de protección que merecería un derecho tan esencial como la vida y con los descubrimientos científicos sobre la materia (en particular, los estudios sobre ADN).

Por lo tanto, las decisiones del Tribunal Constitucional peruano (TC) respecto del *nasciturus*, preservarían la idea de dignidad del ser humano, tal como establece la Constitución vigente del Perú, así como protegerían la armonía de nuestro Derecho. Así, las resoluciones del aludido TC brindarían garantías al *nasciturus* y al embrión obtenido *in vitro* que el sistema interamericano de Derechos Humanos habría dejado de brindar.

Para darle cabida al concepto de concepción - tal como lo ha entendido la Corte IDH - se necesitaría una reforma del artículo 2 numeral 1 de la Constitución**, activando con ello el poder constituyente derivado. Una interpretación por parte de los tribunales nacionales que hiciera eco de lo establecido por la Corte IDH podría desnaturalizar la posición garantista que, hasta el momento, se maneja en el Derecho interno peruano.

PALABRAS CLAVE: *Derechos humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; embrión in vitro; vida humana; dignidad.*

ABSTRACT:

This article analyzes the arguments used by the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter, “the IAHRC Court”) in the case of Artavia Murillo et al. V. Costa Rica regarding the adoption of the theory of nesting, pointing out the lack of their consistency with the degree of protection that would deserve a right as essential as life and with scientific discoveries on the subject (in particular, studies on DNA).

Therefore, the decisions of the Peruvian Constitutional Court regarding the *nasciturus* preserve the idea of dignity of the human person, as established by the current Constitution of our country, as well as preserve the harmony of our Law. Thus, it offers guarantees that the

* Abogado y Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor contratado de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. Asesor legal de la Oficina de Derecho internacional público del Ministerio de Relaciones Exteriores.

** El artículo 2 numeral 1 señala “[e]l concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Inter-American Human Rights system has ceased to provide the nasciturus and the fertilized in vitro embryo.

To accommodate the concept of conception - as the IAHR Court has understood - a reform of article 2, numeral 1 of the Constitution would be needed, activating the derived constituent power. An interpretation by the national courts that echoed the provisions of the Inter-American Court could distort the guarantee position that, up to now, is handled in Peruvian domestic law.

KEYWORDS: *Human Rights – Inter-American Court of Human Rights – in vitro embryo – human life – dignity*

I. Introducción 1. La resolución de la Corte IDH y sus argumentos 1.1. La vida del embrión 1.2. El que está por nacer y el derecho a la vida 1.3. El margen de apreciación y la interpretación de la Convención 2. La Declaración de Guanajuato 3. Sujeto de derecho y dignidad 4. ¿Qué dice nuestra Constitución vigente? 5. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional del Perú con respecto al momento de la concepción 6. Normas internacionales sobre derechos de los niños 7. ¿Trata de embriones in vitro? II. Conclusiones III. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La Corte IDH debería ser la instancia regional americana que ofrezca protección a los derechos fundamentales de aquellos que, buscando justicia al interior de sus Estados, no han podido hallarla en ellos y acuden ante esa alta instancia internacional para que su tutela sea efectiva.

En el caso que a continuación analizaremos, la Corte IDH, utilizando particulares argumentos científicos llega a una debatible conclusión.

¿Desde cuándo un ser humano es un individuo, un yo separado del no yo, un ser viable con identidad y ya no un simple conjunto de células? La respuesta biológica, la de la identidad genética como parámetro, siendo la más sensata, debe ser convalidada por el ordenamiento jurídico. Indudablemente, la norma jurídica sirve a ideologías y posiciones políticas. Y, sin duda, toda posición moral al respecto encontrará argumentos legales y científicos para defender sus ideas.

1. LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE IDH Y SUS ARGUMENTOS

1.1. La vida del embrión

La Corte IDH señaló que los tratados de Derechos Humanos deben ser interpretados evolutivamente¹ y que al momento en que se firmó la Convención (1969), no existían las técnicas de fertilización *in vitro*².

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, para. 245.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, para. 246.

Para establecer el estatus legal del embrión, la Corte IDH recurre al Derecho comparado y recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló, en el caso *Vo. vs. Francia*, que el embrión no posee idéntico derecho a la vida que el que tiene una persona ya nacida, si bien debe ser protegido por su potencialidad de llegar a serlo³. Asimismo, en el caso *Costa y Pavan Vs. Italia* la citada instancia supranacional europea aseguró que: “el concepto del niño por nacer [...] no se aplica a embriones obtenidos en el marco de una fecundación *in vitro*, y estos últimos no se benefician de la protección [...] que reconoce el derecho a la vida del niño por nacer”⁴. Concluyendo, la Corte IDH indica que no existe en el Derecho comparado protección del derecho a la vida del embrión⁵. Es más, la Corte IDH parece hacer una distinción tácita entre vida creada en el laboratorio y vida surgida por el proceso natural de fecundación, distinguiendo entre seres que son creados para ser objetos de manipulación científica, y seres humanos dignos de nacer. Pareciera que se hablara de una moderna esclavitud creada por la ciencia y validada por el Derecho.

1.2. El que está por nacer y el derecho a la vida

La Corte IDH considera que existe suficiente evidencia en el Derecho Comparado para asegurar que el *nasciturus* puede y debe ser protegido por la Convención cuando en su artículo 4.1 señala que, en general, se protegerá a los seres humanos desde su concepción; sin embargo, esto no constituye un derecho subjetivo y que los derechos de las mujeres pueden considerarse oponibles a la protección del concebido⁶. Seguidamente pone de manifiesto que la vida humana y su protección no pueden tener carácter absoluto cuando se encuentran en conflicto con otros derechos fundamentales.

La conclusión de la Corte IDH es la siguiente: el embrión no es equiparable a la persona. Además, apunta que la concepción tiene lugar en el momento en el que el embrión se implanta en el útero, no cuando el óvulo y el espermatozoide se fusionan en uno⁷. Hasta ese momento se consideraba que la Convención recomendaba la protección del concebido en los términos usuales que en los que se suele entender ese concepto, es decir, la unión de la carga genética de los progenitores, asunto que revisaremos con más detalle *infra*.

En este punto no podemos dejar de lado la observación de Luigi Ferrajoli con respecto a que la categoría de persona del *nasciturus* no necesariamente debe ser considerada como inevitable al estar en su sino nacer, sino que se trataría sobre todo de una construcción moral⁸, y agregaríamos que sería una construcción formal del Derecho y que, así como puede englobar sólo a los nacidos, puede proteger también a los que están por nacer dependiendo al final de una política de Estado coherente o incoherente con la construcción general de la protección integral del ser humano.

Asimismo, debemos recordar lo señalado por Fernández Sessarego cuando

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, para. 247.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, para. 252.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, para. 253.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, para. 260.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, para. 264.

⁸ Luigi Ferrajoli, “La cuestión del embrión, entre Derecho y moral”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, n° 245 (2006), 259

reflexiona respecto a la importancia del concepto de “persona” para el Derecho y las variadas razones por las cuales se hace tan difícil encuadrar su significado⁹, entre ellos los siguientes:

- (i) Porque la persona es estudiada por varias disciplinas científicas;
- (ii) Porque se trata de un problema de índole filosófica;
- (iii) Porque el origen etimológico e histórico de la palabra “persona” no queda claro; y,
- (iv) Porque los conceptos de “personalidad” y “persona” suelen ser confundidos.

No obstante, probablemente lo vital sea la estrecha relación y constante evolución de los conceptos sobre: “ser humano”, “persona”, “hombre”, “individuo”¹⁰. Nuestro autor cita a Ferrara quien entiende que la persona no es más que una construcción formal del sistema jurídico¹¹. No podríamos estar más de acuerdo. En teoría podríamos hacer personas hasta de ídolos de piedra y sujetos de derecho incluso de los animales o de otras entidades de la naturaleza o del mundo de las ideas. Todo estará en función de la decisión política o de la ideología en la que se crea o de la utilidad que determinado cambio en el Derecho pudiera brindar a la sociedad. Al fin y al cabo, el sistema jurídico es una entelequia y no existe en el mundo de la realidad sino solo en el de las ideas. En nuestro país, las aeronaves eran consideradas como bienes inmuebles y, posteriormente, fueron consideradas como bienes muebles según la conveniencia económica social del momento. Y así, también en la Historia, tenemos de numerosos ejemplos de seres humanos cosificados por sistemas jurídicos esclavistas.

Hay que considerar que los términos “fecundación” y “concepción” generalmente son utilizados como sinónimos aunque algunos autores afirman que se trataría de dos momentos distintos, siendo la fecundación previa a la concepción, es decir, el momento en el que el espermatozoide entra en contacto con el óvulo produciéndose la “cascada de fecundación”¹².

La concepción o fertilización sería el resultado de la fecundación del óvulo, el mismo que en ese momento dejaría de existir. En su lugar quedaría una célula que contiene dos núcleos de 23 cromosomas, cada uno con información genética distinta: la del hombre y la de la mujer (ovocito pronucleado). Cuando los pronúcleos se reconocen, se forma el ovocito o preembrión. La información genética y la fusión de los dos pronúcleos es llamada singamia y da lugar a la creación de un cigoto, que es una célula de 46 cromosomas¹³. En la generalidad de los casos, el cigoto se desarrolla en su camino al útero convirtiéndose en una mórula, llegando a la pared del útero entre los siete a nueve días de producida la concepción¹⁴.

⁹ Carlos Fernández Sessarego, “¿Qué es ser “persona” para el Derecho?”, *Derecho PUCP*, n°53 (2002).

¹⁰ Fernández Sessarego, “¿Qué es ser “persona” para el Derecho?”

¹¹ Fernández Sessarego, “¿Qué es ser “persona” para el Derecho?”

¹² Enrique Varsi Rospigliosi, *Derecho Genético*, (Lima: Grijley, 2001) 91-92; Gastón Blasi, “¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? Un estudio multidisciplinario”, *Persona, Derecho y Libertad*, (2009); Pablo Arango Restrepo, “Estatuto del embrión humano”, *Escritos*, vol. 24, n° 53, (Julio-diciembre de 2016)

¹³ Varsi, *Derecho Genético*, 95.

¹⁴ Varsi, *Derecho Genético*, 97.

Así, se llega al momento de la anidación, el mismo que se produce a los catorce días de iniciado el proceso de concepción. Los autores que consideran esta etapa como el inicio de la vida humana se basan en la posibilidad de que, a pesar de que el cigoto posee un código genético único, antes de la implantación puede aún fisionarse en dos o tres, e incluso dos o tres cigotos pueden fusionarse en uno. La individualización es la clave en este punto¹⁵.

1.3. El margen de apreciación y la interpretación de la Convención

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado la llamada doctrina del “margen de apreciación” para casos en los que los Estados, sin desnaturalizar ciertos derechos humanos, y ante la falta de certeza absoluta sobre cuál es el contenido del derecho fundamental, pueden establecer un criterio de protección nacional que se encuentre sujeto a control del Tribunal internacional. En el caso que analizamos, la Corte IDH, tras hacer referencia a la doctrina europea no admite que Costa Rica, ante la falta de consenso del inicio de la vida humana, pueda proteger a los embriones obtenidos por fecundación *in vitro* y limite el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Por el contrario, la Corte IDH prefiere utilizar la proporcionalidad señalando que los derechos a la libertad personal, vida privada y autonomía reproductiva de las mujeres costarricenses fueron afectados seriamente por la legislación protectora del embrión *in vitro*¹⁶.

En este punto, la Corte pudo seguir dos caminos:

- (i) Permitir que Costa Rica establezca su criterio nacional de derechos humanos; o,
- (ii) Forzarla a modificar la interpretación de su sistema jurídico basado en la protección constitucional de la vida humana, la cual se considera inviolable sin excepción¹⁷.

Elegió el segundo camino. En tanto que el Derecho es un instrumento al servicio del poder e ideología de turno, no cabe objeción al respecto.

Sin embargo, considerando que el Derecho debe guardar coherencia a fin de servir a los propósitos de sus creadores, cabe señalar que la repuesta no es técnicamente satisfactoria.

La Convención es un tratado sobre derechos humanos y su interpretación debería hacerse en base a los principios que guían el Derecho internacional de los derechos humanos y a las normas convencionales y consuetudinarias del Derecho internacional. La propia Convención señala en su artículo 29 que sus normas no pueden ser interpretadas de forma que se suprima el goce de los derechos en ella recogidos, ni tampoco puede ser utilizada para anular el Derecho nacional de los Estados parte que puedan ofrecer una mejor o mayor protección a los derechos fundamentales.

¹⁵ Varsi, *Derecho Genético*, 100.

¹⁶ Eduardo Chía y Pablo Contreras, “Análisis de la Sentencia Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, año 12, n° 1 (2014), 570.

¹⁷ Constitución Política de Costa Rica de 1949.

“Artículo 21.-

La vida humana es inviolable”.

En ese sentido, la Corte IDH al fallar como lo hace, estaría contradiciendo el espíritu de la Convención. Asimismo, cuando la Corte IDH apela a la evolución histórica del concepto de concebido, estaría pasando por alto las reglas de interpretación de los tratados que señala la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe 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”.

El sentido corriente de “concepción” es el de inicio de la vida humana previa a la implantación. El objeto de la Convención es establecer un mecanismo de protección de los derechos humanos a nivel regional con el fin proteger al ser humano y su dignidad. Siendo que la mayor indefensión en la que puede encontrarse un ser humano es el verse privado de la protección de su existencia, el resultado de la interpretación realizada por la Corte genera un resultado ambiguo y poco prometedor.

2. LA DECLARACIÓN DE GUANAJUATO

Como una reacción a la resolución de la Corte IDH, se da la llamada Declaración de Guanajuato, la cual intenta refutar la posición de la Corte IDH y señalar los errores científicos de la misma. Por ejemplo, se afirma que la concepción debe ser entendida como la unión del espermatozoide y del óvulo y que la implantación solo cierra el ciclo de la concepción, mas no lo inicia¹⁸. Siendo desproporcionado, a efectos de salvaguardar la vida humana, entender que la anidación sería el punto de partida de la individualidad del hombre.

Es importante destacar que la referida Declaración surge de la iniciativa de científicos, hombres de Derecho, filósofos y expertos en Bioética que desean hacer sentir su voz. Se presenta entonces el fenómeno de la participación de la sociedad civil en la sociedad internacional. Es importante para la democratización de la justicia internacional que los “ciudadanos [...] tengan voz y estén representados en los asuntos mundiales de forma paralela y diferenciada a como lo están en sus propios Estados”¹⁹. La intensa actividad de las ONGs en el sistema interamericano de derechos humanos así lo demuestra.

3. SUJETO DE DERECHO Y DIGNIDAD

Para la Corte IDH el embrión humano concebido *in vitro* no es un sujeto de derecho y por ende no tendría dignidad. Después de todo, la dignidad no es otra cosa que la plenitud que posee un sujeto de derecho para disfrutar de todas las facultades que el ordenamiento jurídico le ofrece.

¿Sería entonces el embrión humano concebido *in vitro* un objeto de derecho? En tanto puede ser objeto de manipulación y se encuentra a merced del comercio jurídico, puede ser “cultivado”, descartado o destruido, sería, en efecto, un objeto.

Incluso el ordenamiento jurídico puede proteger a los objetos de derecho por la especial sensibilidad que despiertan en el ser humano. Es el caso del cadáver de un hombre e, incluso, los animales y la naturaleza. La Convención señala que

¹⁸ Declaración de Guanajuato sobre Fecundación *in Vitro*, 20 de abril de 2013, punto III.

¹⁹ Elena García Guitián, “Sobre la democracia en el ámbito internacional”, *Isegoría*, n°24 (2001) 77-95.

el concebido, será, en general, protegido²⁰. El embrión humano obtenido *in vitro*, parece ser una excepción a la protección general de la que gozan los demás estadios de la vida humana: *nasciturus*, niños, adolescentes, adultos, adultos mayores. Incluso el cadáver humano es considerado un objeto que merece ser tratado con el debido respeto y se encuentra fuera del comercio jurídico²¹.

Existirían, según el punto de vista de la Corte IDH, dos tipos de seres humanos:

- (i) Aquellos que son sujeto de derecho; y,
- (ii) Aquellos que son objeto de Derecho: los embriones obtenidos *in vitro*.

Estos últimos serían los modernos esclavos: seres humanos cosificados que pueden ser comprados, vendidos, encargados, descartados, destruidos.

Señala Nogueira que: “[I]a dignidad del ser humano es el *minimum* invulnerable que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna”²². Sin embargo, como hemos visto, para la Corte IDH los embriones humanos *in vitro* no son tratados como seres humanos, o, en todo caso, como seres humanos indignos.

Precisamente, el Tribunal Constitucional Federal Alemán señaló que, en oportunidades, el ser humano se vuelve un objeto por obra y gracia del Derecho, aunque es de resaltar que parece equiparar el concepto de ser humano con el de persona²³.

No olvidemos que el concepto de dignidad tiene un doble efecto en el ordenamiento jurídico, en otras palabras:

- (i) Por un lado, se trata de un parámetro para la acción del Estado, es decir, que todas sus acciones, sus políticas públicas deben ser conducidas hacia la tutela de la dignidad de la persona humana; y,
- (ii) Por otra parte, se identifica a la dignidad con el límite y la fuente de los derechos fundamentales que la sociedad civil posee, debe proteger y preservar en cada acción que realice²⁴.

En general, y en comparación con lo establecido en la Constitución Política del Perú en su artículo 2 numeral 1, podríamos establecer que un sistema jurídico que impida que el concebido sea tratado como sujeto, lo priva absolutamente de dignidad, y con ello atentaría también contra el concepto de ser humano que maneja nuestro sistema constitucional, al entender que parte de su existencia transcurre de manera indigna.

²⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 4, numeral 1.

²¹ Ley General de Salud, Ley N° 26842 de 1997.

“Artículo 116

Queda prohibido el comercio de cadáveres y restos humanos”.

²² Humberto Nogueira Alcalá, “Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, n°25 (2010).

²³ Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia de la Segunda Sala, del 15 de diciembre, 1970. –2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69.

²⁴ César Landa, “Dignidad”, *Diccionario de Derechos Humanos*, (2011).

Al fin y al cabo, el ser humano es un ser complejo, no es sólo lo biológico, social, jurídico o político, sino también lo espiritual: el alma humana trasciende lo somático, lo corporal y se proyecta individualmente en la civilización sin dejar de ser unidad esencial con la humanidad²⁵.

4. ¿QUÉ DICE NUESTRA CONSTITUCIÓN VIGENTE?

Nuestra Carta fundamental señala que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. La vida, lógicamente, en primer lugar. Para el ordenamiento jurídico peruano el *nasciturus* sí es un sujeto de derecho. Nuestro ordenamiento jurídico no distingue aún entre el no nacido producto de la concepción natural y el no nacido producto de la fertilización *in vitro*.

En virtud del principio de progresividad de los derechos humanos y de la superior protección que al *nasciturus* ofrece ahora nuestra legislación, no se podría pensar en desmontar nuestro sistema legal para desproteger al que está por nacer. Si se diera tal caso se estaría atentando contra el núcleo duro de derechos fundamentales que garantiza nuestra Carta fundamental.

En relación con la jurisprudencia comparada, podemos remitirnos a la Corte Constitucional de Colombia, la misma que ha manifestado que el *nasciturus* debe recibir idéntica protección que cualquier niño y debe ser considerado como sujeto de derecho²⁶, postura muy similar a la de nuestro país.

No podemos dejar de mencionar la posición de Marcial Rubio Correa al comentar nuestro sistema jurídico, específicamente el artículo primero del Código Civil vigente. El ser humano es un sujeto de derecho desde que es concebido hasta que acaece el momento de su fallecimiento, siendo sujeto de derecho en dos momentos bien diferenciados: como concebido y como persona. Se es persona desde que acontece el hecho físico del nacimiento²⁷, y se es concebido desde el punto de vista jurídico o desde el punto de vista biológico. Desde esta perspectiva, el ser humano es concebido al producirse la unión del espermatozoide y del óvulo. Al tratarse de un hecho biológico del que no podemos tener certeza absoluta cuándo y en qué lapso de tiempo se produce, el ordenamiento civil utiliza una ficción jurídica para colocarlo en el rango de los primeros ciento veintinueve días de los trescientos anteriores al nacimiento²⁸.

En efecto, Marcial Rubio Correa señala que, debido a la forma como nuestro Código Civil y nuestra Constitución Política han sido redactados, incluso los embriones obtenidos artificialmente en laboratorios son seres humanos protegidos por el Derecho positivo peruano²⁹.

5. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ CON RESPECTO AL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN

El Tribunal Constitucional, en la demanda de amparo de la ONG “Acción de

²⁵ Luis Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales*, (Lima: Palestra, 2007), 32-33.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, T-223-98, del 18 de mayo de 1998, 12.

²⁷ Marcial Rubio Correa, *El ser humano como persona natural*, (Lima: Fondo Editorial PUCP, 1995), 15.

²⁸ Rubio Correa, *El ser humano como persona natural*, 16-17.

²⁹ Rubio Correa, *El ser humano como persona natural*, 19.

Lucha Anticorrupción” contra el Ministerio de Salud, apelando a los principios *pro homine* y *pro debilis*³⁰ y al principio precautorio (con mención al principio de prevención)³¹, y después de valorar los argumentos científicos a su disposición, optó por la tesis de la fecundación como sinónimo de concepción, es decir, la vida humana se inicia para el ordenamiento jurídico peruano en el momento en que se produce “la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula”³². Como vemos, se trata de una posición distinta a la de la Corte IDH, para quien la concepción se produce en el momento de la implantación.

Además, del texto de la resolución y más allá de los votos singulares de los magistrados que decididamente lo afirman³³, fluye naturalmente el reconocimiento a nivel jurisprudencial del mandato constitucional de considerar al *nasciturus* como un sujeto de derecho.

Hay que tener en cuenta que ya el Tribunal Constitucional peruano se había manifestado con respecto al derecho a la vida señalando que el Estado tiene el deber de proteger la vida del ser humano, siendo que ésta se constituye en “presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho [...] no tiene sentido [...] ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos”³⁴.

6. NORMAS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS DE LOS NIÑOS

La Convención sobre los Derechos del Niño firmada en 1989, y en vigor desde 1990, no realiza distinción entre seres humanos por nacer y nacidos cuando señala que “[...] se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”³⁵. A primera lectura se podría entender que sería necesario haber nacido para ser considerado niño por la Convención, sin embargo debemos integrar el referido artículo con lo señalado por el preámbulo del tratado, el mismo que establece una conexión directa con la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y hace suya la sentencia: “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”³⁶. Claramente, el término “niño” para la Convención incluye a los que

³⁰ Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N.º 02005-2009-PA/TC, para. 33-34

³¹ Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N.º 02005-2009-PA/TC, para. 48-50

³² Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N.º 02005-2009-PA/TC, para. 48-50

³³ Para el magistrado Mesía Ramírez, “[e]l *nasciturus*, en el marco de la Constitución, posee dignidad humana y, por ende, es también titular de derechos. Nuestra Constitución –a diferencia de otros países– declara expresamente que el concebido es sujeto de derechos. Esta posición principista obliga a que se establezca un trato de igualdad entre el *nasciturus* y la mujer”. Para los magistrados Landa Arroyo y Calle Hayen, “[e]l mensaje que la Constitución incorpora al reconocer el derecho fundamental a la vida se dirige a considerar que dicho atributo se refiere tanto a la persona humana como sujeto de derecho individualizado a partir de su nacimiento, como el reconocimiento constitucional de la existencia del concebido, en cuanto sujeto de derecho que está por nacer. El artículo 2º, inciso 1) de nuestra norma fundamental es concluyente al respecto al reconocer no solo que “ Toda persona tiene derecho: (...) A la vida” sino que “El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”

³⁴ Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N.º 2945-2003-AA, para.27.

³⁵ Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, Artículo 1.

³⁶ Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, Preámbulo.

están por nacer y a los ya nacidos en tanto no se hace distinción alguna entre ambos.

En este caso, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño sirve como parámetro de interpretación de la misma, tal como señala la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969, en su artículo 31 numeral 2: “[p]ara los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además [el] preámbulo [...]”.

7. ¿TRATA DE EMBRIONES *IN VITRO*?

La trata de personas es uno de los crímenes más abominables que ataca al género humano, pues implica la absoluta cosificación del individuo.

Se entiende que la trata de personas adultas y la de niños difiere porque en la trata de adultos se presentan tres elementos³⁷:

- (i) La acción de captación;
- (ii) Ciertos medios de captación como la amenaza; y,
- (iii) Los fines de explotación de la persona.

Para la trata de niños no se requiere la existencia de “medios”³⁸. No existe aún el concepto de trata de embriones *in vitro*.

Cabe anotar que el Reglamento de la Ley N.º 28950, Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, que crea la Comisión Multisectorial de naturaleza permanente contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, aprobado por Decreto Supremo N.º 001-2016-IN, de fecha 8 de enero de 2016, en su artículo 3, numeral 17, define al niño/niña como el “[...] ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad”.

Este niño o niña, es susceptible de ser objeto de compra venta, y se considera que esta se produce cuando, por medio de una “transacción ilegal [...] las niñas, niños y adolescentes son entregados al dominio de una persona o grupo de personas, a cambio de dinero u otro beneficio”³⁹.

Podría entenderse que, en vista de la definición de niño o niña reseñada supra, el ser humano embrión *in vitro*, podría ser encontrarse protegido por los alcances del Decreto Supremo N.º 001-2016-IN.

Sin embargo, la afirmación precedente se encuentra bajo cuestionamiento si consideramos que la ratio de las normas contra la trata de personas se ha pensado, precisamente para proteger “personas”, es decir, seres humanos dotados de “personalidad”, ya nacidos. En todo caso, una víctima, según los alcances del Decreto Supremo N.º 001-2016-IN es aquella “persona que sin distinción alguna [...], ha sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal”⁴⁰.

³⁷ Oficina del Alto Comisionado de la Organización de Naciones Unidas, “Los derechos humanos y la trata de personas”, folleto Informativo n.º 36 (2014).

³⁸ Oficina del Alto Comisionado de la Organización de Naciones Unidas, “Los derechos humanos y la trata de personas”

³⁹ Artículo 3 numeral 6 del Decreto Supremo N.º 001-2016-IN

⁴⁰ Artículo 3, numeral 31 del Decreto Supremo N.º 001-2016-IN.

Como se puede apreciar, ciertos niños o niñas, según los alcances del artículo 3 numeral 17 del Decreto Supremo N.º 001-2016-IN, en particular, los embriones producto de fertilización *in vitro*, se encontrarían en la siguiente situación:

- (i) Son niños o niñas si se identifica a la concepción con la fertilización como hace el Tribunal Constitucional del Perú; o,
- (ii) No son ni niños ni niñas si se identifica a la concepción con la anidación como hace la Corte IDH.

Si aceptamos el primer punto, estos embriones fertilizados *in vitro*, no podrían ser comprados o vendidos por encontrarse protegidos por el Decreto Supremo. Sin embargo, no podrían ser considerados víctimas, pues no son personas y no son “tratadas”.

La confusión terminológica se manifiesta por la falta de claridad con que son abordados los conceptos de concebido, niño, vida humana, etc., tanto en la legislación nacional como internacional, amén de la cuestionable, desde el punto de vista jurídico y biológico, sentencia de la Corte IDH.

Recordemos que el Perú tiene un Plan Nacional contra la trata de personas 2017 – 2021, aprobado por Decreto Supremo - N° 017-2017-IN, el mismo que hace énfasis en la definición de trata de personas del “Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” del año 2000, también conocido como el Protocolo de Palermo, y los tres elementos que componen dicho concepto de trata:

- (i) El comportamiento del agente que trafica con personas (captación, transporte, traslado, acogida, recepción, retención);
- (ii) Los medios que utiliza el traficante (violencia, amenaza, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder, abuso de situación de vulnerabilidad, pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra); y,
- (iii) La finalidad con la que se trafica (venta de niñas, niños y adolescentes, explotación sexual y prostitución, esclavitud, explotación laboral, trabajo forzoso, mendicidad, tráfico de órganos)⁴¹.

El mencionado Protocolo de Palermo define al niño como “toda persona menor de 18 años”, con lo que deja fuera de su ámbito de protección a los no nacidos en general (incluyendo a los embriones producto de fertilización *in vitro*).

Recientemente, el Perú y los Estados Unidos de América han firmado, el 15 de junio de 2017, un instrumento denominado “Alianza de Cooperación para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de los Estados Unidos de América”. La Alianza tiene los siguientes propósitos:

- (i) Procesar eficazmente y condenar a los autores del delito de trata de personas;
- (ii) Brindar atención integral a las víctimas; y,
- (iii) Prevenir la trata de niñas, niños y adolescentes en todas sus formas.

⁴¹ Plan Nacional contra la trata de personas 2017 – 2021, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2017-IN.

La Alianza, cuya naturaleza jurídica obedece al de un memorándum de entendimiento, en la medida que, en su punto VII señala que el instrumento “no crea obligaciones vinculantes entre los participantes”, ha sido pensada para fortalecer la lucha contra la trata de personas producto de actividades ilegales tales como la minería y la tala ilegal.

En estos momentos es impensable un acuerdo internacional que proscriba la compraventa de embriones obtenidos *in vitro*. Por el contrario, cada día crece el número de países que generan legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida, lo cual genera un mercado millonario, poco interesado en cuestiones éticas o de respeto por los derechos humanos.

Sin embargo, numerosos tratados sobre derechos humanos cautelan la vida e integridad de los seres humanos. Ello resulta paradójico en tanto que no existe consenso sobre el inicio de la misma. En ese sentido, la sentencia de la Corte IDH, lejos de haber zanjado el tema, ha planteado un escenario por demás confuso y poco alentador.

Como señaláramos *supra*, la Corte IDH se ha basado en lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en ciertos casos concomitantes. Ello parecería demostrar que la Corte IDH no quiere apartarse de los criterios básicos de su similar europeo, como si temiera a la fragmentación del Derecho internacional⁴², habiendo perdido una oportunidad para afirmar la riqueza del Derecho internacional americano y sus particularidades.

La Corte IDH pudo afirmar, por ejemplo, que los embriones *in vitro* son sujetos de derecho en tanto son seres humanos; sin embargo, y en tanto que no son viables fuera del útero materno, el goce de su derecho a la vida se encuentra limitado o restringido, supeditado a la implantación. Una salida de esta naturaleza, desde luego, pondría en riesgo el uso de embriones con el propósito de llevar a cabo los procedimientos para las técnicas de reproducción humana asistida. Se podría aducir que con ello se estaría limitando el uso de la ciencia para que las parejas con problemas reproductivos puedan acceder a sus derechos en esa área de la vida. Se trataría, ya en ese supuesto, de un tema de ponderación en tanto que el derecho a la vida, en efecto, difícilmente podría ser considerado como absoluto.

II. CONCLUSIONES

- La Corte IDH señala que el embrión humano obtenido por fertilización *in vitro* no puede ser considerado sujeto de derecho con lo que se formalizaría una categoría de seres humanos objeto de Derecho.
- La Corte IDH identifica concepción con implantación y establece que, antes de la implantación, no existe vida humana individualizable. Desde el punto de vista jurídico es posible establecer incluso que la vida humana empieza con el nacimiento, en tanto que el Derecho no tiene que seguir necesariamente al hecho biológico. Sin embargo, la pretendida cientificidad del Derecho se viene abajo si se le fuerza a extremos que contradicen lo establecido por las ciencias formales y naturales.

⁴² Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, “Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Capítulo XII, (2006).

- La Constitución Política del Perú, que señala que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, acaba por ser mucho más garantista que la Convención interpretada por la Corte IDH, especialmente luego de lo decidido por el Tribunal Constitucional en el caso analizado supra.
- La Convención entraría en contradicción con la Constitución del Perú y todo su sistema jurídico en lo que a protección del ser humano se refiere. Por una vez, nuestro país estaría a la vanguardia en esa materia.
- La Corte IDH parece querer acercarse a la visión europea anglosajona y alejarse de la tradición jurídica latinoamericana en cuanto a protección de la vida humana.
- La Corte no satisface ni los supuestos de interpretación recogidos en la Convención Americana ni los señalados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Sería necesario, para un honesto entendimiento de la interpretación que hace la Corte IDH sobre la diferencia entre embriones “naturales” y embriones in vitro, que se admitiera que los derechos humanos no preexisten a las colectividades humanas ni al Estado, sino que se van construyendo como un sistema normativo que responde a las necesidades particulares de las élites de las sociedades que, en determinados periodos históricos, se van sucediendo en el liderazgo regional y mundial.

III. BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Castillo Córdova, Luis. *Los derechos constitucionales*. Lima: Palestra, 2007.
- Rubio Correa, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Lima: PUCP Fondo Editorial, 1995.
- Varsi Rospigliosi, Enrique. *Derecho Genético*. Lima: Grijley, 2001.

Artículos

- Arango Restrepo, Pablo. “Estatuto del embrión humano”. *Escritos*, vol. 24, n° 53 (julio – diciembre 2016).
- Blasi, Gastón. “¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? Un estudio multidisciplinario”. *Persona, Derecho y Libertad*. MOTIVENSA (2009)
- Chía, Eduardo y Pablo Contreras. “Análisis de la Sentencia Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*, año 12, n°1 (2014).
- Landa, César. “Dignidad”. *Diccionario de Derechos Humanos*. Madrid: Universidad de Alcalá, (2011).
- Ferrajoli, Luigi. “La cuestión del embrión, entre Derecho y moral. *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, n° 245 (2006)
- Fernández Sessarego, Carlos. “¿Qué es ser “persona” para el Derecho?”. *Derecho PUCP*, n° 53 (2002)
- García Guitián, Elena. “Sobre la democracia en el ámbito internacional”. *Isegoría*, n° 24 (2001).

Nogueira Alcalá, Humberto. “Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, n° 5 (2010)

Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. “Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional”. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. Capítulo XII, 2006.

Oficina del Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas. “Los derechos humanos y la trata de personas”. Folleto Informativo n° 36 (2014).

Normas y Tratados

Constitución Política de Costa Rica de 1949.

Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Constitución Política del Perú de 1993.

Ley General de Salud. Ley N.° 26842 de 1997.

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000.

Declaración de Guanajuato sobre Fecundación in Vitro. 20 de abril de 2013.

Decreto Supremo N.° 001-2016-IN, de fecha 8 de enero de 2016 que aprueba el reglamento de la Ley N.° 28950, Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, que crea la Comisión Multisectorial de naturaleza permanente contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes.

Plan Nacional contra la trata de personas 2017 – 2021, aprobado por Decreto Supremo - N° 017-2017-IN, del 7 de junio de 2017.

Alianza de Cooperación para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de los Estados Unidos de América, del 15 de junio de 2017.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional Federal Alemán. Sentencia de la Segunda Sala, del 15 de diciembre, 1970. –2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69.

Corte Constitucional de Colombia. T-223-98, del 18 de mayo de 1998.

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N° 2945-2003-AA. 20 de abril de 2004.

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N° 02005-2009-PA/TC. 16 de octubre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Primer Juzgado Constitucional de Lima. Expediente N° 30541-2014-18-1801-JR-CI-01. Resolución del 19 de agosto de 2016