

*“(…) a través del DGP se procura identificar los embriones “normales” y seleccionarlos para ser transferidos. En definitiva, se hace un diagnóstico para elegir al hijo deseado y para descartar a los hijos “no deseados”. Es un “diagnóstico” que no se ordena a “curar” sino a eliminar.”*

## El diagnóstico genético preimplantatorio: de nuevo sobre los límites de “Artavia Murillo”

194

Jorge Nicolás Lafferriere\* y Juan Alonso Tello Mendoza\*\*

### *I. Sobre el caso y lo resuelto por la Corte*

El 30 de julio de 2014, la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza dictó sentencia en la causa n° 110.803, caratulada: L., E.H. y OT. En J. 221.605/50.235 “L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ ACCIÓN DE AMPARO P/ APELACIÓN s/ INC.”, rechazando la solicitud de una práctica de diagnóstico genético preimplantatorio (en adelante, DGP).

El amparo iniciado por los actores contra la Obra Social de Empleados Públicos se dirigía a obtener una orden para la cobertura integral de una fecundación artificial por la técnica ICSI (inyección intracitoplasmática) con DGP. Para justificar tal recurso los accionantes sostuvieron que hasta ese momento no habían podido concebir hijos mediante las técnicas de fecundación asistida por padecer una infertilidad primaria. Señalaron que en varias oportunidades habían recurrido, sin éxito, a la inseminación intrauterina y a las prácticas de fertilización asistida ICSI y, que en dicho ínterin, constataron que el Sr. L. tenía un riesgo del 80% de producir espermatozoides con desbalances de los cromosomas involucrados en la translocación y de otros por efecto intercromosómico. Esto último originaría embriones anormales y/o “nacidos” con cromosomopatías. En tal marco, se les indicó acudir al DGP para poder “solucionar” el problema de infertilidad. Esta técnica les permitiría seleccionar embriones “sanos” para ser transferidos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, la CSJN), con voto de mayoría de los Dres. Jorge H. Nanclares y Alejandro Pérez Hualde, confirmó lo resuelto en las instancias inferiores, rechazando el recurso deducido por los accionantes. Por su parte, el Dr. Omar Palermo formuló una disidencia en favor de la acción.

\* Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina y Profesor Titular de la misma casa de estudios. Profesor Adjunto de la Universidad de Buenos Aires y Director del Centro de Bioética, Persona y Familia.

\*\* Bachiller en Derecho por la PUCP.

La sentencia plantea variadas y muy actuales cuestiones de bioética y derecho. En el presente comentario, abordando también determinadas consideraciones respecto al DGP, nos focalizaremos en los argumentos vertidos en torno a la aplicación de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) en la causa “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” (en adelante, “Artavia Murillo”).

## II. Sobre el pretendido carácter vinculante de los fallos de la CIDH y la doctrina del control de convencionalidad

El artículo 68º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la CADH) establece con una claridad que no deja espacio a las dudas que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Es decir, fuera de esa específica obligación internacional para las partes en un proceso interamericano, no existe disposición alguna en dicho Tratado que haga a una sentencia de la CIDH vinculante y con efectos *erga omnes* para todos los países de la región que hayan aceptado su competencia contenciosa.<sup>1</sup> Siendo así, en estricto sentido, tal sentencia no obliga jurídicamente a Argentina en aspecto alguno.

No obstante, si bien lo anterior es cierto, ¿no haría el control de convencionalidad que dicha sentencia sea plenamente aplicable en nuestro país? La respuesta es no. Si el control de convencionalidad incluyese en su marco referencial no solo al Tratado, sino también a las sentencias de la CIDH, tendríamos que responder afirmativamente; sin embargo, no es así. El control de convencionalidad es una doctrina que, de modo análogo al control de constitucionalidad -que busca establecer la supremacía de la Constitución al interior del Estado-, tiene por meta afianzar la hegemonía de los tratados de derechos humanos en aquellos países que lo han ratificado. Así, todo juez local y autoridad nacional debe considerar sus actos no solo a la luz del parámetro de constitucionalidad, sino también al de convencionalidad, entendiéndose como marco de este último -para nuestro caso- solo a la CADH, no a la jurisprudencia de

la CIDH. Ello, pues si bien reconocemos la importante contribución que la CIDH realiza a través de sus sentencias, para el mejor entendimiento y protección de los derechos humanos, no existe razón suficiente para considerar a su doctrina jurisprudencial como un precedente que constriña a toda autoridad interna a una determinada tesis jurisdiccional.

Dada la mencionada ausencia de disposición en la CADH, cuando uno se embarca en la tarea de encontrar el fundamento jurídico para considerar vinculantes con efecto *erga omnes* a las sentencias de la CIDH, se encuentra básicamente con dos argumentos: en primer lugar, la propia CIDH así lo ha establecido al incluir su jurisprudencia en el control de convencionalidad y, en segundo lugar, el *pacta sunt servanda* hace que la aceptación de la competencia de este tribunal lo reconozca como último intérprete de las disposiciones de la CADH.

En relación a lo primero, efectivamente, a la fecha son más de 30 las sentencias de la CIDH que refieren al control de convencionalidad, siendo la primera en haberlo abordado expresamente la del caso “Almonacid Arellano vs. Chile”<sup>2</sup> en el año 2006. Desde entonces, la CIDH ha fijado como parámetros referenciales de la convencionalidad no solo a la CADH, sino también a toda interpretación realizada por ella misma, en otras palabras, su propia jurisprudencia. Así también, en el año 2012, la sentencia del caso “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”<sup>3</sup> estableció que, en adelante, no solo debía considerarse como marco referencial a la CADH y a toda interpretación que de esta realice la CIDH, sino también a todo tratado de derechos humanos que haya sido ratificado por el Estado, así como a la jurisprudencia de la CIDH que la haya interpretado.

Sin embargo, concluir que la jurisprudencia de la CIDH resulta obligatoria -en virtud de la doctrina del control de convencionalidad- pues la propia jurisprudencia de la CIDH así lo ha señalado, constituye una auténtica falacia petición de principio, dado que dicha argumentación presupone en sus premisas lo que está por demos-

<sup>1</sup> Cf.: THURY Cornejo, Valentín La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Ponencia presentada en las Jornadas Argentino-Chileno-Peruano-Uruguayas de Derecho Constitucional”, Montevideo, Uruguay, 14 y 15 de octubre de 2011, p. 2. [EDCO, (22/03/2012, nro 12.963)].

<sup>2</sup> Sentencia de la CIDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Párr. 124.

<sup>3</sup> Sentencia de la CIDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Párr. 262.

trarse: si la jurisprudencia de la CIDH es vinculante<sup>4</sup>. Para evitar caer en ello tendrían que señalarse fuentes independientes a la jurisprudencia de la CIDH que establezcan la obligatoriedad de sus sentencias, pero al menos en el ámbito internacional, no las hay. De allí a que, frente a la inconsistencia observada y ante el vacío de regla al respecto en el fuero internacional, se afirme que lo que imponen tales sentencias:

*No es la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, sino, en todo caso, la obligación de tenerla en cuenta, de considerarla, de hacer mérito de ella, lo que no implica necesariamente el deber de acatarla. (...) preciso es admitir que, bajo la CADH, la Corte IDH no puede imponer otra obligación que la de tener en cuenta su jurisprudencia. En efecto, no existe norma alguna en la CADH que le otorgue a la Corte IDH poder para imponer a los Estados integrantes del SIDH la obligación de acatar su jurisprudencia bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional<sup>5</sup>.*

En relación a lo segundo, se señala que al ser la CIDH la intérprete última de la CADH, todo control de convencionalidad debe necesariamente incluir como parámetro lo que su jurisprudencia haya interpretado, siendo el *pacta sunt servanda* la razón por la cual todo Estado debe honrar aquella obligación en la que reconoció tal función de la CIDH. Esta argumentación tampoco resulta satisfactoria del todo, pues que la CIDH sea la autoridad final en un proceso interamericano –siendo sus sentencias definitivas e inapelables (artículo 67º de la CADH)- no hace que las mismas sean vinculantes para las autoridades locales en todo proceso al interior del país. Como se aprecia, se trata de atributos distintos, tener la última palabra en un caso no significa que la doctrina jurisprudencial del mismo deba ser necesariamente seguida en otros casos o por otros tribunales. Para ello se necesitaría una regla adicional que establezca lo que en el *common law* se conoce como *stare decisis* (precedente de obligatorio cumplimiento), cosa que al menos por ahora no existe en el sistema interamericano<sup>6</sup>. En este marco de discusión, cobra real sentido

abordar lo referente al *pacta sunt servanda* dado que, así como de buena fe deben respetarse las competencias reconocidas a la CIDH, también de buena fe deben leerse las disposiciones de la CADH, las cuales no incluyen en modo alguno un eventual carácter vinculante de las sentencias de la CIDH.

Es más, si fuese que la jurisprudencia de la CIDH estuviese incluida en la doctrina del control de convencionalidad, tendríamos que discutir con mayor detenimiento sobre las distintas dificultades que se presentan. Entre ellas, tenemos que: a) se constriñe la libertad interpretativa del juez nacional, atándolo a las interpretaciones que pudiesen venir desde la CIDH; b) su aplicación supone un “sacrificio ideológico”, pues antepone la ideología que anima la actuación de la CIDH por sobre el techo ideológico que campea en una Constitución local al momento de interpretar una regla constitucional; y, c) “encadena” a los Estados que no fueron parte de una controversia, y que por tanto, no fueron escuchados ni pudieron aportar su opinión al respecto, a una tesis jurisdiccional determinada, trastocándose con ello las habituales reglas del debido proceso<sup>7</sup>.

Ahora bien, ¿podría un Estado por cuenta propia otorgar, en la práctica o en su normativa expresa interna, un mayor grado de incidencia a las sentencias de la CIDH así no sea parte del proceso interamericano en el que se emitió? Definitivamente sí, pero como se desprende de la misma pregunta, no es la CIDH ni disposición alguna en la CADH la que hace esto posible, sino la decisión particular de un determinado Estado. De esta manera, mientras en Perú se asume la observancia obligatoria no solo de los tratados de derechos humanos, sino también de toda interpretación hecha por los tribunales que lo custodian (entiéndase la resolución y la fundamentación o *ratio decidendi*), incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso<sup>8</sup>; en México, entre otras cosas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha determinado que solo las sentencias de la CIDH derivadas de casos en los que el Estado mexicano será parte serán obligatorias

<sup>4</sup> Cf.: MALARINO, Ezequiel, “Acercas de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de Derechos Humanos para los Tribunales Nacionales”. En Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional, Tomo II, 2011, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, pp. 438-439.

<sup>5</sup> BIANCHI, Alberto, Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’. La Ley -E, 1090, Buenos Aires.

<sup>6</sup> Cf.: MALARINO, Ezequiel. Óp. Cit. P. 439.

<sup>7</sup> Cf.: SAGÚÉS, Néstor, Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el sistema interamericano. La Ley -D, 1245, Buenos Aires, 11 de agosto de 2010.

<sup>8</sup> Cf.: Tribunal Constitucional del Perú. Caso Arturo Castillo Chirinos. Proceso de Amparo. Sentencia de 21 julio de 2006. EXP. N.º 2730-2006-PA/TC, párrs. 12-14.

“en sus términos”<sup>9</sup>, aquellas provenientes de asuntos en los que no haya sido parte, “serán orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona”<sup>10</sup> (subrayado nuestro). Por su parte, en Uruguay, luego de secundarse las mismas razones que líneas arriba hemos esgrimido sobre la no obligatoriedad de las sentencias de la CIDH, se señaló que “nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituyen un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos”<sup>11</sup>.

Dicho esto, ¿cuál es situación actual en Argentina en torno a la recepción de la jurisprudencia interamericana? Si bien nuestra CSJN ha reiterado en diversas oportunidades que la CADH goza de jerarquía constitucional por voluntad expresa del constituyente (artículo 75º, inciso 22, párrafo 2 de la Constitución Nacional), no ha dicho lo mismo en torno a la jurisprudencia de la CIDH, que en tal caso constituye una “insoslayable” o “imprescindible” “pauta” –o “guía”- de interpretación<sup>12</sup>. Es decir, aunque es cierto que los aportes interpretativos de la CIDH resultan valiosos para la consolidación de la protección de los derechos humanos en nuestro país y deben ser adecuadamente considerados, también es cierto que ello no los hace automáticamente vinculantes, pues de acuerdo a la propia CSJN, se trata solo de eso: una “guía” o “insoslayable pauta de interpretación”, de la cual –por ende- los jueces y autoridades locales podrían apartarse (como lo vienen haciendo ya) si existen debidas razones como las que, entre otras cosas, exponemos en esta reflexión.

*Buena parte de este razonamiento es desarrollado por el juez Pérez Hualde, quien se fundamenta en “el dictamen del Procurador General de la Nación en el caso Acosta y en las enseñanzas de María Angélica Gelli para recordar que en base a lo que dispone de manera explícita el Art. 68º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, surge del ordenamiento internacional que: a) los fallos de la Corte Inter-*

*americana de Derechos Humanos son obligatorios para el Estado que aceptó la competencia del tribunal internacional y fue parte en el proceso internacional en el que resultó condenado; b) las decisiones de la Corte Interamericana no tienen efectos generales sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado; c) la Convención Americana no establece en ninguna disposición el alcance general de los fallos de la Corte Interamericana, ni en cuanto al decisorio ni en cuanto a los fundamentos (El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional (en el caso “Acosta”), La Ley t. 2012-D).*

Para Gelli, citada por Pérez Hualde, si bien la CSJN no respaldó ese razonamiento, resolvió en el sentido por él propuesto. Por ello, momentos después, en “Carranza Latrubesse”, “varios de los votos por la mayoría, y también por la disidencia –sobre todo Argibay-, dejan claramente expresado que la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Internacional sólo se presenta cuando el país es parte en el proceso y es jurisdiccional”. De no ser así, es decir, si fuese acertada la posición que aquí se controvierte en torno a la obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana, ello conllevaría a que la CIDH se habría convertido –siguiendo al Procurador General en la causa “Acosta”- “en intérprete supremo de una porción del derecho constitucional argentino (precisamente aquella porción que corresponde a la Convención Americana) en contra de lo dispuesto por los arts. 108º y 116º de la Constitución nacional”. Adviértase en dicha línea que, de considerarse obligatorias las sentencias de la CIDH, otorgándoseles materialmente el mismo rango jerárquico constitucional del que goza la CADH, se podría estar concediendo a los jueces interamericanos una atribución legislativa encubierta, desplazando en estas materias más que al poder constituido, al propio poder constituyente argentino.

En ese sentido, tratándose la doctrina jurisprudencial de la CIDH de una “pauta interpretativa”, considera-

9 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011, Tomo I, tesis P. LXV/2011 (9a.), p. 556. En: CARBONELL, Miguel. Introducción al Control de Convencionalidad. Editorial Porrúa, México, 2013, p. 18.

10 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011, Tomo I, tesis P. LXVI/2011 (9a.), p. 550. En: CARBONELL, Miguel. Óp. Cit., p. 20.

11 Suprema Corte de Justicia del Uruguay. Caso M. L., J. F. F., O. Excepción de inconstitucionalidad. Sentencia de 22 de febrero de 2013. CASO 16474. Apartado III.A.

12 Cf.: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Horacio Giroldi y otro. Sentencia de 7 de abril de 1995, párr. 11; Caso Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad. Sentencia de 14 de junio de 2005, párr. 17; Caso Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. De casación e inconstitucionalidad. Sentencia de 13 de julio de 2007, párr. 20; Caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 8.

mos que no debe realizarse una aplicación acrítica de la misma, sino que por el contrario, deben analizarse los argumentos y contexto bajo los cuales se adoptó una concreta decisión, pues, como es sabido, cada Estado tiene singularidades que lo diferencian de otros. Esta suerte de tamiz interno que pondere los criterios más favorables para la persona y establezca como límite los principios, garantías y derechos a los que refiere el artículo 28º de la Constitución de la Nación, es principalmente una tarea de la judicatura<sup>13</sup>.

Por ello, resulta pertinente la intervención del juez Pérez Hualde cuando considerando “Artavia Murillo” aclara en su voto que ha realizado un control de convencionalidad, “en tanto y en cuanto adecuado control de compatibilidad entre el texto de una norma nacional, provincial o local, su interpretación o un acto u omisión de autoridad pública o de particulares (por un lado) con relación al texto de un tratado internacional y/o la interpretación judicial o consultiva de ese texto realizado por una autoridad internacional competente para hacerlo (por el otro)”. Así, luego de efectuarlo, su conclusión “no admite la afirmación que, obiter dictum, respecto del comienzo de la vida humana, ha realizado la CIDH, en un fallo donde el tema era la prohibición de otro procedimiento que no implicaba necesariamente la experimentación y el descarte de embriones, sin la mayoría necesaria a este respecto, y que cuenta en nuestro país con legislación específica”. Y aclara al respecto que el análisis que ha practicado en su voto “tiene lugar justamente por el alto reconocimiento que merece la CIDH en el campo de los derechos humanos”, de tal modo que “no podía tomar un rumbo distinto al de su opinión sin explicar debidamente las razones”.

En suma, será la transparente labor de la CIDH, la solidez argumentativa de sus sentencias y la idoneidad aplicativa resultante del tamiz analítico los que hagan que sus interpretaciones sean ejemplares pautas de in-

terpretación a considerar en nuestra esfera nacional, pues como lo hemos desarrollado líneas arriba:

*La afirmación que los tribunales nacionales necesariamente deben seguir la pauta jurisprudencial emanada de los fallos de la Corte –o sea que éstos revisten el carácter de fuente de seguimiento obligatorio– carece de sustento suficiente, reflejando simplemente una intención de deseos, un querer ser que no encuentra fundamentación, ni desde la óptica del derecho interno (al menos para la República Argentina), ni desde la del derecho internacional, siendo una construcción novedosa que incluso contradice pronunciamientos previos de la propia Corte, la cual no ha brindado razones ni argumentación suficiente para el cambio de posición<sup>14</sup>.*

### III. Sobre las razones por las que deberíamos apartarnos de “Artavia Murillo”

Llegado a este punto y habiendo realizado nuestros comentarios respecto a la alegada obligatoriedad de la sentencia “Artavia Murillo” en el fallo bajo análisis, resulta propicio abordar lo referente a aquellas razones por las que consideramos no pertinente invocar esta sentencia y, en tal caso, razonable para todo juez apartarse de ella<sup>15</sup>, como en buena forma lo hicieron los jueces Nanclares y Pérez Hualde.

#### A) Existe una diferencia decisiva entre el contexto de Argentina y el de Costa Rica

En primer lugar, la sentencia de la Suprema Corte de Mendoza permite advertir que no resulta válida la extrapolación de la sentencia “Artavia Murillo” de la CIDH a la Argentina para ordenar un DGP, pues son muy diferentes los contextos de nuestro país y de Costa Rica<sup>16</sup>.

En efecto, la CIDH condena a Costa Rica porque con-

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación de México. Acta de Sesión Pública Nº 89. Martes 3 de septiembre de 2013. Parte de la intervención del señor ministro Zaldivar Lelo con la que coincidimos, no necesariamente con la totalidad de la misma.

<sup>14</sup> VÍTOLO, Alfredo (2013). Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser” – acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”. Revista Pensamiento Constitucional. Vol. 18, Nº 18, página 7. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8961/9369>

<sup>15</sup> En esta ocasión, circunscribiremos nuestra labor, en gran parte, a las razones aportadas en el fallo mendocino bajo comentario. Para mayor información al respecto, véase: LAFFERRIERE, Nicolás. Los límites de “Artavia Murillo” en un interesante fallo en protección del embrión humano, Doctrina judicial, La Ley, Año XXX, Número 06, 5 de febrero de 2014, p. 21-38; y, HERRERA, Daniel y LAFFERRIERE, Nicolás. ¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida. Suplemento Constitucional, 9 de abril de 2013, 16 – La Ley2013-B.

<sup>16</sup> En su voto, Pérez Hualde sostiene “El mencionado fallo “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, como bien lo pone de manifiesto el voto del Dr. Nanclares, trata sobre otra situación jurídica que nada tiene que ver con la ventilada en autos, pues el tema a decidir en aquél era sobre la prohibición absoluta del método ICSI. No tenía por objeto el tema que, “obiter dictum”, introduce el Tribunal Internacional acerca de cuándo comienza la existencia de la “persona”. No considero que este sea el punto a decidir, pues son muchas las soluciones jurídicas acerca de esa determinación y no parece decisiva para precisar desde cuándo se debe proteger la vida humana y su dignidad”.

sideró que vulneraba el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, el derecho a la salud, en especial a la salud sexual y reproductiva, el derecho de hacerse de los avances científicos y el principio de no discriminación la prohibición de la fecundación in vitro con fundamento en la protección absoluta del derecho a la vida. En cambio, la Argentina posee una ley específica de cobertura de la fecundación in vitro, más allá de las importantes críticas que tal Ley nos merece. Y en “Artavia”, lo que se discutía eran casos de matrimonios infértiles que recurrían a la fecundación in vitro, siendo que ninguno alegó la necesidad de un DGP.

Justamente, el juez Nanclares en la sentencia que comentamos marca esta diferencia entre la Argentina y Costa Rica: “En nuestro país la previsión legal que se le reprocha al Estado de Costa Rica sí existe. La Ley 26.862 garantiza el acceso a la FIV entre las técnicas de reproducción médicamente asistida con los alcances y en las condiciones que la normativa establece y, como ya expuse, dentro de sus parámetros el GPD no está contemplado”. Igualmente, el juez Pérez Hualde es claro en este punto: “El mencionado fallo Artavia Murillo vs. Costa Rica, como bien lo pone de manifiesto el voto del Dr. Nanclares, trata sobre otra situación jurídica que nada tiene que ver con la ventilada en autos, pues el tema a decidir en aquél era sobre la prohibición absoluta del método ICSI”.

### *B) La CIDH reconoce los límites de su sentencia al dejar deliberadamente fuera del caso los problemas más complejos de la FIV*

En el capítulo VII de “Artavia Murillo” la CIDH señaló que solo tomaría en cuenta las pruebas y argumentos aportados por Costa Rica que tuviesen relación “explícita” con la motivación utilizada en la sentencia de la Sala Constitucional. De esta manera, evitó pronunciarse sobre: “i) los posibles riesgos que la práctica podría producir en la mujer; ii) alegadas afectaciones psicológicas en las parejas que acudan a la técnica; iii) presuntos riesgos genéticos que se podrían producir en los embriones y en los niños nacidos por el tratamiento; iv) los alegados riesgos de embarazos múltiples; v) los supuestos problemas que implicaría la crioconservación de embriones, y vi) los posibles dilemas y problemas legales que podrían generarse por la aplicación de la

técnica” (párrafo. 134).

No obstante, nos preguntamos, ¿Cómo puede concluir la CIDH la viabilidad del acceso a las técnicas de la FIV y comprenderla como parte del ejercicio de un derecho humano sin haber valorado las pruebas y argumentos que objetan su regulación?, ¿No resultan tales objeciones parte integrante del análisis que debería realizarse antes de emitir un pronunciamiento favorable sobre un tema que, de acuerdo a las pruebas aportadas, podría representar graves riesgos y vulneración de derechos?

Frente a ello tenemos que, al no haberse considerado de modo directo determinados argumentos y pruebas presentadas por el Estado, cabe concluir que la discusión sobre estos puntos puede dar lugar a una nueva evaluación de la situación de la fecundación in vitro. Así también, se desprende que “Artavia Murillo” no constituye un “cheque en blanco” en cuanto a toda aplicación biotecnológica, pues ella misma expone sus límites al no abordar aspectos como los mencionados líneas arriba o como los discutidos en la sentencia mendocina: el DGP. Consecuentemente, en consonancia con los jueces Nanclares y Pérez Hualde, mal haríamos en sostenernos de “Artavia Murillo” para alegar permisividad en asuntos que la propia sentencia “Artavia Murillo” no resuelve.

### *C) La ausencia de mayoría en los votos de la CIDH y la arbitrariedad de la decisión*

Pérez Hualde, citando a Eugenio Palazzo, señala como deficiencia de la sentencia “Artavia Murillo” que, “además de su profunda crítica a la solución alcanzada, (...) “la inexistencia de mayoría en muchas de las afirmaciones del primer voto, que no fueron acompañadas en este voto concurrente, lleva a que no se pueda considerar que existe un pronunciamiento de la Corte sobre aquellos aspectos que no tuvieron cuatro pareceres contestes” (el Tribunal fue integrado por seis), aunque no duda del resolutivo, concluye en que la fuerza de convicción es menor y en que “la negación de vida en el embrión sostenida en cinco votos en el caso Artavia Murillo, no configura un criterio a seguir en otros casos, pues dos de esos votos restringen lo afirmado solo para el caso concreto” (Eugenio Palazzo, La jurisprudencia internacional como fuente del derecho. Reflexiones a partir del caso Artavia Murillo (fecundación in vitro), en UCU, Universidad de Concepción del Uruguay, Biblioteca Central “María Rosa Gonella”, Facultad de Ciencias Jurídicas, año 7, n° 1574, 7 de agosto

de 2013, en [www.ucu.edu.ar](http://www.ucu.edu.ar)). Y más adelante, el mismo Pérez Hualde completa el argumento sosteniendo que aplicar la sentencia “Artavia Murillo” “implicaría también atribuir al fallo más alcance que la que han previsto los propios integrantes de la CIDH en el caso, pues sólo la mitad de sus integrantes votan sin la aclaración de que su alcance se limita exclusivamente a ese caso concreto, como bien lo ha observado Palazzo”.

En adición a ello, se ha denunciado la arbitrariedad de la sentencia “porque, entre otros, declaró que el embrión humano concebido no es persona ni sujeto de derechos y redefinió la concepción como implantación en el útero materno, en lugar de la fertilización, que es el sentido corriente que se le da al término, dejando así a los embriones humanos creados en tubos de ensayo completamente desprotegidos por la Convención Americana, tratado que explícitamente protege la vida del no nacido”<sup>17</sup>. Y es que, como resulta obvio, si de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un “*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*”, no es comprensible cómo la CIDH ignora la literalidad del artículo 4º de la CADH, que explícitamente señala el inicio de la vida humana con la concepción (entiéndase fecundación, tal y como se comprendió durante su adopción en 1969), aduciendo más bien que por tal término debemos comprender “implantación”.

Además, existió un evidente conflicto de intereses entre la CIDH y el perito que otorgó los elementos sobre los que se basó, exclusivamente, la sentencia (sin considerar pruebas científicas en contrario), pues “si bien el perito Zegers tiene gran conocimiento técnico en el tema de la FIV, él se dedica en forma profesional a la misma y ha sido miembro directivo de organizaciones destinadas a promoverla. Esto no quiere decir que las afirmaciones de Zegers deberían haber sido descartadas, sino que deberían haber sido ponderadas a la luz de las demás pruebas existentes y con la precaución de quien está frente a un experto con intereses que van

más allá del simple saber científico”<sup>18</sup>.

Consecuentemente, si la sentencia contiene claros visos de arbitrariedad y, adicionalmente, sus afirmaciones no se encuentran respaldadas mayoritariamente, disponemos de amplias razones para no considerarla y apartarnos de la misma.

#### D) “Artavia Murillo” no reconoce el carácter de irreversibilidad de los derechos humanos e ignora el principio “pro homine”

En línea con lo anterior, la interpretación que hizo la CIDH en torno a la condición jurídica del embrión no implantado constituyó una verdadera regresión respecto al derecho a la vida, pues si hasta entonces el común entendimiento del artículo 4º de la CADH cubría la protección de todo ser humano desde el momento de la concepción (fecundación), hoy la CIDH ha señalado que tal resguardo ha de comenzar en un momento posterior, en la implantación. Con ello se transgrede el carácter de irreversibilidad de los derechos humanos, pues formalmente reconocido un derecho como inherente a la persona humana, “queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada”<sup>19</sup>. Si el derecho a la vida ha sido formalmente reconocido en tales términos y con dicho campo de aplicación, no es dable que en un momento posterior se reduzca su marco de protección, recortando un espacio de resguardo que resultaba inviolable y que debía respetarse y garantizarse. ¿No suprime la interpretación de la CIDH el goce del derecho a la vida en el período preimplantatorio?

Ahora bien, si la “concepción-fecundación” y la “concepción-implantación” fuesen incluso interpretaciones viables al interior del artículo 4º de la CADH<sup>20</sup>, cosa que consideramos equívoco pues no se condice con las elementales reglas de interpretación, ¿no debería preferirse aquella más protectora –y no restrictiva– en vistas del principio pro homine, esto es, la interpretación “concepción-fecundación”? Lamentablemente, en

<sup>17</sup> De Jesús, Ligia M., Oviedo Álvarez, Jorge Andrés, Piero A. Tozzi, “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”, *Prudentia Iuris*, nro. 75, Junio 2013, pp. 135-164.

<sup>18</sup> Paúl Díaz, Álvaro, “La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso ‘Artavia’”, *EDCrim*, 22/05/2013, nro 13.243. Un análisis científico del caso puede verse en Koch, Elard, “Corte Interamericana y el inicio de la vida: un acto de acrobacia inconsistente”, publicado en <http://www.chileb.cl/perspectiva/corte-interamericana-y-el-inicio-de-la-vida-acto-de-acrobacia-inconsistente-por-elard-koch/> (último acceso: 30-09-2014).

<sup>19</sup> NIKKEN, Pedro (1994) El concepto de Derechos Humanos. En: Estudios básicos de Derechos Humanos, Tomo I. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica. Consultado el martes 24 de septiembre a las 15: 34 hrs. Ver en: <http://www.iidh.ed.cr/documentos/HerrPed/pedagogicasespecializado/el%20concepto%20de%20derechos%20humanos.htm>

<sup>20</sup> Ver María Bibiana Nieto y María Victoria García Delfino, “La aplicación del principio pro homine en la determinación del comienzo de la persona humana”, Ponencia en la Comisión nro. 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires, septiembre de 2013.

la sentencia “Artavia Murillo”, el embrión humano no implantado es claramente excluido de la aplicación de la CADH, limitándose el goce y ejercicio de su derecho a la vida y, contrariando con ello el propio tratado (artículo 29º, literal “b” de la CADH).

#### IV. Sobre la Infertilidad, la discapacidad y el DGP

El caso “Artavia Murillo” surge por el reclamo interpuesto por 9 matrimonios de varón y mujer infértiles que pretendían recurrir a la Fecundación In Vitro con sus propios gametos. En sus considerandos, la CIDH sostiene que las personas con infertilidad pueden considerarse como personas con discapacidad. Pues bien, la cuestión a considerar a continuación es si tal invocación de la protección debida a las personas con discapacidad se extiende hasta incluir el acceso al DGP.

Al respecto, en el voto del juez Nanclares se señala que los accionantes invocaron en su favor la sentencia del caso “Artavia Murillo” y sostuvieron que la CIDH identifica a las personas con infertilidad como discapacitados y, por tanto, como sujetos beneficiarios de la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), adoptada por Naciones Unidas en 2006 y aprobada en 2008 por Argentina por la Ley Nº 26.378. Para los accionantes, de acuerdo a “Artavia Murillo” la infertilidad es una incapacidad, por lo que se recomienda un tratamiento de rehabilitación. Según la Ley 24.901 de discapacidad, las obras sociales están obligadas a cubrir las prestaciones que posibiliten la rehabilitación del discapacitado, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester. Alegan que “en el presente caso, el DGP se prescribe sólo para seleccionar embriones con cariotipo normal, ya que los otros se abortan espontáneamente en forma temprana por la patología que presenta el Sr. L. Denejarlo importa resolver arbitrariamente vulnerándose los derechos constitucionales invocados”.

Pérez Hualde responde a este punto y sostiene que sus afirmaciones no implican discriminar a los amparistas “en su condición de personas en situación de discapacidad –tanto en los términos de nuestras leyes nacionales como de la misma CIDH–”, sino que “tan solo significa efectuar una tarea de ponderación de los derechos en juego, en la que se hace prevalecer un bien especialmente tutelado por todo el sistema jurídico: la vida humana

y su dignidad, que se constituyen en límite razonable al derecho de los eventuales progenitores (art. 28º CN)”.

Por otra parte, agregando argumentos a lo sostenido en la sentencia que comentamos, debemos decir que el DGP no es un tratamiento terapéutico para la infertilidad, sino que, como su nombre lo indica, es un diagnóstico que se utiliza para seleccionar embriones. Justamente, la CDPD tendría que ser invocada para negar toda posibilidad de recurso al DGP pues es una práctica abiertamente discriminatoria que, entre otras cosas, es utilizada para evitar el nacimiento de niños con discapacidades.

En efecto, el DGP vulnera el principio señalado por la CDPD en su artículo 3º que sostiene “d) *El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas*”. El DGP importa un claro “rechazo” de la discapacidad como parte de la “diversidad y la condición humana”. Igualmente, en el artículo 4º inciso 1, “*los Estados Partes se comprometen a: ... b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad*”. El artículo 5º en su inciso 2 también dispone: “*2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo*”. El artículo 8º establece un deber de “Toma de conciencia”, y dispone: “*1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas; b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida; c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad*”. Por su parte, el artículo 10º se refiere al “derecho a la vida” y lo significativo de su redacción es que establece como criterio para la protección de la vida la “igualdad”: “*Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás*”.



También en torno a esta Convención los tribunales tienen que hacer un “control de convencionalidad” y, ciertamente, el DGP se presenta como una de las más radicales formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Es por ello que, en razón de los compromisos internacionales asumidos por Argentina en torno a la CDPD, el uso de esta técnica debería ser proscrito.

Imaginemos por un momento que se utilizara –como de hecho ocurre en muchos lugares del mundo- el DGP para seleccionar el sexo de los hijos y se excluyera sistemáticamente a las mujeres. ¿No sería tal forma de proceder una forma de discriminación contra la mujer, aún con independencia de la postura que se tenga sobre el inicio de la vida? Ello es justamente lo que ocurre con las personas con discapacidad cada vez son tempranamente detectadas con el DGP, por tanto, mal haríamos invocando la CDPD para justificar esta forma de selección y descarte de seres humanos.

Es importante responder también a un argumento del voto de minoría del juez Palermo. Citando el caso “Costa y Pavan vs. Italia” de la Corte Europea de Derechos Humanos del 11 de febrero de 2013, señala que se resolvió que “la prohibición del DGP importaba una violación del derecho a la vida privada y familiar atento a que, si bien Italia prohíbe el DGP, al mismo tiempo, autoriza el aborto frente a las graves anomalías”. Palermo señala que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que la prohibición absoluta del diagnóstico genético preimplantacional no resultaba proporcional, debido a la legislación nacional inconsistente respecto a los derechos reproductivos que, prohibiendo el diagnóstico preimplantacional, permitía al mismo tiempo la terminación del embarazo si un feto posteriormente demostraba síntomas de una grave enfermedad”. No obstante, en Argentina la situación es completamente diferente: el aborto por graves anomalías no está permitido. Siendo así, las situaciones no son análogas y, por tanto, las medidas de solución tampoco. El DGP sería inconsistente con la protección a la vida humana que se procura en Argentina.

A su vez, ese aborto por anomalías del niño supondría, además del ejercicio abierto de la discriminación, un

quiebre de la protección del derecho a la vida de las personas con discapacidad “en igualdad de condiciones con las demás” (art. 10º CDPD). Por tal razón, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señaló a España lo siguiente: “El Comité recomienda al Estado parte que suprima la distinción hecha en la Ley Nº 2/2010 en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente” (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 19 de octubre de 2011, CRPD/C/ESP/CO/1). Lo mismo recomendó a Hungría (22 de octubre de 2012, CRPD/C/HUN/CO/1) y a Austria (30 de septiembre de 2013, CRPD/C/AUT/CO/1). Como claramente entiende el Comité de la CDPD, no es “convencional” hacer distinciones según se tenga o no capacidad al momento de realizar un aborto.

Por estas razones, podemos concluir que el DGP no sólo no es una prestación requerida para responder a la infertilidad, sino que es una radical forma de discriminación contra las personas con discapacidad. Una lectura atenta de la CDPD y de las recomendaciones del Comité respectivo permite concluir que el DGP es una forma de vulneración de los derechos establecidos en esa Convención.

### V. Otras consideraciones sobre el DGP

Complementando el análisis de los distintos aspectos de la sentencia de la Suprema Corte de Mendoza que se refieren a la pretendida aplicación de la sentencia “Artavia Murillo” al caso, entendemos oportuno formular algunas breves consideraciones sobre el DGP, aclarando que hemos abundado sobre el tema en otro artículo, al que nos remitimos por razones de brevedad<sup>21</sup>.

#### A) *El DGP no puede ser una exigencia del derecho a la salud de los accionantes, pues se refiere a la salud del embrión*

El DGP, como su nombre lo indica, es un estudio diagnóstico que se realiza sobre cada uno de los embriones concebidos extracorpóreamente y convertidos en pequeños pacientes. Así, a través del DGP se procura identificar los embriones “normales” y seleccionarlos para ser transferidos. En definitiva, se hace un diagnóstico para elegir al hijo deseado y para descartar a los hijos “no deseados”. Es un “diagnóstico” que no se ordena a “curar” sino a eliminar.

<sup>21</sup> Lafferriere, Jorge Nicolás, “Los problemas del diagnóstico genético preimplantatorio, más allá del debate sobre el inicio de la vida humana”, Revista de Derecho de Familia y las Personas, La Ley, 2014, en prensa.

El juez Palermo, en su disidencia, justifica el DGP afirmando que la crioconservación “protegería” a los embriones:

*La crioconservación protege el derecho a la salud del niño por nacer y de la persona que acude a las técnicas de reproducción humana asistida, pues no sólo evita embarazos múltiples -y consecuentemente también las reducciones embrionarias- sino que además impide una nueva estimulación ováricamente a la persona -lo que genera el riesgo de sufrir el síndrome de hiperestimulación ovárica y con ella se evita que se tenga que transitar nuevamente por el proceso de extracción de óvulos, su transferencia e implantación. Por último, la crioconservación se justifica por razones económicas, en razón de que disminuye los costes porque evita repetir procesos que siempre serán más costosos que los gastos de la crioconservación.*

Y luego agrega sobre el DGP: “se posibilitan embarazos que de otra manera no serían viables por padecer, quienes pretenden acceder a la técnica, de alguna enfermedad que impide efectivizarlos naturalmente”. Y concluye: “para el caso de los embriones que sí son viables y que no se implantarán, está claro que pueden crioconservarse conforme autoriza la propia Ley 26.862, teniendo luego el destino que decidan los beneficiarios del sistema”.

El DGP pretende “posibilitar” esos embarazos a un alto costo: el de crear muchos embriones para elegir los mejores y descartar el resto. Y adviértase que se descartan todo tipo de embriones, viables y no viables. Para los viables, el juez disidente propone la crioconservación según decidan “los beneficiarios del sistema”. Sin embargo, es insuficiente pretender que los viables quedan protegidos porque “pueden ser crioconservados”. Su destino incierto puede ser evitado. Pensar que el tema debe ser dejado en manos de los requirentes de la técnica o de los laboratorios constituye una claudicación en el deber de buscar el bien común, así como de prevenir y sancionar la discriminación y las prácticas contrarias a la dignidad humana.

Para los no viables, el destino es la muerte. Son deliberadamente concebidos para aumentar el “material biológico disponible” y luego ser eliminados por no pasar

el “control de calidad”. Son un medio para lograr un fin. Eso es injustificable desde principios bioéticos y jurídicos. La dignidad de la persona justamente refiere a que nunca se la considere un medio.

**B) El DGP no puede ser exigencia de la autonomía, porque supone una cosificación de la vida**

Pretender facultar a los padres para que realicen un “control de calidad” de sus hijos y elijan el más “sano” supondría concederles un poder absoluto de decisión sobre otro ser humano que claramente contradice los más elementales principios derivados de la dignidad personal. Por tanto, no debería permitirse alegar tal “derecho” con la pretensión de obtener del sistema de salud la cobertura financiera de un acto tan contrario a la dignidad del hijo. La práctica de generar muchos embriones para contar con material biológico disponible, reduce a la vida humana a una mera “cosa” y convierte a la transmisión de la vida en un mecanismo de producción contrario a la dignidad humana. Subyace una mentalidad eugenésica, que se impone de manera discreta y comenzando por los casos más graves y luego se va ampliando de formas contrarias a la dignidad humana.

**C) ¿El DGP debería autorizarse pues ya se realiza en la actualidad en Argentina?**

El juez Palermo centra su disidencia en el siguiente argumento:

*No puede negarse que en la actualidad la técnica DGP se realiza de manera no clandestina en clínicas privadas por personas que afrontan el costo de la prestación en forma particular. Pues bien, precisamente esta circunstancia es la que quiere evitar la Ley 26.862 mediante el acceso amplio e igualitario a las técnicas de reproducción asistida. Dicho de manera drástica, de no estar protegido por ley la aplicación del método DGP se generaría una inadmisibles desigualdad entre quienes pueden y no pueden pagarlo: los sectores sociales más desprotegidos serían los únicos que deberían sufrir los padecimientos de las graves enfermedades genéticas de sus hijos que el método que aquí se cuestiona podría evitar. Una desigualdad semejante no puede ser tolerada.*

Al respecto, consideramos que utilizar el argumento de la ya existencia práctica de la técnica en el medio -aunque solo para beneficiarios pudientes, lo que haría imperativo un financiamiento público en nombre de la no discriminación para con las personas con menos recursos-, resulta precario para sustentar su promoción y viabilidad en nuestro país, pues -como es común- antes de adoptarse una posición favorable o desfavorable a, urge considerar las ventajas o peligros de técnica en sí, para recién tomar parte, en un segundo momento, de una determinada postura. De acuerdo a lo que venimos sosteniendo y demostrando en el presente artículo, entendemos que el DGP constituye una práctica contraria a la justicia y de objeto inmoral en los términos del art. 953º del Código Civil, debiéndose excluir su cobertura por el sistema de salud y considerar ilícita tanto en el ámbito público como privado.

## V. Conclusiones

De los desarrollos precedentes podemos extraer algunas conclusiones:

1. De acuerdo al artículo 68.1º de la CADH, los Jueces y autoridades locales argentinas no se encuentran jurídicamente obligadas por las sentencias de la CIDH emanadas de procesos interamericanos en los que no fueron parte.

2. La novedosa y coherente doctrina del control de convencionalidad refiere a los tratados de derechos humanos, más no -en estricto sentido- a la jurisprudencia de la CIDH. Las posiciones que esgrimen lo contrario no aportan razón suficiente para comprenderlo de otra manera.

3. Lo anterior no comporta la inutilidad de las sentencias de la CIDH, sino el estricto orden que les corresponde según la naturaleza jurídica que poseen. Dicha jurisprudencia representa un vital componente para la consolidación y fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos en la región. Consecuentemente, si bien no obligan, sí orientan y deben ser tenidas en cuenta por los Jueces y Autoridades nacionales, los cuales podrán apartarse de encontrar motivos razonables para hacerlo.

4. Los Estados, por voluntad propia, pueden otorgar internamente un mayor grado de incidencia a la juris-

prudencia interamericana. En el caso argentino estas representan una insoslayable pauta de interpretación, por tanto, si bien gozan de un papel importante como guía exegética interna, no generan per se un acatamiento obligatorio de las mismas.

5. En tal sentido, será la transparente labor de la CIDH, la solidez argumentativa de sus sentencias y la idoneidad aplicativa de las mismas, las que nos conlleven a su incorporación interna.

6. Resulta adecuado que en el ámbito interno la mayoría de Jueces de la sentencia bajo comentario se aparten de “Artavia Murillo”. Existen múltiples razones, sin embargo, entre las abordadas en esta oportunidad tenemos que:

*(a) La diferencia de contexto entre Argentina y Costa Rica, pues la CIDH condena a Costa Rica porque consideró que vulneraba el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, el derecho a la salud, en especial a la salud sexual y reproductiva, el derecho de hacerse de los avances científicos y el principio de no discriminación la prohibición de la fecundación in vitro con fundamento en la protección absoluta del derecho a la vida ante el reclamo de matrimonios infértiles que recurrieran a la fecundación in vitro sin que se haya alegado la necesidad de un DGP. En cambio, la Argentina posee una ley específica de cobertura de la fecundación in vitro, más allá de las importantes críticas que tal ley nos merece.*

*(b) La CIDH evita pronunciarse sobre los asuntos más complejos de la FIV, aludiendo a que no se hallan “explícitamente” en la motivación de la Sala Constitucional. Con ello reconoce sus propios límites jurisprudenciales de “Artavia Murillo” y evidencia que en materia biotecnológica no constituye un “cheque en blanco” con el que puedan alegarse múltiples técnicas ni si quiera consideradas en la sentencia: para nuestro caso, el DGP.*

*(c) Las posiciones que buscan negar la humanidad del embrión no revisten una mayoría*

*en la propia sentencia, por tanto, difícilmente pueden constituir un criterio a seguir. Asimismo, la arbitrariedad interpretativa de la CIDH respecto al término “concepción” y la presencia de un grave conflicto de intereses en el perito que aporto, exclusivamente, el sustento en el que la sentencia descansa, hacen que resulte un imperativo apartarse de ella.*

*(d) Se contraría el carácter de irreversibilidad de los derechos humanos al reducir el marco de protección que la vida humana tiene desde el momento de la concepción. De la misma manera, con dicha limitación se trasgrede el principio pro homine, pues entre las posibilidades de interpretación del artículo 4 de la CADH, se escoge la más restrictiva al derecho a la vida.*

*(e) Considerar aplicable la sentencia “Artavia Murillo” implica desconocer los valores y protección vigente que tiene la vida humana en la Constitución de la Nación. Si esto es así, con mayor razón debe rechazarse que en nombre de ella se pretenda introducir el DGP, pues la selección y descarte de embriones vulnera groseramente el respeto por este primer derecho humano.*

7. Consecuentemente, consideramos que la sentencia “Artavia Murillo” no puede ser utilizada para legitimar toda aplicación biotecnológica vinculada con la vida humana, pues además de no ser jurídicamente aplicable en nuestro país, existen múltiples razones para apartarnos de sus fundamentos, por ejemplo: su injusticia, en tanto privó a una categoría de seres humanos de protección jurídica en manifiesta contradicción con el principio “pro homine”, y, la estrechez del análisis, pues la misma CIDH reconoce los acotados temas que

tuvo en consideración al momento de dictar esa sentencia. Por tanto, pretender extender sus consecuencias a toda aplicación biotecnológica afecta la misma división de poderes a partir de una deformación de las reglas de la actuación judicial. Un tribunal judicial no puede transformarse en legislador y ello estaría ocurriendo en los hechos si bajo el pretexto de aplicar “Artavia Murillo” se quisiera legitimar todo tipo de desarrollo biotecnológico, incluso aquellos que ni siquiera estuvieron en consideración en la sentencia de la CIDH.

8. Complementando el análisis referido a la no aplicación del caso “Artavia Murillo” al DGP, podemos afirmar que este último no es un tratamiento terapéutico para la infertilidad, sino, como su propio nombre lo indica, un diagnóstico que se utiliza para seleccionar embriones. Por tanto, su aplicación es contraria a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no pudiendo ser una exigencia del derecho a la salud de los accionantes, pues se refiere a la salud del embrión. Asimismo, el DGP no puede ser exigencia de la autonomía, porque supone una cosificación de la vida, ni debería autorizarse pues constituye una radical forma de discriminación contra personas con discapacidad. El hecho de que ya se realice en Argentina no justifica su cobertura por el sistema de salud, en tanto es una actividad claramente contraria a derechos humanos y de objeto inmoral.

Un poder biotecnológico se expande y quiere reducir al ser humano a un mero recurso disponible. El DGP es una de las expresiones más radicales de tal poder. No se trata sólo de un problema de cobertura, sino más bien de uno de derechos humanos: el DGP constituye una radical forma de discriminación contra personas con discapacidad. 