

# ¿Es válida la prohibición de la fecundación *in vitro*? Análisis del caso Artavia Murillo (sentencia de 28 de noviembre de 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)\*

FERNANDO REY MARTÍNEZ\*\*

## Resumen

Se somete a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la prohibición de practicar la fecundación *in vitro*, que había estado vigente en Costa Rica desde 1995 hasta el año 2000, como consecuencia de una sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del mismo país.

**Palabras clave:** Fecundación *in vitro*. Prohibición de la fecundación *in vitro*. Caso Artavia Murillo.

## Sumilla

- I. El conflicto
- II. La argumentación de la Corte
- III. Los votos particulares
- IV. Breve comentario

---

\* El presente texto responde, sustancialmente, a la conferencia que el autor impartió en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid el 8 de marzo de 2016. Se ha optado por respetar íntegramente la exposición, sin incluir, por tanto, el aparato bibliográfico de aplicación.

\*\* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, España

## I. El conflicto

La cuestión que se somete a consideración de la Corte Interamericana tiene que ver, fundamentalmente, con la prohibición de practicar la fecundación *in vitro* (en adelante, FIV<sup>1</sup>), que había estado vigente en Costa Rica desde 1995<sup>2</sup> hasta el año 2000<sup>3</sup>, como consecuencia de una sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de aquel país (sentencia de 15 de marzo de 2000). Dicha Sala anuló por inconstitucional el Decreto de 1995 que permitía la FIV basándose, principalmente, en dos razones, una de índole formal, la infracción del principio de reserva de ley (ya que solo por una norma de tal rango podría regularse y, en su caso, limitar algún derecho fundamental, como es «el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano»), y otra de carácter material: desde la concepción, «una persona es una persona y estamos ante un ser vivo con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico». En consecuencia, «cualquier eliminación de concebidos, viola su derecho a la vida». Tras la anulación del Decreto, Costa Rica llegó a ser «el único Estado en el mundo que prohíbe de manera expresa la FIV<sup>4</sup>». El asunto finalmente desembocó ante la Corte Interamericana, que, en la sentencia que se está examinando, concluye que Costa Rica ha vulnerado diversos derechos de los recurrentes y le ordena, entre otras cosas, «adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente sentencia» (párrafo segundo del fallo).

## II. La argumentación de la Corte

Obviamente, a efectos doctrinales, el aspecto más relevante de la sentencia es su argumentación. La Corte examina la posible vulneración de diversos preceptos de la Convención Americana como consecuencia de la prohibición de la FIV.

En primer lugar, el derecho a la vida privada y familiar (artículo 11.2<sup>5</sup>). La Corte ya había señalado (en *Gelman v. Uruguay*, 2011) que la maternidad forma parte

---

<sup>1</sup> Tal y como se define en la propia sentencia (párrafo 64), procedimiento por el que se obtienen algunos óvulos de una mujer, se fertilizan con esperma en un procedimiento de laboratorio y, a continuación, el óvulo fertilizado se devuelve al útero de la mujer.

<sup>2</sup> Decreto Ejecutivo 24029-S, de 3 de febrero de 1995. Solo se autorizaba la FIV entre cónyuges.

<sup>3</sup> Se describe el nacimiento de quince niños por este método en dicho periodo en el Instituto Costarricense de Infertilidad (una entidad privada).

<sup>4</sup> Párrafo 67 de la sentencia.

<sup>5</sup> «Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación».

esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Ahora da un paso más y considera que «la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico» (párrafo 143). Esta afirmación cuenta, en la sentencia, con una nota de pie de página que recuerda la conocida jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en idéntico sentido. En efecto, en la sentencia *Evans v. Reino Unido* (2007), el Tribunal de Estrasburgo sostiene que el derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio de Roma incorpora «el derecho a decidir sobre llegar a ser padre o madre», también en sentido genético (es decir, mediante técnicas de reproducción asistida) y no solo biológico. Es decir, se reconoce el derecho a la procreación, tanto la natural como la artificial. La doctrina *Evans* se reitera en los casos *Dickson v. Reino Unido*, también de 2007, y en *S.H. y otros v. Austria*, de 2011, donde literalmente se afirma que «el derecho de una pareja a concebir un hijo haciendo uso de la procreación médicamente asistida para este propósito, está también protegido por el artículo 8 del Convenio de Roma».

Como cabe suponer, a la Corte Interamericana le hubiera resultado difícil no concluir de un modo idéntico al del Tribunal Europeo. Pero la Corte añade a su argumentación algunas consideraciones específicas, no presentes en la jurisprudencia europea, derivadas de la relación del derecho a la vida privada con otros derechos de la Convención Americana o vinculados a ella. Concretamente, tres:

(a) La Convención cuenta con un artículo que protege el derecho a la vida familiar de modo complementario y que no está presente en el Convenio de Roma: el derecho a fundar una familia (artículo 17.2<sup>6</sup>), habiendo declarado el Comité de Derechos Humanos que la posibilidad de procrear es parte de este derecho (p. 146).

(b) Por otro lado, la autonomía reproductiva, consagrada en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>7</sup>, es vulnerada cuando «se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad» (p. 146).

(c) Finalmente, la Corte considera que la falta de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud causa situaciones de angustia y ansiedad que podrían lesionar el derecho a la integridad personal (artículo 5.1 de la Convención<sup>8</sup>). Los derechos a la vida privada y a la integridad personal «se hallan directa e inmediatamente

<sup>6</sup> Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Constitución.

<sup>7</sup> Según el cual, las mujeres gozan del derecho «a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos».

<sup>8</sup> Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral

vinculados con la atención de la salud» (p. 147). En este caso, estamos en presencia de la salud sexual y reproductiva. Aquí la Corte remite su interpretación del contenido de este derecho a lo decidido en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). El derecho a la salud reproductiva comprendería:

- la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria sin riesgos de procrear
- la libertad para procrear o no, cuándo y con qué frecuencia
- el derecho a obtener información sobre planificación familiar, métodos de regulación de la fecundidad no prohibidos
- el derecho de acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables de dicha regulación
- el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos
- el derecho a acceder a técnicas de fecundación *in vitro* de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas.

El Gobierno de Costa Rica alegaba que la prohibición de acceso a la FIV no fue absoluta, porque se condicionaba a que técnicamente se pudiera realizar sin destruir embrión alguno, pero la Corte no aceptó este argumento. Entre otras cosas, porque no es posible, por ahora, practicar de esa manera una FIV, como lo demuestra el que desde la prohibición no se hubiera realizado ninguna. En consecuencia, la prohibición de la FIV supuso una injerencia, tanto en general cuanto en relación con diversas parejas que vieron interrumpido su tratamiento médico, de su derecho a la vida privada.

Ahora bien, la Sala Constitucional de Costa Rica había considerado que el artículo 4.1 de la Convención<sup>9</sup> protege el derecho a la vida del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones. Y eso le lleva a la Corte Interamericana a examinar este argumento, que es el verdaderamente central del asunto. Su razonamiento quizá pueda resumirse de este modo:

(1º) Hasta ese momento, la jurisprudencia de la Corte no se había pronunciado sobre el derecho a la vida de los embriones. Esta es una cuestión, como cabe imaginar, fundamental no solo para resolver la controversia concreta planteada sobre la prohibición de la FIV en Costa Rica (que, a la vista de la argumentación anterior de la sentencia en relación con el derecho a la vida privada, ya parecía bastante

---

<sup>9</sup> Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

decidida), sino para enfrentar, puesto que el asunto central es el mismo: el estatuto constitucional del embrión/feto humano, uno de los problemas jurídicos más críticos y relevantes como es el de la validez o no del aborto voluntario. De ahí que la Corte cuide al máximo su argumentación. Para ello, anuncia los cuatro criterios de interpretación que utilizará: el literal, el sistemático, el evolutivo y el teleológico.

(2º) Criterio literal («interpretación conforme al sentido corriente de los términos»). ¿Qué significa «persona» en el artículo 4.1 de la Convención? (dicho de otra forma: ¿es el embrión una «persona» en el sentido de ese precepto?). La Sala Constitucional de Costa Rica había entendido que la vida humana empieza con la concepción (momento en el que se fecunda el óvulo) y, por tanto, es desde ese mismo momento cuando existe una persona titular del derecho a la vida. La Corte, sin embargo, haciéndose eco de la literatura médica y biológica, estima que la concepción se produce no en el momento de la fecundación, sino varios días después cuando se implanta establemente en el útero. Por ello, antes de la implantación no procede aplicar el artículo 4 de la Convención (p. 189).

(3º) Criterio sistemático. El criterio sistemático le permite a la Corte conectar su interpretación con el derecho internacional de los derechos humanos aplicable. Examinará el sistema interamericano, el universal, el europeo... y hasta el africano. Del sistema interamericano, la Corte deduce que la expresión «persona», tal y como se utiliza en diversos preceptos de la Convención, no permite comprender en ella al embrión: «al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos» (p. 222). Y puesto que la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, «se puede concluir respecto del artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer» (ibídem).

En el sistema universal de derechos humanos no hay pronunciamiento sobre el derecho a la vida del no nacido. El Comité de Derechos Humanos ha señalado solo que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro (p. 226). Por su parte, los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer «dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación» (p. 227).

En el sistema europeo, se trae a colación sobre todo los casos *Vo. v. Francia* (2004) y *A.B.C. v. Irlanda* (2010) y la conocida doctrina de la falta de consenso científico y legal sobre el comienzo de la vida humana y la consiguiente imposibilidad de responder a la pregunta de si la persona *non nata* era una persona que debía ser

protegida conforme a los efectos del artículo 2 del Convenio de Roma<sup>10</sup>. De modo que los Estados tendrían un amplio margen de apreciación para determinar lo que quisieran. Aunque ese margen no es ilimitado porque el Tribunal de Estrasburgo «tiene que supervisar si la interferencia constituye un equilibrio justo de los intereses contradictorios involucrados... la prohibición de un aborto para proteger la vida de la persona nonata no se justifica automáticamente en virtud del Convenio sobre la base de deferencia sin restricciones a la protección de la vida prenatal o sobre la base de que el derecho de la futura mamá al respeto de su vida privada es de menor talla» (Caso A.B.C. *v.* Irlanda, p. 238).

Específicamente en relación con la práctica de la FIV, el Tribunal Europeo se pronunció en *Evans v. Reino Unido* (2007) sobre la presunta violación del derecho a la vida de los embriones preservados debido a que la legislación nacional exigía su destrucción ante el retiro del consentimiento de la pareja de la peticionaria sobre su implantación. El Tribunal afirmó que «un embrión no tiene derechos independientes o intereses y no puede alegar —o alegar en su nombre— un derecho a la vida dentro del artículo 2» (p. 54). Y en los casos *S.H. v. Austria* (2011) y *Costa y Pavan v. Italia* (2012), que trataron de la regulación de la FIV respecto a la donación de óvulos y espermatozoides por terceros y del diagnóstico genético preimplantacional, el Tribunal Europeo ni siquiera se refirió ya a una supuesta violación de un derecho propio de los embriones.

En el sistema africano, el artículo 4 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>11</sup> tiene una redacción que descarta la protección de la vida desde la concepción y el Protocolo de la Carta relativo a los Derechos de la Mujer (Protocolo de Maputo, 2003) no se pronuncia sobre el inicio de la vida y establece que los Estados deben tomar medidas adecuadas para «proteger los derechos reproductivos de la mujer, permitiendo el aborto con medicamentos en caso de agresión sexual, violación e incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la embarazada o la vida de la embarazada o del feto» (artículo 14.2.c).

(4º) Criterio evolutivo. Los tratados de derechos humanos son «instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y condiciones de vida actuales» (p. 245). En el presente caso, la interpretación evolutiva es de especial relevancia teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía cuando se aprobó el artículo 4.1 de la Convención. La Corte va a emplear como parámetro interpretativo evolutivo el Derecho internacional y el comparado:

<sup>10</sup> El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley.

<sup>11</sup> Los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona.

volverá sobre las sentencias citadas del Tribunal Europeo; visitará el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la biología y la medicina (Convenio de Oviedo, 1997), que no prohíbe la FIV, sino la creación de embriones para investigar; recordará algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y observará que Costa Rica es el único país de la región que prohíbe la FIV.

(5º) Criterio teleológico: el principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado. La finalidad del artículo 4.1 es la de proteger el derecho a la vida, pero no se puede entender de modo absoluto. La propia dicción literal permite limitaciones, pues se refiere «en general, desde la concepción». El derecho a la vida debe ser armonizado con otros derechos fundamentales, especialmente de la madre. La Corte cita en este punto jurisprudencia alemana, española<sup>12</sup>, norteamericana, colombiana, argentina y mexicana.

A partir de todos estos criterios, la Corte concluye, por tanto, que el embrión no puede ser entendido como persona a efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana (p. 264). Esta es, sin duda, la afirmación de mayor valor hacia el futuro de la sentencia en la medida en que abre la puerta al reconocimiento de la validez del aborto bajo ciertas condiciones.

Pero la argumentación de la Corte continúa. Una vez determinado que el embrión no es «persona» desde el punto de vista del Convenio, y una vez establecido que la prohibición absoluta de la FIV limita el derecho al respeto a la vida privada, la Corte examina si esa limitación supera el juicio de proporcionalidad. Concluye, en este sentido, que las parejas que no pudieron acudir a la FIV en Costa Rica «sufrieron una interferencia severa con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos» (p. 284), que todavía fueron peores, configurando una discriminación indirecta, respecto de las personas con discapacidad (como son las infértiles), las mujeres y las personas con menos recursos (que no podrían viajar a otros países para practicar una FIV). Por otro lado, el decreto declarado inconstitucional por la Sala Constitucional de Costa Rica no sería desproporcionado, ya que contaba con medidas de protección para el embrión, como el establecimiento del número de óvulos que podían ser fecundados. Además, aunque no sea con la misma tasa, también en el embarazo natural existe pérdida de embriones, de modo que «la Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV» (p. 311).

---

<sup>12</sup> «Asimismo, según el Tribunal Constitucional de España, la protección que la Constitución dispensa al nasciturus no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto» (STC 53/1984), p. 261.

La conclusión final es clara: «una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a los servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV» (p. 314). La Corte declara, por tanto, la violación de los derechos mencionados de los recurrentes e impone una serie de reparaciones.

### **III. Los votos particulares**

A la sentencia le acompañan dos votos particulares, uno concurrente del juez Diego García-Sayán y otro disidente del juez Eduardo Vio Grossi.

García-Sayán lee la sentencia como «una contribución fundamental a favor de la vida», como lo demuestran «las más de 5 millones de personas que hoy disfrutan de la vida gracias a que sus padres recurrieron a este tipo de métodos contra la infertilidad y que no existirían de no haber sido por eso».

Por su parte, Vio Grossi aporta una interpretación del artículo 4.1 de la Convención diferente a la de la mayoría, recordando antes que la misión de la Corte no es sustituir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su función de «promover la observancia y defensa de los derechos humanos» (artículo 41 Convención), ni reemplazar la función normativa de los Estados, sino de precisar lo que la voluntad de los Estados expresaron en la Convención, de suerte de poder exigirles aquello a lo que efectivamente se comprometieron.

Pues bien, en su opinión, la expresión «persona» del artículo 4.1 de la Convención se refiere a toda persona o a todo ser humano sin distinción alguna; y desde la concepción, como señala literalmente. La expresión «y en general a partir de la concepción» no aludiría a una excepción o exclusión, sino que es inclusiva: «hace aplicable la obligación de proteger por ley el derecho a que se respete su vida desde la concepción». Y concepción, según una interpretación literal, significa «fecundación».

Según Vio Grossi, esta es, por lo demás, la interpretación que venía realizando la Corte hasta el momento. Con esta sentencia se produciría una quiebra importante de la jurisprudencia sobre el derecho a la vida porque se limitaría en relación con la vida humana en formación.

#### IV. Breve comentario

1. Conuerdo con la conclusión de la sentencia: una prohibición absoluta de las técnicas de FIV impacta desproporcionadamente contra el respeto de los derechos reproductivos, que la Corte halla en la penumbra del derecho a la vida privada y familiar. Otra vez, por cierto, y como ocurre en diversos ordenamientos, se constata la vis expansiva de este último derecho para reconocer nuevos derechos. Desde mi punto de vista, es crucial en la lógica de la sentencia la vinculación de la interpretación a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Le hubiera resultado muy difícil a la Corte Interamericana desmarcarse del Tribunal de Estrasburgo en este punto. E incluso a la propia evolución de la conciencia social sobre este asunto y al avance de la tecnología médica. Solo desde posiciones ideológicamente muy rígidas y tradicionales, casi de cierto primitivismo ideológico, se cuestiona en la actualidad la procreación médicamente asistida. Lo que se discute no es tanto el qué sino el cómo: si se debe o no permitir la fecundación heteróloga; si se debe autorizar a personas individuales o solo a matrimonios formalizados; si cabe la fecundación *post mortem* del donante masculino, etc. Pero todas estas son otras preguntas.

2. Las dos tesis centrales de la sentencia se enuncian en el párrafo 264: primera, por «concepción» hay que entender no la fecundación sino la implantación estable del embrión en el útero materno; segunda, el embrión no es persona a los efectos del artículo 4.1 de la Convención. La primera tesis, que es una elección judicial entre las dos teorías científicas posibles, tiene consecuencias importantes para el futuro porque va a permitir el reconocimiento de la validez jurídica de la denominada píldora del día después, que para algunas personas es un método abortivo. Esto nos sitúa ante el verdadero valor de la sentencia Artavia Murillo que estamos analizando: aunque se refiere inmediatamente a la validez de la prohibición jurídica de las técnicas de fecundación *in vitro* en Costa Rica, en realidad, está anticipando el juicio de la Corte sobre el problema jurídico del aborto voluntario para toda la Región en la medida en que ambos asuntos gravitan sobre el estatuto jurídico del embrión o feto humano. Es decir, Artavia se refiere al asunto de las técnicas de reproducción asistida, pero todo el mundo sabe que, en realidad, está planteando otro asunto de mucho mayor calado como es el del aborto.

De ahí que la negativa, en segundo lugar, a reconocer al embrión como persona desde la concepción (entendida como fecundación) y, por tanto, como sujeto máximamente protegido por el artículo 4.1 de la Convención, tal y como postulaban tanto la Sala Constitucional de Costa Rica como la opinión del juez Vio Grossi, viene a fragilizar el nivel de protección jurídica a dispensar al embrión y feto humano y a permitir, aún bajo ciertas condiciones, la validez jurídica del aborto voluntario.

Esta sentencia no es tan importante porque obligue a restablecer la fecundación *in vitro* en Costa Rica, cuanto porque los Estados signatarios de la Convención saben que una despenalización del aborto en sus respectivos países casi con toda seguridad no vendría a ser anulada por la Corte Interamericana.

3. Obviamente, la Corte no llega (por el momento) a declarar el aborto como un derecho dentro de la constelación de los derechos reproductivos, y por tanto, no viene a obligar a los Estados a reconocerlo en los respectivos ordenamientos, pero alcanza el escalón inmediatamente anterior: el permiso para hacerlo. Ahora ha establecido que decidir ser padres, por vía de la FIV, es un derecho; aún no ha declarado que decidir no ser madre, por vía del aborto, sea un derecho. Pero sí ha reconocido el derecho a decidir en relación con la procreación y, de este modo, prácticamente ha venido a reconocer en general un derecho al aborto, aunque sea de modo tácito. A mi juicio, es cuestión de tiempo que reconozca el derecho a abortar, aunque sea condicionado, dentro del derecho a procrear, inserto en el marco de los derechos reproductivos, enmarcado, a su vez, en el derecho al respeto a la vida privada y familiar (o en el derecho de autonomía, corazón, a su vez, del derecho general de libertad).

4. No obstante, desde un punto de vista estricto de técnica jurídica, la argumentación de la sentencia plantea, a mi juicio, algunas dudas. Una de ellas pasa por el propio reconocimiento de los derechos reproductivos como derechos protegidos por la Convención. No se explica suficientemente, entiendo, cómo llegan al texto de San José desde la Conferencia de Beijing del año 1995. Se incluyen sin más, casi apodícticamente, en el derecho al respeto a la vida privada. Creo que pueden alojarse en este derecho que yo llamo derecho-fuente, pero no hubiera estado de más algún tipo de justificación.

5. Otra duda tiene que ver con la tesis del embrión como no persona a los efectos de la Convención<sup>13</sup>. El tenor literal del artículo 4.1 de la Convención ordena proteger la vida «en general, a partir del momento de la concepción». Esto supone que sea o no jurídicamente «persona» el embrión, en cualquier caso debe ser protegido por el ordenamiento. En efecto, la protección no será absoluta y podrá ceder ante otros bienes y derechos constitucionales, como el derecho a procrear en el caso de la FIV, pero sí deberá prestarse algún tipo de protección. Sin embargo, sobre esto no se pronuncia la Corte, por más que, como no podía ser de otro modo, en su parte final la sentencia proceda a examinar si la destrucción de embriones derivada de la FIV resultaba o no desproporcionada, concluyendo que no. Implícitamente, este juicio supone que los embriones deben ser, en principio, protegidos y no son material

---

<sup>13</sup> Para la Corte Interamericana y para el Tribunal Europeo, el embrión humano es una suerte de «ovni»: objeto (no sujeto) vivo no identificado.

biológico ideológica o jurídicamente neutros. Así pues, el embrión no será persona, pero al final es algo similar: un bien jurídico acreedor de tutela por el Derecho.

6. Un dato interesante a observar es la relevancia del argumento internacional. La jurisprudencia del Tribunal Europeo es clave, como se ha señalado, para resolver, pero las referencias internacionales y comparadas configuran la parte sustancial del razonamiento de la Corte. De hecho, entre los cánones de interpretación que se utilizan, aparece el internacional camuflado dentro del criterio sistemático y más tarde viene a reiterarse, algo ampliado, en el que llama criterio «evolutivo». Estos forman parte del signo de los tiempos, sobre todo en la resolución de los casos ética, social y jurídicamente difíciles y divisivos como el resuelto en Artavia. Es una suerte de legitimación externa.

7. Me gustaría también llamar la atención sobre el hecho de que la utilización de los cánones exegéticos no es excesivamente rigurosa. Se anuncia, por ejemplo, el método «sistemático e histórico», pero no hay referencia alguna a los antecedentes (quizá porque la jurisprudencia anterior de la Corte, de creer al juez Vio Grossi, no favorecerían la conclusión que se pretendía ahora). Y el argumento «sistemático» se hace coincidir con la referencia al derecho internacional de los derechos humanos aplicable. Por otra parte, el canon «evolutivo» es aún más lábil porque se colapsa, de nuevo, en el argumento internacional, al que se añade ahora el comparado, lo cual no es muy riguroso desde el punto de vista jurídico porque una cosa es el empleo como parámetro de interpretación de ciertas normas que sí están vigentes en el ordenamiento, aunque sean de veste internacional, y otra muy distinta el recurso a textos jurídicos de otros países que carecen de fuerza de obligar en el orden americano.

8. Resulta igualmente interesante y novedosa desde la perspectiva europea, la conexión del asunto que realiza la sentencia con el concepto de discriminación indirecta en relación con el acceso a los servicios de salud reproductiva por parte de las personas con discapacidad (aunque no está claro si las personas infértiles tienen una enfermedad más que una situación de discapacidad), las mujeres y las personas con menos recursos. También por esta vía se abre de par en par la puerta a un próximo reconocimiento del derecho a abortar (claramente, por ejemplo, cuando la madre no pueda sacar económicamente a su parentela: indicación socioeconómica).

9. La comparación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana con la del Tribunal Europeo muestra que aquella es mucho más profunda y audaz en el abordaje de cuestiones que, como la del derecho a un procedimiento de FIV, son altamente discutidos. No suele eludir los temas de fondo. Basta ver otros casos, como el del impacto de la crianza de los hijos por una pareja de lesbianas (caso Atala Riffo - 2012). Además, le cuesta menos que al Tribunal de Estrasburgo dialogar

con otras disciplinas, como la biología y la medicina. Es más activista en cuanto a la protección de los derechos humanos (lo que le hace saltar a menudo «los muros de la prisión formalista<sup>14</sup>» del Tribunal Europeo) y más intervencionista: la doctrina del margen estatal de apreciación es de menor densidad.

---

<sup>14</sup> Irene Spigno, intervención oral en el Observatorio donde se presentó esta ponencia: Universidad Carlos III (Madrid), 8 de marzo de 2016.