



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

PERSPECTIVAS BIOÉTICAS

El papel de las ciencias empíricas en el derecho: el estatus del embrión humano

The role of empirical sciences in the law: the status of the human embryo

El paper de les ciències empíriques en el dret: l'estatus de l'embrió humà

EDUARDO RIVERA LÓPEZ *

* Eduardo Rivera López. Profesor e investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires. Investigador independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina. E-mail: erivera@utdt.edu.

Copyright (c) 2018 Eduardo Rivera López



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.

Resumen

Se analizan dos sentencias judiciales antagónicas en relación con el estatus jurídico del embrión humano: el fallo “Portal de Belén”, de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, y “Artavia Murillo”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Mi propósito es mostrar que, a pesar de sostener posiciones contrarias, ambas sentencias cometen el mismo tipo de error conceptual: justificar su tesis acerca del estatus del embrión humano en consideraciones biológicas acerca del desarrollo embrionario. Detectar este tipo de falencia argumentativa puede ser útil para el análisis de muchas decisiones judiciales sobre temas bioéticos.

Palabras clave: embrión humano; ciencia y derecho; comienzo de la persona humana.

Abstract

In this paper, I consider two opposite judicial decisions concerning the legal status of the human embryo: “Portal de Belén” by the Argentine Supreme Court, and “Artavia Murillo” by the Inter-American Court of Human Rights. My purpose is to show that, although both decisions defend opposite positions, they commit the same kind of mistake. Both seek to ground a position about the legal status of the human embryo on biological considerations on embryo development. Highlighting this kind of argumentative failure can be useful for the analysis of judicial decisions with bioethical import.

Keywords: human embryo; law and science; onset of human personhood.

Resum

S'analitzen dues sentències judicials antagòniques en relació amb l'estatus jurídic de l'embrió humà: la sentència “Portal de Belén”, de la Cort Suprema de Justícia de l'Argentina, i la sentència “Artavia Murillo”, de la Cort Interamericana de Drets Humans. El meu propòsit és mostrar que, malgrat sostenir posicions contràries, ambdues sentències cometen el mateix tipus d'error conceptual: basar la seva tesi sobre l'estatus de l'embrió humà en consideracions biològiques sobre el desenvolupament embrionari. Detectar aquest tipus de fal·làcia argumentativa pot ser útil per a l'anàlisi de moltes decisions judicials sobre temes bioètics.

Paraules clau: embrió humà; ciència i dret; inici de la persona humana.

1. Introducción

En muchas circunstancias, las ciencias naturales pueden ayudar a realizar buenos argumentos normativos, morales o jurídicos. Un argumento normativo suele tener componentes fácticos y es importante que esas premisas fácticas estén bien corroboradas por la ciencia respectiva. Sin embargo, existen situaciones en las que los jueces o la doctrina utilizan el conocimiento científico de modo abusivo, inadecuado. Dado que la ciencia posee un prestigio y una autoridad superior a la del sentido común, la apelación a la ciencia suele revestir a los argumentos de una fuerza aparente, de un poder de convicción mayor que el que realmente tienen. Esta tendencia es particularmente frecuente en aquellas discusiones en las que se trata de cuestiones relacionadas con la bioética, es decir, la ética aplicada a las ciencias biomédicas.

Mi propósito en este trabajo es mostrar de qué modo opera este abuso a través del análisis de dos sentencias judiciales referidas al estatus jurídico del embrión humano. Ambas decisiones poseen un contenido normativo o ideológico diametralmente opuesto: una de ellas sostiene que los embriones humanos son, antes de la implantación, personas con un derecho a la vida, mientras que la otra sostiene que no poseen dicha protección. Sin embargo, ambas cometen, en mi opinión, el mismo error. Pienso que mostrar y explicar este uso inadecuado de la ciencia en la argumentación jurídica y bioética en este caso específico puede también ser útil para detectar el mismo tipo de error en casos referidos a problemas diferentes.

2. Dos visiones opuestas acerca del estatus jurídico de los embriones humanos

En el año 2002, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Argentina (que llamaré, a partir de ahora, "Corte Argentina" o, cuando el contexto sea claro, simplemente, "Corte") emitió el fallo denominado "Portal de Belén", en el cual declaró inconstitucional la permisión de un fármaco que se utilizaba a modo de "píldora del día después", es decir, como contraceptivo de emergencia. El efecto práctico de esta sentencia fue casi nulo, dado que la Corte sólo decidió acerca de una marca comercial específica de este tipo de droga (llamada "Inmediat", que el fallo transcribe erróneamente como "Imediat"), que fue luego quitada de circulación, quedando otras en el mercado. Mi interés por este fallo no se debe a su relevancia jurisprudencial, que es, como dije, prácticamente inexistente, sino a que es un exponente claro del modo de argumentación que deseo criticar.

El argumento central de la Corte en este fallo es, esquemáticamente, el siguiente:

1. La píldora en cuestión, en algunos casos, impide que el embrión se implante, dando lugar a la muerte del embrión.
2. La Constitución Argentina (al adherir a pactos internacionales como el de San José de Costa Rica) otorga protección a los seres humanos "en general, desde la concepción" (art. 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica).
3. Por "concepción" debe entenderse el comienzo del ser humano, en el sentido pleno (poseedor de un derecho pleno a la vida).
4. La fecundación, o, más precisamente, la singamia (es decir, la unión de los cromosomas del óvulo y del espermatozoide conformando un embrión con una identidad genética determinada), constituye la concepción de un nuevo ser humano.
5. Por lo tanto, la permisón de la píldora viola el derecho a la vida "desde la concepción".

Para mostrar el punto 1., el fallo acude al prospecto del medicamento, que aclara que una de las formas en que puede actuar el fármaco es "modificando el tejido endometrial produciéndose una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación" ("Portal de Belén", p. 5). Obviamente, es una cuestión fáctica que debe dilucidar la ciencia si el fármaco sólo impide la fertilización o también la implantación del óvulo ya fertilizado. No se trata, en este caso, de un uso ilegítimo de la ciencia por parte de la Corte, sino totalmente necesario para desarrollar el argumento.¹

En el caso de la premisa 4., la situación es diferente. Allí se trata de demostrar que por "concepción" debemos entender fecundación (o fertilización). Para ello, el fallo contiene una serie de citas de científicos renombrados que consideran que la fecundación (singamia) es el comienzo de la vida humana y, por lo tanto, su concepción. El lenguaje utilizado para hacer estas referencias es, por ejemplo, el siguiente:

- ◆ "la disciplina que estudia la realidad biológica humana sostiene que 'tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo'" (p. 3, citando a Basso 1989);

¹ Si bien el recurso a la ciencia es perfectamente legítimo en este punto, dado que la cuestión de si un medicamento impide la fecundación o la implantación es estrictamente científica, se ha criticado con razón al fallo el hecho de que no pondera adecuadamente toda la evidencia científica. Véase, por ejemplo, Basterra 2002, p. 5; Rodríguez 2007, p. 308.

- ◆ “Jean Rostand, premio Nobel de biología, señaló: ‘existe un ser humano desde la fecundación del óvulo. El hombre todo entero ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero con sus potencialidades...’” (p. 3, citando a Revista Palabra 1980);²
- ◆ “el célebre genetista Jerome Lejeune sostiene que no habría distinción científicamente válida entre los términos ‘embrión’ y ‘preembrión’, denominados seres humanos tempranos o pequeñas personas...” (p. 3, citando el fallo “Davis Jr v. Davis Mary Sue” de 1992).
- ◆ “es un hecho científico que la ‘construcción genética’ de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente...” (p. 4).

Ésta es la clase de evidencia “científica” que probaría que las premisas 3 y 4 (especialmente la 4) del argumento anterior son verdaderas, lo cual transformaría a todo el razonamiento en un argumento sólido (un argumento válido con premisas verdaderas) que permitiría inferir la conclusión deseada: la píldora viola el derecho constitucional a la vida.

El fallo “Portal de Belén” de la Corte Argentina es del año 2002. Más recientemente, en 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (que llamaré “Corte Interamericana” o, cuando el contexto lo permita, simplemente “Corte”) produjo un fallo, en el que adopta una posición exactamente opuesta a la Corte Argentina en “Portal de Belén”. La ocasión para hacerlo es diferente. No se trata de la aprobación de un medicamento de anticoncepción de emergencia sino de la permisión, en Costa Rica, de las técnicas de fertilización asistida. Dado que estas técnicas implican el descarte de embriones *in vitro* (es decir, antes de que puedan implantarse), la Sala Constitucional de Costa Rica decidió que la fertilización asistida violaba el ya citado art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica: “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”.

La Corte Interamericana, en este fallo, denominado “Artavia Murillo v. Costa Rica” (cito por Artavia 2012), se avoca entonces a determinar si el artículo 4.1. de la Convención (que protege la vida humana “en general, a partir de la concepción”) es incompatible con la permisión de la fertilización asistida y la consecuente pérdida de embriones humanos *in vitro*. A diferencia de “Portal de Belén”, esta sentencia es de enorme trascendencia para la jurisprudencia internacional sobre

² En su afán por argumentar con criterios de autoridad, la Corte comete aquí un error grave, dado que Jean Rostand no ha sido Premio Nobel (además, no se concede este premio en biología). Véase al respecto, Bergallo 2010, p. 33. Bergallo sugiere un punto similar al mío cuando afirma que “la determinación del momento en el que comienza la vida es una cuestión en la que entran en juego consideraciones de tipo legal, ético, médico, biológico y científico sobre las que no existe acuerdo. No es un asunto meramente científico porque exige la determinación de las propiedades relevantes para la valoración de la información científica y la ciencia no provee criterios para delimitar cuáles serán esas propiedades relevantes.” (Bergallo 2010, p. 34).

derechos humanos, al menos para aquellos países que han firmado el Pacto de San José de Costa Rica.³ Nuevamente, mi interés no está determinado por esa relevancia, sino por ser un ejemplo del mismo tipo de error argumental que el fallo anterior (aunque con un contenido opuesto).

La Corte Interamericana entiende que, cuando en el párrafo citado se dice “concepción” debe entenderse “implantación” y no “fecundación”. Se contrapone así a la Corte Argentina en “Portal de Belén” (y también, dicho sea de paso, al voto minoritario en disidencia de “Artavia”). La consecuencia normativa de esta interpretación es que los embriones, antes de la implantación, no tendrían la protección jurídica que les asigna la Convención, es decir, la protección (en general) de un derecho a la vida.

La argumentación de la Corte Interamericana es compleja y no pretendo abarcarla en su totalidad. A grandes rasgos, la Corte clasifica los argumentos a favor de su postura en diversas clases de interpretación: (i) conforme al sentido corriente de los términos, (ii) sistemática e histórica, (iii) evolutiva y (iv) teleológica (acorde al objeto y fin de la Convención). Me interesa concentrarme en el primer tipo de interpretación, dado que allí es donde aparece el argumento central. Dicho argumento es central en el sentido de que es necesario para justificar la interpretación de “concepción” como “implantación”, cosa que es, a su vez, el aspecto más relevante de la sentencia. Los otros tres tipos de consideraciones (históricas, evolutivas y teleológicas), por sí mismas, serían insuficientes para avalar una interpretación determinada. Como sostendré más adelante, estas secciones son importantes para mostrar la *compatibilidad* de la interpretación preferida (concepción = implantación) con la historia, la evolución y los fines de la Convención. Incluso puede pensarse que dichas secciones son suficientes para declarar contraria a la Convención la decisión del Tribunal Supremo de Costa Rica de prohibir la fecundación asistida. Pero no muestran que sea impermisible para un estado miembro de la Convención interpretar “concepción” como “fecundación”. Aun cuando toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos sea coincidente en no otorgar el mismo estatus jurídico al embrión que a las personas ya nacidas, esta diferencia podría estar dada sólo por la cláusula “en general”, y no por la definición de “concepción”. Mi interés es analizar esto último, es decir, por qué la Corte Interamericana opta por interpretar “concepción” como “implantación en el útero de la mujer” y no como “fecundación” (unión o singamia entre el óvulo y el espermatozoide).

El argumento que presenta la Corte en relación con la definición de “concepción” es el siguiente (cito las afirmaciones esenciales del texto en forma ordenada):

³ Por lo demás, debe notarse mayor grado de sofisticación intelectual y solidez jurídica del fallo de la Corte Interamericana, en comparación con “Portal de Belén”.

1. “la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación”.
2. “sólo al cumplirse el segundo momento [la implantación] se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción”.
3. “al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ‘ser humano’”.
4. (a) “si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas”. (b) “Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (*supra* párr. 180)”. (c) “un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede”.
5. “el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer”.
6. (a) “sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella”. (b) “Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación”.

Resulta claro que la afirmación (2) es la conclusión del argumento, aquello a lo que se quiere llegar: la implantación es el evento que debemos considerar como relevante para entender el concepto de concepción en el art. 4.1 de la Convención.

La afirmación (1) es de carácter científico y es inobjetable: efectivamente, la medicina y la biología diferencian la fecundación de la implantación.

La afirmación (3), también de carácter científico, es una concesión. La Corte está concediendo que, a pesar de que (3) es verdadero, ello no alcanza para que consideremos que la fecundación es la concepción. En todo caso, (3) no puede utilizarse para abonar la conclusión (2).

Las afirmaciones (4), (5) y (6) son las que ofrecen las razones para la conclusión (2). La afirmación (4) dice básicamente que, si no hay anidación o implantación el embrión no es viable. Nuevamente, esta es una afirmación científica, de carácter descriptivo. En (5) sí tenemos una afirmación normativa, en algún sentido: no se puede entender “concepción” como algo excluyente del cuerpo de la mujer. Esto significa, según entiendo, que el fenómeno o proceso de la concepción debe incluir alguna participación del cuerpo de la mujer; no puede ser algo completamente ajeno

a ella. La afirmación (6) aparece como una razón para creer (5): no se puede determinar si se ha producido un embarazo hasta la implantación.

Las afirmaciones relevantes para elaborar un argumento serían, entonces, las siguientes:

- a. Si un embrión no se implanta no es viable.
- b. La concepción debe ser algo en lo que el cuerpo de la mujer esté involucrado.
- c. Antes de la implantación, no es posible determinar si hay un embarazo o un óvulo fecundado.
- d. Por lo tanto, debe entenderse “concepción” como implantación y no como “fecundación”.

3. Por qué ambos argumentos fallan

Permítaseme ahora reducir a lo esencial los dos argumentos contrapuestos que aparecen en los fallos “Portal de Belén” y “Artavia Murillo”:

1. El embrión humano, antes de la implantación, es una persona humana (con un derecho a la vida). La personalidad humana comienza su existencia con la fertilización. La razón de ello es, como muestra la ciencia, que en ese momento se produce la unión genética que conforma un nuevo ser biológico completo, con todas sus potencialidades.
2. El embrión humano, antes de la implantación, no es una persona humana (con un derecho a la vida). La personalidad humana comienza su existencia con la implantación. La razón de ello es, como muestra la ciencia, que, antes de ese momento, el embrión no es viable ni detectable, salvo que se implante en el útero materno.

Ambos argumentos adolecen de la misma dificultad. Se supone que lo que está en cuestión y debe ser decidido, esencialmente, es a partir de qué momento un material vivo biológicamente humano merece ser protegido por el estado (al menos en principio) con un derecho a la vida. El fallo de la Corte Argentina sostiene que ese momento es la concepción, entendiendo por tal la fecundación. La Corte Interamericana sostiene que ese momento es la concepción, entendiendo por tal la implantación.

Desde el punto de vista científico, está clara la distinción entre fecundación (o fertilización) e implantación. Sin embargo, en contra de lo que sostienen ambas sentencias, no es la ciencia biológica la que puede determinar a cuál de estos momentos vamos a llamar “concepción”, con el fin de establecer ese momento como el comienzo de la persona humana cuya vida está jurídicamente protegida (sea “en general” o no). En general, creer lo contrario implica cometer lo

que en filosofía se llama una “falacia naturalista”.⁴ Veamos más detenidamente por qué se comete este tipo de error en cada caso.

3.1 El inicio de la persona humana y la identidad genética

La idea de la Corte Argentina era que la concepción del nuevo ser humano se produce en el momento en el que se conforma un nuevo genoma, una nueva identidad genética. Sin embargo, ¿por qué esto es tan importante como para suponer que es allí cuando surge una persona con derecho a la vida? La identidad genética es un hecho biológico que no debe confundirse con la identidad personal. De hecho, un embrión puede subdividirse y formar dos gemelos hasta dos semanas después conformada la identidad genética. Si ésta determinara la existencia de un ser humano concreto, dos gemelos serían una misma persona, lo cual es obviamente absurdo. La identidad de una persona depende de muchísimos otros factores ambientales tan cruciales como la dotación genética.⁵

El embrión no implantado carece además de muchas otras características de las personas: no posee deseos, creencias, instintos, conciencia, sensaciones, percepciones, etc. Suele argumentarse que los posee “en potencia”. Pero la Corte Argentina no apela a esta estrategia. No sostiene que el embrión sea una persona en potencia, sino una persona actual (aunque sí dice “con todas sus potencialidades”). Además, aun cuando aceptáramos que fuera una persona en potencia, resultaría difícil otorgarle derechos del mismo tipo que a las personas actuales (en este caso, que a las mujeres que no quieren quedar embarazadas).

Ahora bien, uno se puede preguntar: si no es en el momento de la fecundación, ¿cuándo comienza a existir la persona humana? Discutir esta pregunta va mucho más allá de mi propósito en este trabajo, pero, a los efectos de este fallo, no resulta imprescindible. Lo único imprescindible es determinar si un embrión, antes de la implantación, es una persona. Podemos pensar que lo es o que no, pero lo cierto es que no es la biología la que va a decidir esta cuestión.

⁴ La llamada “falacia naturalista” se debe a la famosa obra de G. E. Moore *Principia Ethica* de 1903 (véase Moore 1993, pp. 57-71). En realidad, Moore no sostiene, estrictamente, que no es posible inferir proposiciones normativas de proposiciones descriptivas, sino que no es posible definir términos normativos como “bueno” a través de un conjunto de condiciones necesarias y suficientes. La relación entre ambas tesis es compleja, pero (con razón o sin ella) ha quedado el nombre de “falacia naturalista” para designar el paso indebido de afirmaciones empíricas a afirmaciones morales.

⁵ En la doctrina, se pueden encontrar trabajos que cometen el mismo error de razonamiento que la Corte Argentina. Véase Fermeandois 2004, p. 95 y Palma/Palma 2007, pp. 308-309.

Es interesante notar que algunas reacciones críticas a esta sentencia de la Corte Argentina han incurrido en el mismo error que comete la Corte. Por ejemplo, se ha argumentado que la Corte no posee elementos de juicio convincentes para demostrar que la píldora es abortiva. Desde el punto de vista científico, continúa el argumento, un aborto es definido como la interrupción del embarazo, y el embarazo comienza en el momento en el que el embrión se implanta. Hasta ese momento, la mujer no está embarazada y, por lo tanto, no puede haber aborto.⁶ Este es un argumento equivocado, en mi opinión, por las mismas razones por las que considero que el razonamiento de la Corte lo es. El error consiste, nuevamente, en creer que cuestiones normativas pueden ser dirimidas por consideraciones exclusivamente científicas. Si bien la Corte dice que la píldora es abortiva, el argumento central del fallo no es que las personas que toman la píldora cometen el delito de aborto. Tal como surge de mi resumen del argumento (y del propio fallo), lo central es que la píldora viola el derecho a la vida, que, de acuerdo con tratados que, en la Argentina, poseen rango constitucional, está protegido, en general, desde la concepción. Si la concepción se produce antes de la implantación, que la destrucción del embrión en ese estadio sea o no sea un aborto en el sentido científico del término, es irrelevante. Lo relevante es si el embrión, en ese estadio, posee los atributos propios de una persona, especialmente, el derecho a la vida. La única cuestión científica relevante (pero insuficiente) es si la píldora produce o no, en algunos casos, la destrucción del embrión antes de la implantación.

3.2 El comienzo de la persona humana y la viabilidad⁷

Pasemos ahora al fallo “Artavia” de la Corte Interamericana. El argumento a favor de considerar que los embriones pre-implantatorios no son objeto de protección es, recordemos, centralmente que

- a. el embrión, si no se anida, es inviable.
- b. no es posible saber si hay un embarazo o si hay un embrión no implantado antes de que se implante y alguna hormona detectable se libere.

Comencemos por la afirmación (a). ¿Cuál es la relevancia de que un embrión no sea viable salvo que se implante, para considerar que recién una vez que se implanta merece protección legal? Supongamos que hay un naufrago perdido, nadando en medio de un gran lago. Esa persona

⁶ Véase, por ejemplo, Medina 2002, p. 7 (“Por nuestra parte pensamos que tanto los dispositivos intrauterinos, como los medicamentos que producen una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación constituyen técnicas anticonceptivas y no prácticas abortivas”).

⁷ Desarrollo específicamente este argumento en Rivera López 2013.

morirá si no alcanza a nadar hasta la costa, donde podrá, quizá, encontrar comida y abrigo. Esta persona no carece de protección legal por el hecho de que su existencia dependa, entre otras cosas, de llegar a la costa. Si hubiera alguna persona en un helicóptero mirándola, no tendría un permiso para matarla, aun cuando tampoco pudiera fácticamente salvarla. Para hacer el ejemplo más análogo al caso del embrión *in vitro*, supongamos que el único modo de que el náufrago alcance la costa y entonces, quizá, pueda salvarse, es que el piloto del helicóptero efectivamente lo rescate y lo lleve a la costa. Nuevamente, este hecho no habilita al piloto a matar al náufrago y, quizá, tiene el deber de salvarlo.

Obviamente, uno puede objetar mi comparación diciendo que el náufrago es ya una persona con un derecho a la vida, lo cual no es obvio en el caso del embrión no implantado. Sin embargo, no podemos presuponer que el embrión no implantado no es una persona con un derecho a la vida, como tampoco lo contrario. El punto es que la sola afirmación de que el embrión no implantado morirá si no se implanta no es suficiente para probar que no tiene un derecho a la vida. Hay otras clases de seres (como nuestro náufrago) que también morirán si no ocurre algún evento que no controlan y, sin embargo, no por ello dejan de tener un derecho a la vida. La razón por la cual la vida del náufrago está normativamente protegida (el piloto no puede matarlo y, quizá, debe salvarlo) es que es una persona (y, por lo tanto, tiene un derecho a la vida). La razón por la cual la vida del embrión pre-implantatorio no tiene protección normativa es que no es una persona. Pero, justamente, lo que se supone que debemos probar es si tiene o no un derecho a que su vida sea protegida. El hecho de que no sea viable si no se implanta no otorga esa justificación.

Pasemos entonces a (b). El hecho de que el embrión sea indetectable antes de la implantación resulta completamente irrelevante a los efectos de determinar si el embrión no implantado debe tener o no protección legal. El náufrago también podría ser indetectable hasta que alcance la costa y no por ello deja de ser una persona merecedora de protección legal. Por otro lado, el embrión es indetectable antes de la implantación si la fecundación ocurrió naturalmente. En cambio, en el caso de la fecundación *in vitro*, el óvulo fecundado es perfectamente detectable.

Como mencioné anteriormente, existen en “Artavia” argumentos más sólidos para justificar el rechazo de la sentencia del Corte Constitucional de Costa Rica, y declarar la prohibición de la fertilización asistida como incompatible con la Convención. No es el objeto de este trabajo presentarlos en detalle. Sólo a modo de ejemplo, es posible sostener que (independientemente de que la interpretación del término “concepción” que se adopte sea la de “fecundación”) la protección del ser humano “desde la concepción” no es absoluta, sino “en general”, lo cual implica que dicha protección debe ser compatible con la protección de otros derechos consagrados en la Convención, entre ellos, el derecho a la privacidad de los padres, el derecho a procrear, el derecho a la integridad personal, entre otros. Convertir la protección de la vida humana en un derecho

absoluto, en lugar de un derecho “en general”, viola el equilibrio entre los derechos consagrados en la Convención (al respecto, véase, por ejemplo, §§ 272-304).

4. Conclusión

Deseo concluir subrayando dos puntos. En primer lugar, un argumento de tipo jurídico-normativo no puede basarse (únicamente) en cuestiones científicas. En “Artavia”, la Corte Interamericana sugiere que las dos interpretaciones posibles están respaldadas por sendas “corrientes” científicas.⁸ No existe tal desacuerdo, dado que el término “concepción” no es un término científico. Sí lo son el término “implantación” y “fecundación”. La ciencia biológica tiene perfectamente claro qué hechos se producen en cada una de las etapas del desarrollo embrionario. No puede extraerse nada normativo de ello. Pretender que una de las corrientes científicas identifica la implantación (o la fecundación) con la concepción implicaría otorgarle un contenido normativo, dado que la concepción es considerada por la Convención el evento clave para el inicio de la protección legal.

En segundo lugar, lo verdaderamente relevante, en ambas decisiones, no es si la concepción ocurre con la fecundación o con la implantación, sino a partir de qué momento pensamos que el ser humano (biológicamente considerado) merece protección legal, en el sentido de poseer un derecho a la vida, y si ese derecho es tan fuerte como para desplazar otros derechos consagrados en la Constitución Argentina y en la Convención Interamericana.

Referencias

- ◆ ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. (al 31/10/2016).

⁸ Véase el § 180: “La Corte observa que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término “concepción”. Una corriente entiende “concepción” como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión.”

- ◆ BASTERRA, M. 2002, "Prohibición de la píldora del "día después"; un lamentable retroceso del principio de autonomía personal", *Jurisprudencia Argentina*.
- ◆ BERGALLO, P. 2010, "El debate jurídico en torno a la anticoncepción de emergencia: una mirada comparada", en: ARILHA, SOUZA LAPA Y CRENN PISANESCHI (coords.), *Contracepção de Emergência no Brasil e América Latina: Dinâmicas Políticas e Direitos Sexuais e Reprodutivos*. Coleção Democracia, Estado Laico e Direitos Humanos de la Comissão de Cidadania e Reprodução, São Paulo, Oficina Editorial (pp. 9-62).
- ◆ FERNANDOIS, A. 2004, "La píldora del día después: aspectos normativos", *Estudios Públicos*, 95, 91-118.
- ◆ MEDINA, G. 2002, "Bioética, libertad sexual y derecho (Libertad de elección sexual, libertad de contracepción, libertad de cambio de sexo. Límites y responsabilidades)", *Jurisprudencia Argentina*, 21.
- ◆ MOORE, G. E. 1993, *Principia Ethica*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ◆ PALMA, M. Y PALMA, S. 2007, "Algunas Consideraciones Legales y Sanitarias sobre "La Píldora del Día Después" en Argentina", *Latin American Journal of Pharmacy*, Vol. 26, pp. 307-13.
- ◆ Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo," CSJN (Argentina), en <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-portal-belen-asociacion-civil-sin-fines-lucro-ministerio-salud-accion-social-nacion-amparo-fa02000003-2002-03-05/123456789-300-0002-0ots-eupmocsollaf> (al 25/09/2017).
- ◆ RIVERA LÓPEZ, E. 2013, "Conception, Fertilization and the Onset of Human Personhood. A Note on the Case *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*", *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2013-1, 54-60.
 - ◆ RODRÍGUEZ, M. 2007, "Entre la justicia real y la justicia formal: la discriminación por género en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina", en ALEGRE, M. Y GARGARELLA, R. (comp.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis (pp. 273-311).

Fecha de recepción: 19 de diciembre de 2017

Fecha de aceptación: 25 de abril de 2018