

Influencia de la CorIDH en el derecho interno. Comienzo de la vida y reproducción humana asistida en relación con nuestro nuevo Código Civil y Comercial*

Inter - American Court of Human Rights's influence in internal law. Beginning of life and assisted reproduction in relation to our new Civil and Commercial Code

Por Cecilia Inés Mateos**

Resumen: El artículo analiza la influencia que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene en el derecho Argentino. En particular, se considera la cuestión del comienzo de la vida y las técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial y la influencia que al respecto tiene el fallo de la Corte IDH “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”.

Palabras clave: Control de convencionalidad, Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comienzo de la vida, Técnicas de reproducción humana asistida, “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”.

* Recibido el 20/03/2017 y aprobado definitivamente para su publicación el 28/06/2017.

** Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho, Grupo de Investigación en Derechos Sociales (GIDES), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Abstract: The article analyzes the influence of the jurisprudence of the Inter - American Court of Human Rights in Argentine law. Particularly, we consider the issue of the beginning of life and assisted reproductive technologies in the Civil and Commercial Code and the influence that the Inter-American Court of Human Rights's sentence "Artavia Murillo et al. Costa Rica" has in this regard.

Keywords: Conventionality control, Jurisprudence of the Interamerican Court of Human Rights, Beginning of life, Assisted reproductive technologies, "Artavia Murillo et al. Costa Rica".

Introducción

El presente trabajo tiene por objetivo fundamental analizar cuál es el valor de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el derecho interno, tomando en particular la regulación del Derecho a la Vida que incorpora el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino (CCCN).

Comenzaremos con un desarrollo general del llamado "Control de Convencionalidad", sus alcances e implicancias. Luego centraremos el análisis en el valor de las decisiones de la Corte Interamericana en el Derecho Interno, con remisiones a la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Corte Suprema de Justicia Argentina.

A los fines de profundizar los mencionados conceptos, tomaremos la nueva regulación que el Código Civil y Comercial incorpora en relación al inicio de la existencia de la persona humana y el vacío legislativo que se genera al respecto, en los casos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Analizaremos, entonces, cuál es el valor que el caso "Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica"¹ de la Corte Interamericana tiene para el derecho interno.

Control de Convencionalidad: su contenido y alcances en el derecho interno

En marzo de 1984, el Congreso sanciona la ley 23.054, a través de la cual aprueba la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. En virtud de la mencionada ley, el Estado argentino reconoce la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A partir de ese momento se comienza a configurar "*la dimensión supranacional del derecho del proceso y de la justicia con la evidente intención de que el respeto de las libertades humanas logre un nivel meta-nacional y uniforme*" (Hitters, 2008: 133). Luego, este proceso se ve reforzado con la reforma de la Constitución Argentina en 1994, que incorpora a ella, a través del artículo 75 inciso 22, una serie de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional, entre ellos la mencionada Convención Americana.

¹ Corte IDH "Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") v. Costa Rica", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 28/11/2012, Serie C, Nº 257.

Así las cosas, los jueces argentinos que ya hacían un control de constitucionalidad difuso, se vieron obligados también a analizar en cada caso concreto si se respetaban los derechos reconocidos en tales instrumentos internacionales, dando lugar entonces a un “Control de Convencionalidad”.

Hitters (2009: 1) define el Control de Convencionalidad como “un mecanismo, que debe ser llevado a cabo primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una comparación entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y luego esta tarea debe ser ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

La terminología fue utilizada por primera vez por la Corte IDH en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”², en donde se precisan sus principales elementos. En dicho fallo la Corte IDH, sostuvo que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”³. Asimismo agrega que “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁴. En este sentido es importante destacar que la Corte IDH entiende que al efectuar el control de convencionalidad también se deben considerar sus propias resoluciones.

Esta obligación de los jueces nacionales de realizar el control de convencionalidad fue reiterada por la Corte IDH, en numerosos fallos tales como “La Cantuta vs. Perú”, “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, “Heliodoro Portugal vs. Panamá” y “Cabrera García y Montiel Flores Vs. México”⁵, entre otros.

Lo que la Corte IDH persigue con este control es que los jueces nacionales actúen como jueces interamericanos, de manera tal que ella no tenga que volver a resolver cuestiones sobre las que ya ha sentado líneas jurisprudenciales claras (Nogueira Alcalá, 2012). Asimismo, la Corte IDH ha ido aún más allá, estableciendo que el mencionado control debe ser hecho por todas las autoridades de los estados y no sólo por los jueces. De esta forma, al momento de adoptar una decisión, todas las autoridades deben velar porque la misma sea conforme a la Convención⁶.

² Corte IDH “*Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154

³ Corte IDH “*Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*”. Op. Cit., Párrafo 124.

⁴ Corte IDH “*Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*”. Op. cit., Párrafo 124.

⁵ Confr. Corte IDH Caso “*La Cantuta vs. Perú*”. Serie C, No. 162, del 29 de noviembre de 2006. Párr. 173; Caso “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*”. Serle C. No. 162, del 24 de noviembre de 2006, párr. 128. Caso “*Heliodoro Portugal vs. Panamá*”. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Serle C. No. 186, del 12 de agosto de 2008. Párr. 180. Caso “*Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*” Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Serle C. No. 220, Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Párr. 225.

⁶ Ver por ejemplo Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 193 y 239; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, serie C, No. 282, párr. 497; Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Sentencia de 14 de Octubre de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 285, Párr. 213, 244.

A través de sus fallos, la Corte IDH ha ido delineando el contenido del concepto de Control de Convencionalidad, y ha determinado una serie de elementos que lo caracterizan. Estos son:

a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;

b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;

c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;

d) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública;

e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública (Nash, 2015).

f) Es un control de las normas locales que debe ser realizado aun en abstracto. Esto implica que el control de convencionalidad no sólo abarca los preceptos del derecho doméstico aplicados al caso concreto sino también de aquellas reglas que habiendo sido sancionadas y vigentes no fueron utilizadas en un caso particular (Hitters, 2009).

Consecuentemente, este control tiene efectos en el diseño de la constitución que pasa a ser, de la “constitución nacional”, a la “constitución convencionalizada” (Sagüés, 2014). Es decir que como instrumento jurídico, la constitución está completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos y por la jurisprudencia de la Corte IDH (Sagüés, 2014).

El fundamento axiológico de esta constitución convencionalizada se encuentra en la primacía del valor bien común regional, sobre el bien común nacional, circunstancia que implica una profunda crisis del concepto de supremacía constitucional (Sagüés, 2014).

De esta manera, los derechos humanos que ya tenían reconocimiento constitucional se ven ampliados y completados por los tratados internacionales de derechos humanos, incorporados a la constitución.

El valor de las decisiones de la Corte IDH en el derecho interno

A los fines de que los jueces realicen este control de convencionalidad, es necesario determinar cuál es el valor que tienen para el ordenamiento jurídico argentino las decisiones de la Corte IDH. En particular, se tomarán en consideración las sentencias que emita dicho organismo, en los casos contenciosos sometidos a su jurisdicción. Es decir, hay que establecer si dichas resoluciones son obligatorias⁷ para los jueces argentinos y en consecuencia, si deben considerarlas al momento de decidir o no.

⁷ Resulta útil hacer una distinción terminológica, entre resoluciones obligatorias y resoluciones vinculantes. Las primeras son aquellas que los estados deben cumplir y respetar, independientemente de los problemas de ejecutabilidad. En tanto, la vinculatoriedad se refiere al hecho de si las decisiones generan vínculos. En este sentido, todas las resoluciones son vinculantes, ya que de alguna manera todas generan vínculos jurídicos. Confr. Rossetti, Andrés. (2011) “Sobre el valor de las decisiones de los organismos universales y regionales de derechos humanos en el derecho argentino”, en Anuario XII del CIJS, UNC, pp, 128.

Es importante destacar que, al igual que el control de constitucionalidad, el de convencionalidad en Argentina es difuso, de manera tal que todos los jueces, de todas las instancias están obligados a efectuar el mencionado control.

El Estado Argentino, en ejercicio de su soberanía y de la facultad que le otorga el artículo 62 de la CADH, reconoció como obligatoria la competencia de la Corte IDH. Como consecuencia de ello, se encuentra obligado a respetar y cumplir las resoluciones que emanen de dicho órgano, siendo la denuncia de la CADH como un todo, la única posibilidad que tiene de sustraerse de la competencia contenciosa de la Corte IDH. Sin embargo, la opción de denunciar el Tratado para desconocer la jurisdicción de la Corte IDH, no tiene efectos inmediatos ya que debe efectuarse en los términos del art. 78 de la CADH. Esto implica que el retiro del Estado no se produce inmediatamente si no que se debe realizar un preaviso de un año, notificando al Secretario General. Pero incluso la denuncia, no exime al Estado de su responsabilidad por cualquier hecho que implique una violación a las obligaciones asumidas en la CADH, ocurrido con anterioridad a la fecha en la cual la denuncia produce efectos.⁸

La Corte IDH, no se encarga de revisar los pronunciamientos de los tribunales nacionales ya que, como bien tiene dicho en su vasta jurisprudencia, no funciona como cuarta instancia sino que su tarea fundamental consiste en verificar si las normas locales (en sentido amplio) respetan la CADH. Es decir, no funciona como un tribunal de apelación de sentencias dictadas en los ordenamientos internos.⁹

El problema que se plantea es saber si la obligatoriedad alcanza sólo a las resoluciones de los casos en donde el Estado fue parte o si también está obligado a seguir los criterios adoptados en resoluciones en las que el Estado no intervino.

La duda se genera, en definitiva, cuando se pretende saber si los fallos de la Corte IDH generan una especie de doctrina legal obligatoria para todos los casos similares y en cualquiera de los países que firmaron la CADH (Hitters, 2008).

La Corte regional, siguiendo lo dispuesto por los artículos 62.3 y 68.1 de la CADH, ha dicho que sus fallos son, en el caso concreto, de cumplimiento obligatorio para los Estados. En este sentido, los estados, en general, han sido respetuosos de los pronunciamientos no sólo en cuanto a la reparación económica sino también en cumplir las conductas reparatorias que le ordenan al poder público (Hitters, 2008).

Cabe destacar que no existe en la CADH una norma que le dé el carácter de obligatorio a los pronunciamientos de la Corte IDH, para los estados que no fueron parte en el asunto. Sin embargo, en virtud del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁰, que consagra el principio de buena fe, si un Estado

⁸ Mención especial cabe hacer en este punto de la resolución de la CSJN en respuesta al oficio que le remitiera la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación por el cual se le comunica el pedido de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación para que cumpla, de conformidad a su competencia, la sentencia de la Corte IDH en el caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina". En tal resolución (no sentencia ya que no se trata de un caso en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional y art. 2 de la Ley 27), la Corte Suprema decidió por sí misma y sin mediar el mencionado procedimiento de retiro, desconocer la competencia de la Corte IDH, por haber excedido, a su criterio, el mencionado tribunal internacional, sus "facultades remediales". (Ver CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 14/02/2017).

⁹ Confr. Corte IDH. Genie Lacayo vs. Nicaragua..(Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No.3 0. Párrafo 94. y Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126. Párrafo 62.

¹⁰ "Convención de Viena sobre el derecho de los tratados" U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigencia 27/01/1980. Viena, 23 de mayo de 1969.

firma y ratifica un Tratado Internacional, sobre todo uno de Derechos Humanos, debe realizar los mejores esfuerzos para aplicar las decisiones de los órganos correspondientes (Gozáini, 2006).

La propia Corte IDH, tiene dicho en numerosos pronunciamientos que sus decisiones son obligatorias para todos los estados, independientemente de que hayan formado parte de la controversia o no.

En este sentido en el caso “Gelman vs. Uruguay”¹¹ la Corte IDH, estableció que la norma convencional interpretada y aplicada en una sentencia adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional. En relación con la primera situación, no hay dudas que todos los órganos del estado parte, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al Tratado y a la sentencia de la Corte IDH, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. Con respecto a la segunda situación, es decir, cuando Estado no fue parte en el proceso internacional, en el que se estableció determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, están obligados por el tratado. En consecuencia, en la determinación, juzgamiento y resolución de casos concretos, deben resolver teniendo en cuenta el propio tratado y, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.¹²

En su voto razonado en el Caso “Cabrera García y Montiel Flores Vs. México”, el Juez Ferrer Mac-Gregor afirma que "la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere "eficacia directa" en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como "parte material". Lo anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce "efectos expansivos" de la jurisprudencia convencional y no solo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia".¹³

Asimismo la CADH, en su artículo 69, establece que el fallo, debe notificarse al Estado parte objeto de la controversia, y también debe ser transmitido a los Estados parte de la Convención. El objeto de esta disposición es que los estados parte tengan un conocimiento acabado del bloque convencional interpretado por la Corte IDH (Nogueira Alcalá, 2012).

Suprema de Justicia Argentina

Resulta importante establecer qué es lo que dice al respecto el derecho interno. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), tiene una línea jurisprudencial consolidada en esta materia.

¹¹ Corte IDH Caso “Gelman Vs. Uruguay” Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, Serie C, N° 221.

¹² Confr. Corte IDH “Caso Gelman Vs. Uruguay” Op. cit.. Párrs. 67, 68 y 69.

¹³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, en voto razonado en Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. Mexico. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C. No. 220, párrafo 79.

En este sentido, ha aceptado en sus fallos la posición de la Corte IDH, aunque en el caso concreto pareciera que sólo sientan un precedente, es decir “sientan jurisprudencia”. En definitiva, ocurriría algo similar a lo que sucede con las sentencias de la CSJN en el derecho interno. Es decir, en principio, los jueces deberían seguir las resoluciones del más alto tribunal pero no es una obligación, de manera tal que pueden apartarse en la medida que justifiquen tal separación. Entonces, un argumento fuerte para seguir la jurisprudencia de la Corte IDH es el de la economía procesal, ya que si no se respeta su interpretación de la CADH, se puede recurrir al Sistema Interamericano para que resuelva el caso puntal y condene al estado (Rossetti, 2015).

A continuación se hará una breve reseña de los casos resueltos por la Corte Suprema referidos a la validez que se le da en el derecho interno a las resoluciones de la Corte IDH. Cabe señalar que sólo se tomarán en consideración los fallos en los que la CSJN, resuelve sobre la validez de las sentencias de la Corte IDH en casos contenciosos. No se analizarán aquellos en los que la CSJN, se refiere a otros tipos de decisiones de la misma Corte IDH o de la Comisión IDH.

Luego de la Reforma de 1994, en el caso *Giroidi (1995)* la Corte sostuvo que la jerarquía constitucional de la CADH, se estableció “en las condiciones de su vigencia”. Esto implica que hay que considerar cómo la mencionada Convención efectivamente rige en el ámbito internacional, lo que lleva a tener en cuenta particularmente su aplicación efectiva por los tribunales competentes para su interpretación y aplicación. Dicha jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana.¹⁴

En el caso *Simón (2005)*, la Corte Suprema sostuvo que la jurisprudencia de la Corte IDH, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la CADH. Asimismo en este caso la Corte Suprema utiliza las pautas de interpretación de la Corte regional en un fallo en el que el Estado Argentino no fue parte. Resulta interesante resaltar que la Corte Suprema entiende que las diferencias fácticas entre la situación que motivó la resolución de la Corte IDH y el caso argentino son “puramente anecdóticas” y que lo relevante es que en ambos casos las leyes cuestionadas eran incompatibles con el derecho internacional de los Derechos Humanos y por ello resultaba de aplicación dicho precedente.¹⁵

En el fallo *Mazzeo (2007)* la Corte remite al antecedente “*Ekmekdjian*” en donde sostuvo que la interpretación de la Convención Americana debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH. Dicha pauta de interpretación es insoslayable para la CSJN, a los fines de resguardar las obligaciones asumidas a nivel regional por el Estado argentino¹⁶.

En *Videla (2010)* la Corte Suprema reitera que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación y que dicho tribunal ha sostenido que el poder judicial debe efectuar un control de convencionalidad, considerando no sólo al Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH.¹⁷

¹⁴ Fallos: 318:514, 07/04/1995, Considerando 11.

¹⁵ Confr. Fallos 328:2056, 14/06/2005. Considerandos 15 y 24.

¹⁶ Confr. Fallos 330:3248, 13/07/2007. Considerando 20.

¹⁷ Confr. Fallos 333:1666, 31/08/2010, Considerando 8.

Es de destacar que en todos los casos citados la Corte Suprema argentina, luego de resaltar el importante valor que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH, aplica las interpretaciones de la CADH, realizadas en casos en los que el Estado Argentino, no fue parte.

El comienzo de la vida en el Código Civil y Comercial Argentino. El caso particular de las técnicas de reproducción humana asistida

A continuación proponemos la aplicación práctica de los conceptos antes desarrollados en relación a un caso concreto. En particular, tomaremos en consideración la regulación del art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación referido al comienzo de la vida en los casos de las Técnicas de Reproducción Humana asistida, en donde existe un vacío legislativo. Analizaremos entonces, la posibilidad de que frente a un caso judicial concreto, el juez aplique la jurisprudencia de la Corte IDH a los fines de rellenar esa laguna.

Hasta la reforma de 1994, el derecho a la vida no tenía reconocimiento expreso en el texto constitucional, aunque algunos de los artículos se vincularan con él, como por ejemplo el 18, 19, 29, 33 y 41. Fue recién con la incorporación del artículo 75 inciso 22, por el cual se le otorgó jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos, que el derecho a la vida aparece expresamente en la Constitución Argentina¹⁸.

En principio, existe acuerdo pleno en la protección del derecho a la vida, ya que es esencial para la persona porque sin él no podría ser titular de ningún otro derecho. Es decir, es un derecho tan básico y fundamental, que sirve de presupuesto para el ejercicio de los demás.

Como consecuencia de ello, los debates que se plantean en relación a su contenido y, en particular, a su extensión son sumamente complejos ya que entran en juego no sólo cuestiones jurídicas sino también científicas, axiológicas, religiosas y de la más variada índole. Esto da lugar a diversos conflictos ya que las consecuencias varían según la postura adoptada. En este sentido, a modo de ejemplo, dependerá del alcance que le demos al concepto de inicio o fin de la vida, la posibilidad de legalizar el aborto o permitir la eutanasia.

Abordaremos en particular la cuestión relacionada con el comienzo de la vida, partiendo de la regulación que trae el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino (CCCN) y su relación con las técnicas de reproducción humana asistida.

En el año 2015, entró en vigencia este nuevo código, aprobado por ley 26994, con el cual se logró, luego de años de intentarlo a través de fallidos proyectos, la tan ansiada unificación del Derecho Privado Argentino. Uno de los principios fundamentales que incorpora este Código es el de la “Constitucionalización del Derecho Privado”, en virtud del cual se recuerda expresamente, a través de los artículos 1 y 2, la supremacía de la Constitución frente al Código Civil.

La llamada Constitucionalización del ordenamiento jurídico es un “proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión

¹⁸ Ver a modo de ejemplo: Art. 3 Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 1 Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Art. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Art. 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Art. 1 de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; Art. 10 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado, se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”. (Guastini, 2003, p. 1)

El nuevo Código recepta, en sus artículos 1 y 2, la llamada “constitucionalización” de la cultura jurídica argentina, tratando de acercar el derecho público al privado. Ya no es aceptable resolver los problemas jurídicos de cualquier naturaleza, sea civil, comercial, penal, por citar algunas, sólo tomando en consideración la norma específica de cada rama, la dogmática tradicional y la jurisprudencia vetusta. Los principios y valores constitucionales traspasan todo el ordenamiento jurídico y exigen al intérprete un trabajo muy distinto y mucho más complejo (Depetris 2015).

En definitiva, en su labor los operadores jurídicos no sólo deberán recurrir a la ley específica para resolver un caso concreto sino que, en virtud del diálogo de fuentes, deberá confrontarlo con el bloque de constitucionalidad.

Cabe aclarar que existe una tendencia entre los privatistas en considerar que recién con estas modificaciones en la legislación surge una conexión entre la Constitución y el Derecho Privado, desconociendo que la misma existe desde 1853, en el propio texto de la Constitución que en su artículo 31 establece su supremacía y el correspondiente bloque de constitucionalidad.

La idea fundamental perseguida en este proyecto era modernizar la legislación ordinaria en materia civil y comercial y adaptarla a las nuevas realidades que se plantean en la actualidad y que eran impensadas en la época de Vélez Sarsfield. En este sentido, se incorporaron reformas estructurales en el Derecho de Familias como lo es el caso de Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

Con la presentación del Anteproyecto, se generaron diversos debates sobre todo en relación a las cuestiones más controvertidas, con una fuerte oposición de la Iglesia Católica y de los sectores más conservadores de la sociedad que vieron en las reformas incorporadas una seria afrenta a sus intereses. Entre aquellos debates, estuvo presente la cuestión relacionada con el comienzo de la existencia de la persona humana.

El art. 19 del CCCN regula el comienzo de la existencia de la persona humana, determinando que la misma ocurre con la concepción. Por otra parte, la disposición transitoria segunda dispone que una ley especial deberá regular la protección del embrión no implantado. De esta forma, la naturaleza, límites y grado de protección que se le otorga al embrión no implantado, serán materia de una normativa especial, no siendo objeto de regulación de la legislación civil (Caramelo, Picasso & Herrera, 2015).

Sin embargo, este artículo sufrió diversas modificaciones hasta llegar a dicha configuración. Así, el Anteproyecto agregaba que la concepción era en el “seno materno” y que “en el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”¹⁹. Sin embargo, la Comisión Bicameral en su dictamen propuso eliminar la frase “en el seno materno” y transformar en disposición transitoria lo relativo a la normativa con relación al embrión no implantado.

En relación al concepto mismo de concepción no existe acuerdo ni siquiera a nivel de la ciencia médica. De todos modos aún cuando existiera un único concepto la

¹⁹ Art. 19 Anteproyecto del Código Civil y Comercial.

cuestión jurídica no estaría resuelta. En primer lugar porque no deja de ser arbitrario determinar el momento de la concepción para decir que estamos frente a un ser humano, ya que pueden valorarse otros criterios para calificar a otro sujeto como tal (nacimiento, viabilidad del feto, animación, entre otras) (Rossetti, 2005).

El problema que se plantea es determinar qué se entiende por concepción en el caso de las técnicas de reproducción humana asistida -TRHA- reconocidas por el art. 558 del CCCN como una de las fuentes de filiación.

Estamos frente a un caso difícil ya que los distintos ordenamientos jurídicos dan diferentes respuestas a este planteo. Estos casos difíciles muchas veces se vinculan con problemas de interpretación jurídica pero también están en juego pautas éticas insertas en realidades culturales diversas que ni siquiera las normas internacionales de derechos humanos regulan por ser cuestiones sumamente complejas (Rossetti, 2005).

La Corte IDH trata el tema en la Sentencia del Caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica”, del 28 de noviembre de 2012.

El hecho que motivó dicho caso fue la declaración de inconstitucionalidad, con fecha 15 de marzo de 2000 por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica del decreto ejecutivo o. 24029-S del 3 de febrero de 1995. Dicho decreto, emitido por el Ministerio de Salud, autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución.

La Sala Constitucional entendió que el embrión, aún antes de la implantación en el seno materno, era titular del derecho a la vida. En consecuencia, y dado que con la técnica de fecundación in vitro se realizaban manipulaciones que, en forma voluntaria y consciente, implicaban una elevada pérdida de embriones, debía declararse inconstitucional el decreto que la permitía. El resultado de tal decisión, en la práctica, fue la prohibición absoluta de la mencionada técnica.

Nueve parejas presentaron una petición a la Comisión IDH debido a esta situación. La Comisión sostuvo que la prohibición de la FIV constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar, al derecho a conformar una familia, y una violación al derecho de igualdad. Por lo tanto, recomendó a Costa Rica levantar la prohibición de la FIV y asegurar que la futura regulación sea acorde con la Convención. Ante el incumplimiento de la recomendación, la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH.

La Corte IDH declara la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana. Pero lo que resulta fundamental del presente caso es la decisión de interpretar el art. 4.1 referido al derecho a la vida y la naturaleza del embrión, tema por demás sensible.

La Corte IDH señaló que el objeto del presente caso se centra en establecer si la sentencia de la Sala Constitucional generó una restricción desproporcionada de los derechos de las presuntas víctimas. Para resolver dicho interrogante, la Corte IDH, en su rol de intérprete última de la CADH, analiza los artículos 1²⁰ y 4.1²¹, siguiendo los

²⁰ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

²¹ Artículo 4. Derecho a la Vida 1. 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.

lineamientos de interpretación previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, y siguiendo su propia jurisprudencia entiende que las normas de la CADH deben interpretarse “de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, el cual es la eficaz protección de la persona humana”²².

En particular de los mencionados artículos los términos a interpretar son “concepción”, “ser humano” y “en general”.

En primer lugar entendió, según el sentido corriente de los términos, que existe “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones²³.

Por otra parte la Corte IDH concluye que, según la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión²⁴.

Además, considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV, los Estados de la región permiten que se lleve adelante dicha práctica. Esto implica que los Estados, al admitir la FIV interpretan que la misma está dentro de los alcances del artículo 4.1 de la Convención, que la magnitud de la protección al embrión no debe ser absoluta sino gradual e incremental y, en consecuencia, concluyen que el embrión no puede ser entendido como ser humano.²⁵

Asimismo, se sostiene que la finalidad del artículo 4.1 de la CADH es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos. En ese sentido, la cláusula “en general” tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción.²⁶

En conclusión, la Corte considera que el embrión no puede ser entendido como persona y que la “concepción” tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo²⁷.

Aplicación del caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” en el derecho interno

El interrogante que se plantea ahora es determinar si la interpretación del artículo 4.1 de la CADH, efectuada por la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo” debe ser aplicada por los jueces internos, en virtud del control de convencionalidad que están obligados a efectuar al momento de resolver un caso concreto.

²² Corte IDH “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica”, op. cit. Párr. 173.

²³ Corte IDH “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica”, op. cit. Párr. 189.

²⁴ Confr. Corte IDH “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica”, op. cit. Párr. 223.

²⁵ Confr. Corte IDH “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica”, op. cit. Párr. 256.

²⁶ Confr. Corte IDH “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica”, op. cit. Párr. 258.

²⁷ Confr. Caso Artavia Corte IDH “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica”, op. cit. Párr. 264.

Siguiendo una corriente restrictiva, la respuesta sería negativa. Al no haber sido parte de la controversia el Estado Argentino, no es obligatorio para sus jueces seguir los criterios sentados por el Tribunal Regional, en el caso descrito.

Sin embargo, siguiendo la Jurisprudencia de la CSJN y de la Corte IDH, si consideramos que nuestro país ratificó la Convención Americana y aceptó la competencia de la Corte IDH, como intérprete último del mencionado instrumento, resulta aplicable la interpretación efectuada en dicho caso.

De manera tal que si en un caso concreto es necesario establecer cuándo comienza la vida en las técnicas de reproducción humana asistida, los jueces al interpretar el artículo 19 del Código Civil en virtud del control de convencionalidad deberán considerar lo dispuesto por el art. 4.1 de la CADH. El mencionado precepto legal incluye también la interpretación auténtica que la Corte IDH hizo del mismo en el caso “Artavia Murillo”.

Es decir, dado que en su artículo 19, el Código Civil y Comercial no establece cuando se da el comienzo de la vida en los casos de filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, es posible entender, en los términos del artículo 4.1 de la CADH y de su interpretación auténtica, que el mismo se produce con la concepción, entendida como la implantación del embrión en el vientre materno. Asimismo, debe entenderse que si bien el embrión es objeto de protección, no goza del derecho a la vida ya que no se lo considera ser humano.

De hecho, en el caso “G., Y. S. c/ O.S.D.E. s/PRESTACIONES MEDICAS”²⁸ la Cámara Federal de San Martín, a través del control de convencionalidad, recurrió a esta interpretación de la Corte IDH.

En el mencionado caso, la actora acude a la justicia frente a la negativa de la prepaga de brindar cobertura médica del diagnóstico genético preimplantatorio. La finalidad de dicho estudio consiste en detectar en el embrión anomalías genéticas o cromosómicas antes de su implantación por la técnica de FIV. Si bien la amparista no tenía problemas de fertilidad pretendía la utilización de esta técnica a los fines de evitar que su futuro hijo padeciera la misma enfermedad que ya había llevado a la muerte a una de sus hijas.

El fallo de primera instancia ordena dar cobertura al tratamiento solicitado y dispuso como medida de no innovar la criopreservación de los embriones que no se fueran a implantar, con la prohibición de cualquier manipulación, destrucción o descarte de ellos. La prepaga apela la resolución ya que entiende que la prestación solicitada no es parte del Plan Médico Obligatorio. Además agrega que la técnica es cuestionable desde el punto de vista ético, ya que implica una manipulación de embriones y están en juego los derechos de la persona por nacer. Asimismo, le resulta abusiva la obligación de criopreservar, hasta tanto se dicte una legislación que regule tal situación, embriones portadores de una enfermedad discapacitante que, ni los propios padres ni otros, van a querer implantarse.

La Cámara Federal de San Martín, Sala I, finalmente confirma el pronunciamiento de primera instancia, con fecha 12 de noviembre de 2014. Entiende que en el presente caso son trascendentes las cuestiones bioéticas involucradas por la selección de embriones obtenidos mediante FIV y la posterior transferencia únicamente de aquéllos genéticamente sanos y viables.

²⁸ “G., Y. S. c/ O.S.D.E. S/ PRESTACIONES MEDICAS” – Cámara Federal De San Martín - Sala I. Causa N° FSM 4338/2013/CA1, Orden N° 12832 del 14/09/2014.

Al respecto el Tribunal debe interpretar cuando se considera que comienza la vida y llenar el vacío que supone el art. 19 del CCCN. Si bien el caso es de fecha anterior a la entrada en vigencia de tal ordenamiento, igualmente la Cámara hace un análisis de los artículos implicados en el presente caso, debido a que dicho código ya se encontraba aprobado. Resulta interesante que entre sus fundamentos invoca la interpretación de “concepción”, “comienzo de la vida” y “persona humana” que hace la Corte IDH en el fallo “Artavia Murillo”.

En el fallo, el tribunal argentino reconoce expresamente en primer lugar, a la Corte IDH como intérprete último de la CADH y en segundo lugar, la obligatoriedad de tales interpretaciones en el ámbito interno, al punto tal de sentirse constreñidos a resolver siguiendo el criterio sentado en tal jurisprudencia.

Reflexiones finales

Los Estados Partes del Sistema Interamericano han asumido la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos por la CADH a toda persona sujeta a su jurisdicción y de adecuar su ordenamiento jurídico a los fines de asegurar el cumplimiento de tal obligación.

Como consecuencia de ello, los jueces están obligados, al momento de resolver, a realizar un control de Convencionalidad. Es decir, deben evaluar si en el caso concreto existe discordancia entre lo dispuesto por el derecho interno y la CADH, incluyéndose en este punto la jurisprudencia de la Corte IDH.

En este sentido vimos que, a los fines de determinar la obligatoriedad de lo resuelto por la Corte IDH en los casos contenciosos, existe una tendencia a diferenciar aquellos en los que el Estado fue parte, de aquellos otros en los que no intervino. Se sostiene, entonces, que sólo serían obligatorias dichas resoluciones para el Estado involucrado, no así para el resto.

Sin embargo, no compartimos esta postura ya que, aún cuando el estado argentino, no fue parte, está obligado a aplicar esos precedentes ya que firmó, ratificó la CADH y, además, aceptó expresamente la competencia de la Corte IDH, en los términos del art. 62 de la CADH. De esta forma reconoce al mencionado tribunal como intérprete último de la CADH. En consecuencia, los jueces argentinos deben realizar el control de convencionalidad y al efecto deben recurrir no sólo al texto convencional sino también a la interpretación que del mismo haga la Corte IDH.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende que la jurisprudencia de la Corte IDH, sirve de guía o pauta de interpretación de la Convención Americana a los fines de salvaguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino a nivel regional. En este sentido, al resolver distintos casos utiliza las pautas de interpretación fijadas en casos contenciosos en los que nuestro país no fue parte.

Cabe agregar que la remisión hecha por la propia Constitución a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, a través del artículo 75 inciso 22, carecería de sentido si los jueces nacionales pudieran frustrar su aplicación, a través de sus interpretaciones.

Finalmente, en el caso particular del comienzo de la vida en las técnicas de reproducción humana asistida, resulta plenamente aplicable por los jueces argentinos, en virtud del control de convencionalidad, la interpretación del artículo 4.1 efectuada por la Corte IDH en el Caso “Artavia Murillo”. Si bien, el estado argentino no fue parte en la

controversia, dicha interpretación sienta jurisprudencia y obliga a los demás estados, ya que fue efectuada por la Corte IDH, intérprete última de la CADH.

Referencias bibliográficas

Caramelo, G., Picasso, S. y Herrera, M. (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo I. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.

Depetris, C. E. (2015) *Hacia un cambio en la práctica jurídica: Notas sobre el Capítulo 1 del Título preliminar del Código Civil y Comercial*, recuperado de www.infojus.gov.ar Id Infojus: ACF15065 (21 de Junio de 2015).

Gozaíni, O. A. (2006) Incidencia de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana Derechos Humanos en el Derecho Interno”, en *Estudios Constitucionales*, vol.4, número 2, pp 335-362. Centro de Estudios Constitucionales de Chile.

Guastani, R. (2003), La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano en Miguel Carbonell (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta.

Hitters, J. C. (2008) ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 10, pp. 131-156.

Hitters, J. C. (2009) Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.), *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca.

Nash, C. (Editor) (2015), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7: Control de Convencionalidad*. Recuperado de www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf .

Nogueira Alcalá, H. (2012), Los Desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.) *El Control difuso de convencionalidad: Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. México: Fundap. Pp. 331-389.

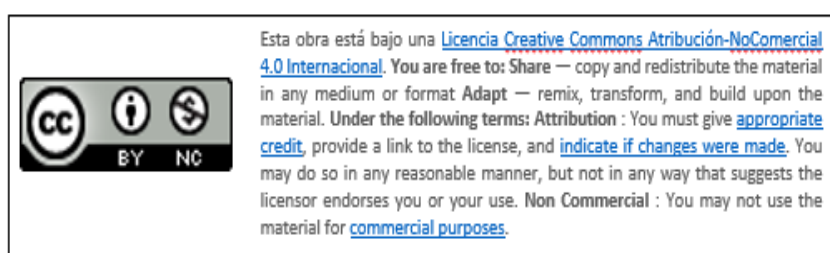
Rossetti, A. (2005), Capítulo I: Introducción, en Rossetti, Andrés y Álvarez Magdalena I. (Compiladores) *Derecho a la vida. Un análisis desde el método de casos*, Córdoba: Advocatus.

Rossetti, A. (2011) Sobre el valor de las decisiones de los organismos universales y regionales de derechos humanos en el derecho argentino, *Anuario XII del CIJS*, UNC, pp 123-136.

Rossetti, A. (2015) Globalización, derechos humanos y control de convencionalidad: efectos en el sistema jurídico argentino, en Silvia B. Palacio de Caeiro (Directora), *Tratados de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino*, Buenos Aires: La Ley.

Sagüés, N. P. (2014) *Nuevas Fronteras del control de Convencionalidad: el reciclaje del Derecho Nacional y el control legisferante de convencionalidad*. Recuperado de http://campusvirtual.justiciacordoba.gob.ar/moodle/pluginfile.php/5322/mod_folder/content/0/art2804.pdf?forcedownload=1

Sagüés, N. P. (2014) *De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada*. recuperado de http://campusvirtual.justiciacordoba.gob.ar/moodle/pluginfile.php/5322/mod_folder/content/0/art2824.pdf?forcedownload=1.



<http://dx.doi.org/10.26612/2525-0469/2017-4.03>