

EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL NIÑO POR NACER NEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA E LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Jociane Machiavelli ¹

Resumen: En este artículo se explora la protección internacional del niño por nacer basada en el Pacto de San José de Costa Rica e la Corte Interamericana de derechos humanos. Al niño por nacer se garantiza el derecho fundamental a la vida, e este derecho en el ámbito internacional, fue previsto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948 en París, en su Artículo III dispone que “Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal”. Con posterioridad se establece la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, instrumento firmado y ratificado por Brasil e también Argentina, en cui Artículo 4º inciso 1 establece que: “Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Ese derecho debe ser protegido por la ley, en general desde el momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. En el intento de proporcionar las directrices más importantes el Código Civil de Brasil del año 2002, establece en su Artículo 2º, que “la personalidad comienza con el nacimiento a la vida, pero la ley pone a resguardo desde la concepción los derechos del niño por nacer”. Sin embargo, el artículo citado ut supra de la legislación del Brasil deja en ambigüedad la idea del inicio de la personalidad civil; ya que menciona que el inicio de la personalidad se establecería en el nacimiento con vida, pero protegiéndose los derechos desde el momento de la concepción. De allí que las principales cuestiones sobre el tema se relacionan en lo que respecta a la protección del niño por nacer, sería integral, ¿absoluta? E con os avances sociales e as nuevas formas de fertilización, todas estas estarían resguardadas? ¿A protección integral de la vida? Este trabajo utiliza un carácter cualitativo pues, parte del estudio general del derecho a la vida hasta los derechos humanos y el Pacto de San José de Costa Rica. Finaliza analizando lo niño por nacer como sujeto de la dignidad humana desde el momento de su concepción. La dignidad de la persona humana se refiere a un valor espiritual y moral de cada ser humano, manifestándose en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, debiendo ser respetada por las demás personas.

Palabras-clave: niño por nacer, reconocimiento, derechos humanos

¹ Doutoranda em Ciências Jurídicas – UCA - Pontificia Universidad Católica da Argentina - jociane@uniarp.edu.br

Introducción

El alcance de este artículo intenta analizar y discurrir sobre la protección internacional del niño por nacer basada en el Pacto de San José de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al niño por nacer se le garantiza el derecho fundamental a la vida, y este derecho en el ámbito internacional, fue previsto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948, en París, en su Artículo III dispone que “Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal”. (ASAMBLEA GENERAL DA ONU, 1948)

Con posterioridad se establece la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, instrumento firmado y ratificado por Brasil y también Argentina, en su Artículo 4º inciso 1 establece que: “Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Ese derecho debe ser protegido por la ley, en general desde el momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”

En el intento de proporcionar las directrices más importantes el Código Civil de Brasil del año 2002, establece en su Artículo 2º, que la personalidad comienza con el nacimiento a la vida, pero la ley pone a resguardo desde la concepción los derechos del niño por nacer. En la legislación Civil Argentina se reconoce al niño por nacer o persona por nacer como sujeto de derecho y, por ende, protegido por la legislación civil siendo pasible de adquirir derechos y obligaciones colocándose el eje en la noción de concepción.

Sin embargo el artículo citado ut supra de la legislación del Brasil deja en ambigüedad la idea del inicio de la personalidad civil; ya que menciona que el inicio de la personalidad se establecería en el nacimiento con vida, pero protegiéndose los derechos desde el momento de la concepción.

De allí que las principales cuestiones sobre el tema se relacionan en lo que respecta a ¿la protección del niño por nacer, sería integral, absoluta? ¿Y con los avances sociales y las nuevas formas de fertilización, todas ellas estarían resguardadas bajo la misma protección integral que la vida?

El presente trabajo finaliza, analizando al niño por nacer como sujeto de la dignidad humana desde el momento de su concepción. La dignidad de la persona humana se refiere a un valor espiritual y moral de cada ser humano, manifestándose en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, debiendo ser respetada por las demás personas.

Siendo el niño por nacer una persona por nacer, su dignidad debe respetarse independientemente de la teoría aplicada, desde el momento de su concepción, en virtud que hablamos de un nuevo ser que está por nacer.

Los avances tecnológicos permitieron a las parejas que no podían concebir a sus hijos biológicos, hacerlo a través de las técnicas de reproducción humana asistida, la legislación necesita caminar al mismo ritmo de estos avances para proteger y resguardar, no solo al niño por nacer, sino a la nueva familia que se constituirá.

1.NIÑO POR NACER – PERSONA POR NACER

El que ha de venir al mundo, ya está concebido, pero cuyo nacimiento aún no ha ocurrido se refiere a la terminología de niño por nacer. (PUSSI, 2008)

A continuación quiero describir, el embrión [venter, embrio, foetus], que ya ha sido generado o concebido pero aún no ha sido dado a luz como ente apto [vitalis], en el orden fisiológico. Su existencia es intra-uterina [pars viscerum matris], en el vientre materno [in uterus], unida a esta contingencia hasta que se produce la separación siendo irrelevante si es por muerte natural o artificial, determinando el nacimiento con vida, existencia independiente y extrauterina para adquirir el atributo jurídico de persona. (MAIA, 1980)

A partir del análisis del Derecho Civil Brasileño el niño por nacer es un ente ya concebido que se distingue de todo aquel que aún no ha sido concebido y que podría ser sujeto de derecho en el futuro, dependiendo del nacimiento, tratándose así de una descendencia eventual. Se refiere a un sujeto humano despersonificado, los sujetos despersonificados pueden ser humanos o no humanos. El hombre y la mujer mientras estuviesen en gestación en el útero materno, serían sujetos de derecho, pero aún no personas. El Código Civil Brasileño establece que la personalidad civil comienza desde el nacimiento con vida, no obstante la ley protege los derechos del niño por

nacer desde la concepción, esto significa que antes del nacimiento con vida, el hombre y la mujer no poseen personalidad, pero son considerados sujetos de derecho. (COELHO, 2009)

La situación de la eventual descendencia se refiere a la idea de derecho eventual, el cual es un derecho en mera situación de potencialidad, de eventualidad, atribuido en este sentido a aquel que, aun, no ha sido concebido, el niño por nacer.

Según el Código Civil Brasileño, Ley 10.406 del 10 de enero de 2002, la protección que la ley le otorga al que está por nacer abarca importantes desdoblamientos jurídicos, en la situación donde el hijo está en gestación en el útero de la madre y el padre muere, en ese caso, el niño por nacer será el sucesor si ha nacido con vida; puesto que el Código respectivo advierte que la personalidad jurídica del hombre comienza desde el nacimiento con vida, la ley salvaguarda los derechos del niño por nacer desde la concepción.

Niño por nacer, en la expresión del lenguaje jurídico brasileño, comúnmente se utiliza para señalar al ser concebido durante el tiempo en que se encuentra en el seno materno que lo acoge y lo protege. Siendo fiel al sentido que le dá la lengua latina, para indicar a aquel que va a nacer, no obstante se le aplica también el sentido de ser concebido aunque se encuentre en el vientre materno. (COELHO, 2009)

Si el niño por nacer nace muerto en la esfera sucesoria no se vuelve sucesor porque no es considerado sujeto de derecho, dejando de concurrir a la herencia, la condición para que el niño por nacer sea sujeto de derecho, esto es, que tenga sus derechos legalmente protegidos, es el nacimiento con vida. Si fallece antes de cumplir con esa condición no será considerado sujeto de derecho por la ley brasileña. En otras palabras, para que el niño por nacer trascienda como persona, es decir, nazca con vida y, consecuentemente adquiera personalidad jurídica.

Una de las condiciones para que el niño por nacer sea sujeto de derecho, es que haya nacido con vida. Para el derecho brasileño, es suficiente que con un solo soplo de vida se haya producido el nacimiento, basta con solo una respiración para que sean resguardados sus derechos de orden sucesorio, indiferentemente si el recién nacido tenga o no posibilidades reales de evolución, habiendo sobrevivido incluso por un segundo después del nacimiento el niño por nacer conservará todos los derechos que tenía antes de nacer, desde su concepción. Es decir, recibirá los

derechos de quien es sucesor y si fallece enseguida transmitirá sus derechos a sus sucesores.

Sobre el tema Gagliano y Pamplona Filho (2007, p.81) enseñan que:

[...] el instante en que comienza a funcionar el aparato cardiorrespiratorio, clínicamente comparable por el examen de docimasia hidrostática de Galeno, el recién nacido adquiere personalidad jurídica, convirtiéndose en sujeto de derecho, incluso si falleció minutos después [...].

Se afirmaría que existe una cierta coincidencia en relación con el hecho de que el ciclo vital del ser humano comienza en el momento de la fecundación. Es decir, en que la vida humana se inicia desde la fecundación del óvulo de la mujer por el espermatozoide del varón, momento a partir del cual se forma una nueva vida independiente de la madre y la del padre, con total autonomía genética y características de autenticidad e irrepetibilidad. Este nuevo ser que se forma es un ser único e irrepetible, un ser humano en gestación, es decir, una persona por nacer. (LAFFERRIERE, 2010)

2.DERECHO A LA VIDA DEL NIÑO POR NACER Y EL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Para hablar del niño por nacer, considerado el ser humano por nacer, encuadrado en la legislación civil brasilera y receptado en el Artículo 2º, el cual como se afirmó pone a salvo desde la concepción los derechos del mismo; es necesario hablar del derecho a la vida .Este derecho primordial del ser humano abarca todos los demás derechos .

2.1 El derecho a la vida del niño por nacer

El derecho fundamental a la vida, en el ámbito internacional, fue previsto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948 en Paris, a través de la Resolución de la Asamblea General 217 A (III).

En su Artículo III dispone que “Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal”. (ONU, 1948)

Con posterioridad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se establece la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica. Este instrumento fue firmado y ratificado por Brasil, e incorporado a su legislación interna a través del Decreto N° 678 de 1992. En su Artículo 4° inciso 1 establece que: “Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Ese derecho debe ser protegido por la ley, en general desde el momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”(BRASIL, 1992)

El ordenamiento jurídico de Brasil en consonancia con la Declaración y otros instrumentos internacionales, también estableció el derecho a la vida como fundamental.

Con relación a ello, la Constitución de Brasil de 1988 en su Artículo 5° acápite, dispone que: “Todos son iguales frente a la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileros y a los extranjeros residentes en el País, la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad y a la propiedad [...]” (énfasis propio). Siendo el derecho a la vida un prerequisite a la existencia de todos los demás derechos, es evidentemente el más fundamental. (MORAES, 2004)

Esto es evidente, ya que sin el mismo los demás derechos carecerían de razón de ser. A partir del mismo se desdoblán los otros, como por ejemplo el derecho a la salud, a la integridad física y moral, al sustento, y a la vivienda.

Es así el más elemental de los derechos, el origen de todos los anhelos, pues sin él los demás no tienen razón de ser. Sin el derecho a la vida, hasta el propio Estado dejaría de existir. (RIZZARDO, 2007)

Debidamente reconocido por el Estado de Brasil, esta protección es imprescindible, ya que se trata de un bien indisponible. Sin esa protección incondicional del derecho a la vida los fundamentos del Estado no se realizan, de allí que la Constitución protege todas las formas de vida, incluso **intra uterina**.

‘La vida intra uterina, esta preciosa garantía individual, desde el punto de vista biológico, tiene su inicio con la implantación, es decir con el inicio del embarazo [...].

En ese aspecto, la Constitución de Brasil consagra el derecho a la vida y le cabe al Estado asegurarlo en una doble forma; primero, se debe asegurar el derecho de continuar vivo, y en un segundo momento, tener una vida digna en cuanto a su subsistencia. (MORAES, 2004)

El derecho a la vida, considerado esencial, condiciona a los demás derechos de la personalidad, dado que la Constitución lo prevé en su Artículo 5º como derecho inviolable a la integridad existencial; en virtud de que la vida es un bien jurídico tutelado desde la concepción . Este momento específico comprueba en forma científica la formación de la persona, donde el ser humano se caracteriza como una verdadera expectativa de vida. (FERRAZ, 2011)

La vida es el bien supremo, derecho fundamental del cual se extienden los demás, pues sin la vida los mismos no podrían ser ejercidos .De esta forma se tutela la vida, su previa existencia y aún los derechos vinculados al gestante. Se puede afirmar que la maternidad es una institución que interesa al Estado, ya que su protección es una garantía de la continuidad de su existencia .La idea es que el cuidado y los derechos de la maternidad y del gestante sea directa e indirectamente la protección del portador de la continuidad de la Nación.

Pero no es solamente de esta fuente que tal conclusión emana, ya que cuando se busca identificar a los destinatarios de la protección de los derechos fundamentales, trayendo en primer plano el derecho a la vida, salta al raciocino que esa tutela incluye al niño por nacer. La garantía del derecho a la vida es así un requisito para el disfrute de todos los demás derechos, ya que a falta de este ningún otro se puede reclamar. (MOURA, 2015)

3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – ANÁLISIS DEL CASO ARTAVIA-MURILLO (FERTILIZACIÓN IN VITRO) VERSUS COSTA RICA.

En diciembre del 2015 se cumplieron cinco años de la publicación del caso Artavia-Murillo (Fertilización in vitro) versus Costa Rica, sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las discusiones originadas sobre la interpretación del derecho a la vida y a la posición del embrión, así como su distinción de niño por nacer y feto, permanecen vigentes desde hace tres años.

El 29 de julio del 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el escrito de sometimiento del caso 12.361, contra el Estado de Costa Rica en conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención. La Comisión afirmó que el caso se refiere a alegadas violaciones de

derechos humanos que habrían sucedido como consecuencia de una presunta prohibición general de realizar la Fecundación *in vitro*, que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión pronunciada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de este país. Entre otros aspectos, fue alegado que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, se alegó que a prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. (Corte Interamericana, 2011)

El 15 de marzo del 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia, mediante el cual declaro “procedente a la acción [y] anuló, por ser inconstitucional, [...] el Decreto Ejecutivo n° 24029-S”. Las razones discutidas por la Sala Constitucional para motivar su decisión fueron, en primer lugar, la “infracción del principio de reserva legal”, según el cual “solamente por medio de ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para a promulgación de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales”. De acuerdo a lo anterior, la Sala concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el “derecho a la vida y a la dignidad del ser humano”, razón por la cual “[l]a regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo [era] incompatible con el Derecho de la Constitución”. (Corte Interamericana, 2011)

Por otro lado, al considerar que era aplicable el artículo 4.1 de la Convención Americana, la Sala Constitucional señaló lo siguiente:

La pregunta, ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuando el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. [...] Afirman que, antes de la fijación del pre-embrión este se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no acontece sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva - primero esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. [...] Por el contrario, otros señalan que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que

no existe el término pre-embrión, pues antes del embrión hay un estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda el óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y, por ende en un embrión. La más importante característica de esta células que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el reencuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y de los veintitrés cromosomas del ovocito. [...] Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento. (Corte Interamericana, 2011)

Asimismo, la Sala Constitucional determinó que las prácticas de FIV “atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano”. Para su fundamentación, la Sala Constitucional indicó que: i) “[e]l ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida”; ii) “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”, y iii) “como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”. (Corte Interamericana, 2011)

Al final de sus argumentaciones la Sala concluyó:

El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. (Corte Interamericana, 2011)

La primera discusión que nos parece importante abordar es cuando se inicia la vida, la cual debe estar conforme el Pacto de San José de Costa Rica, protegida desde su concepción. Algunas teorías intentan explicar el inicio de la vida humana. Se

relaciona a continuación la visión genética, embriológica, neurológica, ecológica y metabólica sobre el inicio de la vida humana.

1. Visión genética

La vida humana comienza con la fertilización, cuando el espermatozoide y el óvulo se encuentran y combinan sus genes para formar un individuo con un conjunto genético único. Así se crea un nuevo individuo, un ser humano con derechos iguales a los de cualquier otro. También es la opinión oficial de la Iglesia Católica.

2. Visión embriológica

La vida comienza en la 3ª semana de gestación, cuando se establece la individualidad humana. Esto porque hasta 12 días después de la fecundación el embrión aún se puede dividir y dar origen a dos o más personas. Es esta la idea que justifica el uso de la píldora del día después y los anticonceptivos administrados en las dos primeras semanas de gestación.

3. Visión neurológica

El mismo principio de la muerte vale para la vida. Es decir, si la vida termina cuando cesa la actividad eléctrica en el cerebro, ella comienza cuando el feto presenta actividad cerebral igual a la de una persona. El problema es que esta fecha no está consensuada. Algunos científicos dicen que existen otras señales cerebrales en la 8ª semana, otros, en la 20ª.

4. Visión ecológica

La capacidad de sobrevivir fuera del útero hace al feto un ser independiente y determina el comienzo de la vida. Los médicos consideran que un bebé prematuro solo se mantiene vivo si tiene sus pulmones maduros, lo que ocurre entre las 20ª y la 24ª semana de gestación. Este es el criterio adoptado por la Suprema Corte de los EUA en la decisión que autorizó el derecho al aborto.

5. Visión metabólica

Señala que la discusión sobre el comienzo de la vida humana es irrelevante, en virtud de que no existe un momento único en el cual la vida comienza. Para esta corriente, espermatozoides y óvulos son tan vivos como cualquier persona. Además de esto, el desarrollo de un niño es un proceso continuo y no debe tener un marco inaugural. (MUTO; NARLOCH, 2005)

Antes de entrar en la interpretación dada por la Corte, es necesario hacer la interpretación de algunos términos, a) es la persona – con tales palabras señala, por lo tanto, la toma de posición del autor, en el sentido de que el niño por nacer tiene

personalidad jurídica desde la concepción (...);b) que está por nacer - diferencia específica en relación a las personas ya nacidas, sean ellas capaces, relativa o absolutamente incapaces; c) ya concebida – diferencia específica en relación a la descendencia eventual (...)d) en el vientre materno – esta expresión, utilizada en 1966, (...) excluiría el embrión pre-implantatário, por ahora in vitro o crio conservado, es decir, aun no implantado en el útero de la futura madre.(ALMEIDA, 2000)

El embrión según la literatura médica brasileña, es el germen fecundado en la primera semana después de la concepción, que se encuentra en el comienzo de la vida y todavía no posee su forma humana definida. (BOMTEMPO, 2016)

Todavía, el feto presenta una morfología reconocible: sus órganos ya están formados, comienza a presentar caracteres distintivos de la especie humana. La transición entre el estado embrionario y el estadio fetal se opera alrededor de la 8ª semana después de la fecundación, o de la 7ª después de la implantación. (BERTI, 2008)

Después de las discusiones planteadas en el caso Artavia-Murillo (Fertilización in vitro) versus Costa Rica, ya sea por la Sala Constitucional, o por el Estado, la Corte señaló que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción. Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna. (Corte Interamericana, 2011)

La Corte considero que la definición de concepción que tenían los redactores de la Convención Americana cambió con la evolución científica y la posibilidad de las técnicas de fecundación artificial, entiende que el término “concepción” no puede entenderse como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, en vista

que un embrión no tiene posibilidad alguna de supervivencia si no se realiza la implantación.

La Corte entendió que el presente caso poseía una estrecha relación con la autonomía personal y los derechos reproductivos, debido a la prohibición emanada por la sentencia de la Sala Constitucional el ejercicio de los derechos de las supuestas víctimas alteraron su curso, puesto que las parejas tuvieron que modificar su curso de acción en relación a intentar tener hijos a través de las técnicas de fertilización artificial. La Corte considera que una de las injerencias directas en la vida privada se refiere a la decisión que tomó la Sala Constitucional al impedir que las parejas decidieran sobre si deseaban o no someterse en Costa Rica a este tratamiento para tener hijos. La injerencia se hace más evidente si se tiene en cuenta que la fecundación in vitro es, en la mayoría de los casos, la técnica a la que recurren las personas o parejas después de haber intentado otros tratamientos para enfrentar la infertilidad o, en otras circunstancias, es la única opción con la que cuenta la persona para poder tener hijos biológicos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte considera desproporcional pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente inclusive en procesos donde la técnica de la FIV no interviene. El Tribunal comparte el concepto del perito Zegers-Hochschild, conforme el cual “[es] fundamental bajo una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa proteger el derecho a la vida de lo que significa garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualquier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones responsables de las [técnicas de reproducción asistida], es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer [...]”. El Tribunal reitera que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida (par. 66 supra)².

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo e outros (“fecundação in vitro”) vs. Costa Rica, Sentença de 28 de novembro de 2012, Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf, captura el 27 fevereiro 2016

La Corte concluye que la Sala Constitucional se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, en el artículo 3 de la Declaración Universal, en el artículo 6 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

El Tribunal ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, reiterándose una vez más que en el momento de la redacción de la Convención Americana la definición de concepción era otra, alterándose significativamente a través de los tiempos.

La Corte ha utilizado diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona a los efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. 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 desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general. (Corte Interamericana, 2011)

Al juzgar el caso la Corte se posicionó de forma favorable al derecho de los solicitantes, pero no por entender que debía resguardarse el derecho a la vida del embrión, porque según la Corte el derecho a la vida deber ser garantizado desde el momento de la concepción y no existe tal sin la participación del útero materno. Juzgó procedente el derecho a tener hijos y a constituir una familia independientemente de su origen.

El niño por nacer necesita tener su derecho a la vida consagrada como una forma de garantía y preservación de su dignidad, tópico que se trata a continuación.

3.3 El niño por nacer y el principio de la dignidad de la persona humana

El término “principio” alude a las primeras verdades, expresión utilizada por los autores para fundamentar que los mismos son las premisas de todo un sistema jurídico y moral.³

Puede destacarse que los principios constitucionales son aquellos que preservan los valores fundamentales del ordenamiento jurídico, orientando a las normas constitucionales, no regulando situaciones específicas, sino abarcando al ordenamiento jurídico como una totalidad.⁴

La principal función de los principios es la de ser criterios de interpretación de las normas constitucionales, ya sea al legislador ordinario en el momento de la creación de la norma, o sean a los jueces en el momento de aplicar el derecho o aún los propios ciudadanos en el momento de su concreción efectiva.⁵

El vocablo dignidad derivado del latín *dignitas* (virtud, honra, consideración); se aplica a las cualidades morales que poseídas por una persona, sirven de base al respeto en que se la tiene.⁶

El concepto de persona surge con el Cristianismo, a través de la llamada filosofía Patrística, siendo desarrollada con posterioridad por la Escolástica.

Tales conceptos consideran al ser humano como categoría espiritual, subjetividad que posee valores en sí mismo, como un ser con fines absolutos y que en consecuencia posee derechos subjetivos y dignidad.⁷

En forma general el ser humano es todo ser racional que existe como un fin en sí mismo, no solo como el medio para el uso arbitrario de esta o aquella voluntad, en todas sus acciones, sino que tiene que ser considerado simultáneamente como un fin.⁸

³ Bonavides, Paulo, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Malheiros, 1988, p 256

⁴ Bastos, Celso, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1998, p 153

⁵ Bastos, Celso, *Curso de direito constitucional*, p 154

⁶ Santos, Fernando *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, São Paulo, Celso Bastos, 1999, p 19.

⁷ Santos, Fernando *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p 19.

⁸ Kant, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes* Apud. Tavares, André, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2010, p 581

La Constitución de la Republica Federativa de Brasil en su Artículo 1º estableció la dignidad de la persona humana como uno de los fundamentos del sistema. La preocupación con la promoción de los derechos humanos y la justicia social llevo al Constituyente a consagrar la dignidad de la persona humana como un valor nuclear del orden constitucional. Su esencia es difícil de ser traducida en palabras, pero tiene incidencia en múltiples situaciones que no pueden ser listadas de antemano. (BRASIL, 1988)

En el ordenamiento jurídico de Brasil, tal es la fuerza de este principio que todas las decisiones deberán ser establecidas en consonancia con aquel que tutela la dignidad de la persona humana.

Puede ser el mismo identificado como siendo el principio de manifestación primera de los valores constitucionales por estar cargado de sentimientos y emociones, La doctrina entiende que es imposible comprender este principio solo en la esfera intelectual pues como otros principios, es vivenciado y experimentado en el plano de los sentidos.⁹

La dignidad de la persona humana se refiere a un valor espiritual y moral que está radicado en cada ser humano, manifestándose en la autodeterminación consciente y responsable de la propia existencia, debiendo ser respetado el mismo por las demás personas.

En este sentido aclara Ingo Wolfgang Sarlet que en primer lugar, esto debe ser encarado especialmente a la luz del derecho constitucional positivo, considerándolo en sí mismo como un autentico derecho fundamental autónomo, siendo un elemento de referencia para la interpretación y aplicación de los derechos, como fundamento para la deducción de otros derechos que surgen del mismo.¹⁰

La dignidad de la persona humana también puede ser conceptuada como un fin en sí mismo y no como un medio para obtener un determinado resultado. Es notorio que por su voluntad racional solo el ser humano es capaz de guiarse por las leyes que el mismo promulga. (COMPARATO, 2008)

Esto n es solamente un límite a la actuación del Estado, sino una guía para sus acciones. El Estado no solo tiene el deber de abstenerse de practicar actos que

⁹ Rothenburg, Walter, *Princípios constitucionais*, Porto Alegre, Fabris, 1999, p 65.

¹⁰ Sarlet, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p 103

atenten contra la dignidad de la persona humana, sino el deber de promover esa dignidad a través de conductas activas para garantizar una existencia mínima a cada ser humano dentro de su propio territorio.(SARMENTO, 2000)

Así la dignidad de la persona humana que la Constitución de Brasil, y otras inscriben como fundamento del Estado; no abarca solamente el reconocimiento del valor inherente al ser humano en su dimensión de libertad, sino también el que se refiere a la construcción del Estado en base a ese principio.

Siendo esa dignidad un principio fundamental que resguarda la protección de cada persona en su autodeterminación, en el respeto a sus decisiones, a su valor moral, y libertad; es evidente que el *niño por nacer* como persona por nacer precisa tener su dignidad asegurada.

Para asegurar la dignidad del mismo es necesario asegurar el derecho a la vida, sin el cual como ya se mencionó, los demás derechos no podrían ser usufructuados. Es este derecho el de mas jerarquía, pues sin el mismo, los demás carecen de razón de ser, de allí que los Estados lo protegen.

La vida intrauterina, esta preciosa garantía individual desde el punto de vista biológico tiene su inicio con el embarazo [...] En este aspecto y analizando la Constitución de Brasil que consagra el derecho a la vida, cabe al Estado asegurarlo, de dos formas; en primer lugar el derecho a continuar vivo, y en un segundo momento a tener una vida digna. (MORAES, 2004)

CONCLUSIONES

Puede afirmarse sin ninguna duda que la vida es el bien mayor, siendo que el mismo es tutelado y protegido en la esfera internacional desde 1948, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta protección se mantiene y amplía a través de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica; la cual el Brasil incorpora en su legislación en 1992.

La vida así es el primer derecho, pues sin el mismo, ningún otro puede ser mencionado, discutido, tutelado o requerido, ya que no existirían por falta de objeto. El derecho a la vida, en consecuencia se garantiza desde la concepción, teniendo el

niño por nacer el mismo asegurado y garantizado en todas las legislaciones que incorporaran la Declaración Universal de los Derechos Humanos e el Pacto de San José de Costa Rica.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus juzgados aseguran el derecho a la vida como un derecho humano fundamental, cuyo gozo pleno é un prerequisite para o disfrute de todos los demás derechos humanos. En virtud de este papel fundamental designado en la Convención, os Estados tienen a obligación de garantizar a creación de condiciones para que non surjan violaciones a estos derechos.

Esa preocupación se fundamenta precisamente en el principio de la dignidad humana. El principio mencionado, el cual se vincula con la idea de democracia, es uno de los fundamentos del Estado de Derecho, y un elemento esencial para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

El ser humano así no puede ser tratado como un simples objeto, principalmente en su condición de persona por nacer, momento en el que se encuentra más debilitado e imposibilitado de ejercer su autodeterminación y de manifestar su propia voluntad.

El valor de la dignidad, es lo que distingue a un objeto de un ser humano, que posee razón y conciencia, y siempre de acuerdo a las normas debe ser resguardado como tal, para adquirir y ejercer los derechos que le son inherentes.

El presente artículo ha demostrado que el niño por nacer debe ser protegido y tutelado y que a partir del momento que el Estado permite a las personas constituir una familia a través de técnicas de reproducción asistida, debe ese mismo Estado garantizar el mismo tratamiento a todos los que buscan este camino para lograr esa finalidad, porque como ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia-Murillo (Fertilización in vitro) versus Costa Rica*, el niño por nacer debe tener sus derechos consagrados desde la concepción, pero no hay concepción sin la presencia del útero materno. La Corte Interamericana de Derechos Humanos coloca como fundamental el derecho de tener hijos, a fundar una familia independientemente de su origen.

Referencias

AMARAL, Francisco. *O nascituro no direito civil brasileiro*. Contribuição do Direito Português. Rio de Janeiro, 1990.

ALMEIDA, Silmara, *Tutela civil do nascituro*, São Paulo, Saraiva, 2000.

Bastos, Celso, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1998.

Berti, Silma, *Os direitos do nascituro*. In: TAITSON, Paulo Franco (Ed.) et al. *Bioética: vida e morte*, Belo Horizonte, Editora PUC Minas, 2008.

Brasil, Decreto nº 678, de 6 de noviembre de 1992, ppromulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de noviembre de 1969, disponible en:http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf, Acceso el 15 de marzo de 2020

Bomtempo, Tiago, *Aspectos controvertidos da situação jurídica do nascituro*, Disponible en http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11922&revista_caderno=6 acceso el 20 de marzo de 2020.

Bonavides, Paulo, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Malheiros, 1988

Caramelo, Gustavo, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015.

Chaves, Benedita, *A tutela jurídica do nascituro*, São Paulo, LTR, 2000.

Coelho, Fabio, *Curso de direito civil, parte geral*, São Paulo, Saraiva, 2009.

Código Civil Italiano, Disponible en http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib1.htm, Acceso el 15 de marzo de 2020.

Comparato, Fábio, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 2008

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo e outros (“fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, Sentença de 28 de noviembre de 2012, Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf, captura el 27 febrero 2020.

Cretella Júnior, José, *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2003

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Adoptada por Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/>, Acceso 15 de marzo de 2020.

Ferraz, Carolina, *Bio direito: a proteção jurídica do embrião – in vitro*, São Paulo, Verbatim, 2011.

Freitas, Douglas, *Alimentos Gravídicos: comentários á Lei 11.804/2008*, Rio de Janeiro, Forense, 2011.

Gagliano, Pablo, *Novo curso de direito civil*, São Paulo, Saraiva, 2007.

Gonçalves, Carlos, *Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2010.

Kant, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes Apud*. Tavares, André, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2010.

Laferrière, Jorge, *La filiación: sus desafíos jurídicos, hoy*, Buenos Aires, Educa, 2010.

Maia, Paulo, *Nascituro*, In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1980.

Moraes, Alexandre, *Direito Constitucional*, São Paulo, Atlas, 2004.

Moura, Alessandro, *As Teorias Do Nascituro E O Contexto Jurídico Nacional*, p 17-18, Disponible en: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/538/380>, Acceso 15 de marzo de 2020.

Muto, Eliza; Narloch, Leandro, *Vida: o primeiro Instante*, Revista Superinteressante, on line, Nov. 2005, Disponible en: <http://super.abril.com.br/ciencia/vida-primeiro-instante-446063.shtml>, Acceso el: 20 de marzo de 2020.

Pereira, Reinaldo, *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, Florianópolis, 1999.

Pussi, Willian, *Personalidade Jurídica do Nascituro*, Curitiba, Juruá, 2008.

Rizzardo, Arnaldo, *Parte Geral do Código Civil: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*, Rio de Janeiro, Forense, 2007.

Rodrigues, Silvio, *Direito civil, Parte Geral*, São Paulo, Saraiva, 1997.

Rothenburg, Walter, *Princípios constitucionais*, Porto Alegre, Fabris, 1999.

Santos, Fernando *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, São Paulo, Celso Bastos, 1999.

Sarlet, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

Sarmiento, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

Semião, Sérgio, *Os direitos do nascituro: aspectos civis, criminais e do biodireito*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

Tavares, André, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2010.

Venosa, Silvio, *Direito Civil*, São Paulo, Atlas, 2005.

Vicente, Ráo, *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo, RT, 1999.