

Medio	El Mostrador
Fecha	1-2-2013
Mención	Las nuevas dimensiones del estatuto jurídico del feto y los derechos de las mujeres. Pablo Contreras, uno de los autores de la columna es profesor de derecho en la UAH.

Las nuevas dimensiones del estatuto jurídico del feto y los derechos de las mujeres



EDUARDO CHIA Y PABLO CONTRERAS

Eduardo Chia es abogado. Candidato a Magister en Filosofía U. de Chile. Profesor de derecho Universidad Andrés Bello. Pablo Contreras es abogado, candidato a doctor en Derecho Northwestern University. Profesor de derecho Universidad Alberto Hurtado.

ENVIAR RECTIFICAR IMPRIMIR

El 21 de diciembre de 2012 se publicó la sentencia del caso [Artavia Murillo & otros vs. Costa Rica \(Fecundación in Vitro\)](#) en la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) condenó y declaró responsable internacionalmente a Costa Rica por prohibir a través de una [resolución judicial](#), el acceso a la fertilización in vitro. La CIDH estimó que el impedimento para beneficiarse de técnicas para la reproducción asistida violaba ciertas disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) entre las que se cuenta el derecho a la integridad psíquica y física, el derecho a la libertad personal (Art. 7), el derecho a la vida privada (Art. 11.2) y el derecho a la vida familiar (Art. 17.1), en relación con el Art. 1.1 que establece la obligación de los Estados Partes de la Convención de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella.

Twitter

t>

Entre los diversos alcances éticos y políticos que tuvo esta sentencia en el sistema interamericano de derechos humanos, nos referiremos a aquellos aspectos que inciden de manera directa en la discusión constitucional sobre el estatuto jurídico del embrión y su relación con la prohibición punitiva de la interrupción voluntaria del embarazo.

Como ya se venía fallando de modo sistemático y, desde hace bastante tiempo por parte de la jurisprudencia constitucional comparada (en especial las Corte de Canadá, EE.UU. España, México, Colombia y Alemania), la CIDH confirmó que el feto no es sujeto de derecho. Esto es así porque los derechos sólo pueden ser ejercidos por *personas*, ya que únicamente a éstas es posible adscribirle ciertos derechos morales básicos. Lo antes dicho quiere decir que el nonato no está legitimado para el ejercicio de derechos en forma autónoma, como sí lo estarían las personas completas. En tal sentido, la decisión de la CIDH asimila lo indicado por [Kant](#), cuando explicó que sólo un sujeto posee una autoconsciencia que determina y condiciona la actividad cognoscitiva, a partir de lo cual es posible tener consciencia del beneficio normativo que entregan las normas de derechos constitucionales.

Es de esperar que los aspectos resolutivos del fallo de la CIDH, en torno al estatuto jurídico del embrión, junto a sus prevenciones sobre los derechos sexuales y reproductivos en particular y los derechos humanos de las mujeres, en general, sean considerados y aprehendidos por nuestra institucionalidad política.

La cuestión conceptual de la *persona* no es algo baladí. En efecto, como subrayó Rolando Tamayo, en el plano jurídico el concepto *persona* conlleva, esencialmente, una significación técnico-jurídica que denota aquella entidad que puede *actuar* en la vida jurídica, o sea, puede desempeñar un rol en la vida que envuelve el Derecho. Esto tiene una explicación etimológica, ya que el significado original etrusco de *persona* fue “máscara” (*phersu*), que designaba la cara del actor que representaba una escena (P. Duff, 1971). De ahí que la significación técnica de *persona* apele a una categoría dramática. Más allá de esta nota histórica, hoy en día, lo importante es tener en cuenta que *persona* es, para el Derecho, lo que la comunidad jurídica determinó debe ser una *persona*, en correlación con estándares desarrollados en el devenir del tiempo y en armonía con los principios constitucionales sobre los que se organiza la comunidad —como los estándares establecidos por la CIDH. De acuerdo a estas consideraciones, los fetos y embriones, dados sus caracteres constitutivos: 1) estarían imposibilitados de desempeñar un papel en la vida jurídica; 2) no son *personas* por decisión de la comunidad política, especificada luego a través de una resolución jurídica. En ese sentido, cuando la CIDH dice en sus párrafos 222 y 223 —luego de analizar diversas disposiciones de derecho

internacional aplicando variados criterios de interpretación constitucional— que “no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en dichos artículos (de la CADH)”, siendo “improcedente otorgar el estatus de persona al embrión”, simplemente reafirma las ideas que acabo de exponer.

Esta conclusión de la CIDH no sólo es correcta jurídicamente, sino que también encuentra apoyo en la ética, disciplina en la cual el concepto *persona* está circunscrito a la *agencia*, idea que implica asignar a una entidad —previa determinación deliberada de la comunidad política— ciertas propiedades moralmente relevantes determinantes de la sustantividad de la condición humana. Estas últimas dicen relación con experiencias que hacen posible el disfrute de los fenómenos de la existencia biológica en el mundo. La cuestión de la agencia como presupuesto de la personalidad moral no es un asunto del *todo-o-nada*. De hecho, ésta presupone una gradualidad en el desarrollo moral, cuestión que se cristaliza mediante diversos grados de intensidad a partir del evento de la viabilidad fetal, considerado éste último como hito relevante, pues implica que el feto puede sobrevivir fuera del vientre materno con o sin soporte de la tecnología médica y desde el cual comienza a gestarse de modo progresivo el desarrollo de lo que en filosofía de la mente se conoce como *consciousness*.

De esa manera, la adquisición escalonada de propiedades morales *prima facie* relevantes tales como la capacidad cognoscitiva y de raciocinio, la reciprocidad social y la autoconsciencia, la posibilidad de representación de lo futuro con el propósito de para materializar planes e ideales morales de vida, el hecho de recordar eventos retrospectivamente —en tanto posesión de continuidad y conexidad psíquica— y, por sobre todo, la capacidad de autodeterminación como agente moral, dan cuenta de la existencia de ciertos rasgos vitales y procesos mentales que los fetos y los seres vivos en gestación no poseen, sino que puramente en forma de potencia contingente.

Dichas caracterizaciones de la persona moral no son arbitrarias, pues se fundan en la idea de estatus moral como elemento ontológico y normativo constitutivo de ésta, cuyas principales significaciones han sido construidas y propuestas por filósofos morales contemporáneos tales como Singer (1993), Warren (1996), Feinberg (1986), Tooley (2009) y Giubilini & Minerva (2012). Estos autores postulan que aquellas condiciones morales básicas, *prima facie* relevantes, permiten adscribir ciertos derechos morales básicos a una entidad.

Por cierto, las consideraciones antes expuestas —ampliamente consensuadas en la literatura filosófica y científica— fueron tomadas en serio por la CIDH al momento de determinar que el goce de tutela jurídica por parte del feto “no es algo absoluto (del *todo-o-nada*) sino *gradual e incremental* según el desarrollo de éste” (párrafo 264, énfasis agregado). A partir de ello, los jueces concluyeron que la interpretación más pertinente del Art. 4.1 de la CADH, que reglamenta el derecho a la vida, admite exclusiones en su aplicación, siendo posible su concreción en intensidad normativa atendiendo el gradual desarrollo del embrión a partir de la implantación de éste en el útero de la mujer; adquiriendo el beneficio total de las reglas de derecho sólo una vez que se nace, ya que sólo a partir de ese entonces se es *persona* en el sentido moral y jurídicamente relevante.

¿Por qué estas consideraciones son relevantes para la discusión sobre la desincriminación de la interrupción del embarazo en nuestro país?

Pues bien, aún cuando la decisión de la CIDH versa sobre un tema ajeno al aborto, varios aspectos resolutivos del fallo son de suma relevancia para la argumentación jurídica en torno a la permisibilidad legal de la interrupción del embarazo. Aquello es así pues las razones justificatorias esbozadas por CIDH echaron abajo dos de las principales estrategias argumentativas del pensamiento católico-conservador para oponerse a la licitud del aborto consentido, a saber, *i*) que el feto es titular del derecho a la vida, de lo cual derivaban la inconstitucionalidad de toda regla que autorizara el aborto consentido en algunos supuestos y concurriendo ciertas exigencias; *ii*) que el derecho a la vida del feto es absoluto, debiendo prevalecer siempre por sobre los derechos constitucionales de la mujer.

Con respecto al primer argumento católico-conservador *i*): el fallo de la CIDH zanja la discusión en torno a la no titularidad del feto para ser beneficiario de las reglas de derecho constitucional. Asimismo, como antes expliqué, la CIDH explicitó algo que ya estaba presente en el ideario ético e histórico-político, a saber, que el embrión y el feto no son una *persona*. No obstante, no por ello éstos deben quedar excluidos de la protección jurídica como un objeto del Derecho. A este respecto, los jueces de la CIDH, al igual como antes lo habían hecho los magistrados de las Cortes Constitucionales comparadas, han entendido que corresponde al Estado un deber activo tutelar de la vida humana potencial y en la medida que el desarrollo gestacional del producto de la concepción alcanza un mayor grado de proximidad a la condición psicobiológica y moral de las personas nacidas, ese interés estatal en proteger la vida en gestación se incrementa y se vuelve legítimo.

A este respecto, no debemos dejar mencionar que, con la conclusión antes mencionada, la CIDH evitó incurrir en la común falacia de la generalización indebida (pero que sí cometió nuestro Tribunal Constitucional), traducida en lo siguiente: del hecho que los nonatos merezcan algún tipo de tutela jurídica por parte del Estado en razón de la potencia de vida que contingentemente representan, no por ello es posible concluir que necesariamente tengan condición de titulares de derechos y, menos aún, que sean *personas*.

En relación al segundo punto del pensamiento católico-conservador ii): su refutación se deriva de la consideración anterior. En efecto, la CIDH volvió a subrayar algo que ya estaba presente en el ideario ético e histórico-político (incluso presente en nuestras intuiciones básicas), esto es, “que entender el derecho a la vida como absoluto no tiene sustento en la CADH” (párrafo 273, énfasis agregado). Pensar lo contrario, conlleva la negación de otros derechos que protege la CADH (párrafo 258). Asimismo, la CIDH insistió en hacer presente que la defensa de la protección absoluta del derecho a la vida es contraria al objeto y fin de la CADH, cual es, la tutela de los derechos humanos (párrafo 259, énfasis agregado).

Estas aseveraciones de la CIDH, negadas históricamente por nuestro Congreso Nacional, por nuestro Tribunal Constitucional y por nuestra Corte Suprema, son relevantes para el robustecimiento de los derechos de las mujeres pues reconocen que éstas son portadoras de derechos en igualdad de condiciones. Esto es significativo no sólo desde un punto de vista jurídico, sino que también político y ético, ya que implica reconocimiento para las mujeres, tanto de ciudadanía, como de personalidad moral.

En definitiva, es de esperar que los aspectos resolutivos del fallo de la CIDH, en torno al estatuto jurídico del embrión, junto a sus prevenciones sobre los derechos sexuales y reproductivos en particular y los derechos humanos de las mujeres, en general, sean considerados y aprehendidos por nuestra institucionalidad política. Esto es, además, parte del parámetro que la misma CIDH ha fijado a través de la doctrina del control de convencionalidad: tanto los órganos judiciales — establecido en el caso *Almonacid v. Chile*— como los legisladores —determinado en el caso *Gelman v. Uruguay*— se encuentran obligados a incorporar este estándar de derechos humanos en las decisiones internas. Contando con la interpretación autoritativa del Art. 4.1 de la CADH, debiésemos ser próximamente testigos de una amplia deliberación democrática con el objeto y fin de establecer una legislación acabada sobre la interrupción legal del embarazo, pues tal como se trata de mostrar, dos los principales argumentos utilizados por el pensamiento conservador para oponerse a una reforma legal que autorice el aborto consentido, fueron desechados por la institucionalidad jurisdiccional máxima sobre derechos humanos en el continente.

