

Imaginación y sentencia judicial: un estudio desde el caso Artavia Murillo y Otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Imagination and Judicial Decision: A Study from the case Artavia Murillo and Others (in vitro Fertilization) vs. Costa Rica of the Inter-American Court of Human Rights

Andres Felipe Zuluaga Jaramillo¹
Universidad de Medellin (UDEM/Colômbia)
afzuluaga@udem.edu.co

Resumen

El propósito del artículo es reflexionar cómo funciona la imaginación en la sentencia judicial. Para lograrlo, primero se mostrará en qué consiste el juicio reflexivo; luego, con base en el filósofo francés Paul Ricoeur se abordará el concepto de imaginación, la relación entre la imaginación y la acción, y por último el papel de la imaginación en la constitución del campo histórico. El aparato conceptual se irá contrastando con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos conocida como Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (en adelante el Caso). Con base en lo anterior, se sostendrá que la imaginación es usada para construir la sentencia judicial, especialmente en los casos difíciles, de diversos modos, a saber (i) la innovación semántica, (ii) la proyección de la acción, y (iii) la construcción del campo histórico.

Palabras-clave: Imaginación; sentencia judicial; Ricoeur.

¹ Abogado de la Universidad de Medellín. Doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia). Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Medellín. Universidad de Medellín. Carrera 87 No. 30-65, Medellín, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1601-5325>

Abstract

This article aims to reflect on how imagination works in judicial decisions. To achieve this, first, it will explain the reflective judgment; then, based on the French philosopher Paul Ricoeur, the concept of imagination, the relationship between imagination and action, and finally, the role of imagination in the constitution of the historical field will be addressed. This conceptualization will be contrasted with the judgment of the Inter-American Court of Human Rights known as *Artavia Murillo et al ("in vitro fertilization") v. Costa Rica* (hereinafter the Case). Based on the above, it will be argued that imagination is used to construct the judicial decision, especially in hard cases, in several ways, for instance, (i) semantic innovation, (ii) projection of action, and (iii) construction of the historical field.

Keywords: Imagination, judicial decision, Ricoeur.

Introducción

El texto tiene como objetivo reflexionar acerca del papel de la imaginación en la decisión judicial. Para lograr esto se indicarán brevemente algunos aspectos jurídicos sobre el razonamiento jurídico. Luego, a partir de la hermenéutica filosófica de Ricoeur se pasará a estudiar la sentencia judicial como un texto en cual se encuentra presente el uso de la imaginación; el marco conceptual para abordar la imaginación también procede del filósofo francés.

Es de precisar, que el filósofo francés no desarrolla suficientemente lo relacionado con la imaginación productiva en la sentencia judicial, pero si nos da pistas para reconstruirla. Por lo cual, la pretensión de este artículo es pensar desde Ricoeur el papel de la imaginación en la sentencia judicial, para así develarla y contribuir a que sea tenida en cuenta de forma activa en el razonamiento judicial. De este modo, se pretende explicar más la decisión judicial para comprenderla mejor, y se tomen mejores decisiones.

La tesis del artículo es que la imaginación es usada por los operadores jurídicos para resolver los casos difíciles, ya que la imaginación produce significados, permite evaluar el poder hacer y constituir el campo histórico.

Para mostrar cómo funciona la imaginación en la decisión judicial, se analizará la sentencia de 28 de noviembre de 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) *Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica* (en adelante el Caso). En esta sentencia la Corte IDH decidió que la prohibición de la fecundación *in vitro* en el Estado de Costa Rica fue contraria al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y que dicha prohibición les ocasionó perjuicio a las víctimas. La sentencia fue seleccionada porque es un caso difícil y se evidencian las diversas maneras de usar la imaginación. No obstante, estudiamos un caso particular estimamos que en todos los casos difíciles aparece al menos uno de los usos de la imaginación.

Razonamiento jurídico y juicio reflexivo

Para comprender de qué manera se puede insertar la imaginación en el ámbito judicial es menester precisar algunos aspectos del razonamiento jurídico, tal y como ha sido entendido por los juristas, ya que tanto en la concepción de la escuela de la exégesis como en las propuestas de Alexy o Aarnio la imaginación no es tomada explícitamente en cuenta. Ahora bien, si partimos del papel que le otorga Paul Ricoeur al juicio reflexivo se abre una puerta para el uso de la imaginación.

(a) Razonamiento jurídico

Con relación a los aspectos del razonamiento jurídico es menester recordar que la idea del razonamiento judicial como una mera aplicación de un silogismo y de que el juez es un autómatas han sido superadas en la literatura jurídica. Ya han sido superadas concepciones tales como (1) la escuela de la exégesis de que el juez era “una especie de máquina automática con tres ranuras y un botón” (Recasens, 1980, 202); (2) la propuesta de Beccaria según la cual “en todo delito debe hacerse el juez un silogismo perfecto” (2000, p. 14); y (3) la expresión de Montesquieu de que los jueces son “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados...” (1977, p. 108).

Aunque no es el propósito del texto abordar las diversas razones que han llevado a superar la anterior manera de concebir la actividad judicial, si lo es el de anotar que haberla superado ha abierto diversos caminos para estudiarla, entre ellos el de la argumentación jurídica, y el de la imaginación como lo abordaremos.

Una de las razones contribuyentes al cambio de acento sobre el estudio de la decisión judicial es el haber tomado conciencia de que el caso influye decisivamente en la elección, interpretación o construcción de la norma jurídica que sustenta la decisión judicial. En ese sentido ya Kauffmann en 1977, después de criticar el iusnaturalismo, el positivismo y la concepción tradicional de la actividad del juez escribió “sólo en el caso y a través del caso se hace comprensible lo que ‘piensa’ la ley” (2016, p. 140) y en otro artículo expresa que en la determinación del derecho “el deber ser de la ley y el ser del caso se sirven mutuamente” (1996, p. 22). Esa distinción entre ser y deber ser trajo como consecuencia “a ampla aceitação dos valores como elemento da interpretação do Direito, mormente o Constitucional” (Krell, 2021, p. 215); así una mirada dirigida hacia el caso y hacia los valores fueron generando la necesidad de repensar la manera del razonamiento judicial.

En consonancia con lo anterior, Zagrebelsky expresa que “la comprensión del caso presupone que se entienda su ‘sentido’ y que se le dé un ‘valor’” (2008, p. 136). El jurista italiano describe que el intérprete procede de una manera circular que va del caso a la regla, y de la regla al caso; proceder en el cual aparecen las normas jurídicas con carácter de principio, lo cual conlleva al uso de la razón práctica, la *prudentia*, para que en la tensión entre el caso y la regla se introduzca “un elemento de equidad en la vida del derecho” (2008, p. 148).

Por otra parte, se tienen los cambios que han generado las normas jurídicas con carácter de principios, ya sean enunciadas como derechos fundamentales en las constituciones o como derechos humanos en los instrumentos internacionales. Es difícil reconstruir todos los aspectos relacionados con los principios, pero para efectos del objeto de estudio es menester resaltar como los principios usualmente carecen en su formulación de un supuesto jurídico y de una consecuencia jurídica, “en general, ni la forma deóntica ni la forma imperativa se adaptan a la formulación de los principios” (Guastini, 1999, p. 149).

Sin embargo, el operador jurídico debe fallar y para ello necesita una norma jurídica que tenga un supuesto jurídico y una consecuencia jurídica, para así poder justificar internamente su decisión (Wróblewski, 2003, p. 52). De este modo, no es gratuito que Alexy (i) plantee una teoría semántica de la norma jurídica, (ii) busque fundamentar una teoría amplia del supuesto de hecho (1993, p. 292), (iii) construya la estructura de supuestos de hecho y restricciones (1993, p. 298), y (iv) que la ley de la colisión se realice bajo la óptica del supuesto de hecho y la consecuencia jurídica (p. 94). Todos los aspectos que va construyendo Alexy indican por una parte el cambio que se da en la norma jurídica, y la necesidad de contar con un supuesto jurídico para fallar.

Ahora bien, aclarar esas estructuras de la norma jurídica es importante, pero deja abierto el problema acerca del contenido, de lo cual deriva el problema de la justificación de la premisa mayor del razonamiento. Por lo cual, la teoría de la argumentación jurídica cobra importancia, cabe resaltar dos autores que se han ocupado de ella (i) Alexy y (ii) Aarnio. Respecto de (i) Alexy, él construirá una teoría de la argumentación jurídica analítico-normativa (2007, p. 35), en la cual se analizan las diversas estructuras argumentativas y se establecen criterios o reglas para un discurso racional. Es conocida su distinción entre la justificación interna y la externa, la primera “trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación” (Alexy, 2007, p. 214), y con la justificación externa se tiene por objeto “la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna” (Alexy, 2007, p. 222).

Con relación a (ii) Aarnio, él expresa que la decisión debe ser tanto racional como razonable (1991). Lo racional es la unión de la justificación interna y de la justificación externa, es decir, “se refiere tanto a la lógica del razonamiento como al discurso que justifica las premisas” (1991, p. 247). Sin embargo, la racionalidad no es suficiente, pues queda sin resolverse el problema del contenido de la interpretación, pues las dos justificaciones solo muestran que la inferencia lógica es válida o que se siguieron las reglas del discurso racional, por lo cual es procedimentalmente correcta la argumentación.

Por ello, es necesario el componente de lo razonable, y para ello “el resultado tiene que responder al conocimiento y al sistema de valores de la comunidad jurídica” (1991, p. 248), cuando esto se logra el contenido es aceptable.

No obstante, esto no resuelve todos los interrogantes que orbitan en torno a los cambios en la concepción de la norma jurídica, y el papel del caso en la decisión judicial. Si bien la argumentación jurídica nos muestra las formas lógicas y procedimientos para justificar las premisas del razonamiento, no aclara todo lo que acontece en torno a la decisión judicial; Ricoeur comentando a Perelman indica que “la argumentación, en este punto, apenas realiza una función creadora” (1997a, p. 81), lo cual se adecua perfectamente tanto a la teoría de Alexy como a la de Aarnio.

Así, la justificación interna y la justificación externa dejan abierta la pregunta “¿bajo qué regla situar tal caso?” (1997b, p. 176), máxime cuando estamos frente a un caso difícil.

(b) Casos difíciles

Para Aarnio los casos difíciles se presentan cuando “a un mismo comportamiento es posible aplicar más de una disposición legal” (1991, p. 24) o cuando “el texto puede ser interpretado de diferentes maneras” (1991, p. 25); la consecuencia que el jurista finlandés extrae de los casos difíciles es que acá se permite la discrecionalidad, a diferencia de los casos rutinarios en los cuales las decisiones son mecánicas (1991, p. 25).

Por su parte Atienza entiende por casos difíciles aquellos en los cuales “la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos existentes” (1997, p. 9), por lo anterior no puede realizarse simplemente una deducción; por ello, “a los criterios de la lógica -la lógica en sentido estricto o lógica deductiva- debe añadirse los de la llamada ‘razón práctica’” (Atienza, 1997, p. 9).

Para Alexy la presencia de casos complicados conlleva a que la labor de argumentación de la decisión judicial se torne más compleja, por lo cual no basta la estructura básica de la justificación interna, ya que “si no se puede extraer ninguna regla de la ley, entonces hay que construirla. (Alexy, 2007, p. 215). Basta con comparar los dos tipos de estructuras para dimensionar lo anterior.

Para los casos fáciles podríamos utilizar básicamente la siguiente estructura:

- (1) $(x) (x \rightarrow ORx)$
- (2) Ta
- (3) ORa (1), (2) (Alexy, 2007, p. 214)

Mientras que para los casos difíciles debemos construir este tipo de razonamiento:

- (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
- (2) $(x) (M^1x \rightarrow Tx)$
- (3) $(x) (M^2x \rightarrow M^1x)$
- (4) $(x) (Sx \rightarrow M^n x)$
- (5) Sa
- (6) ORa (1)-(5) (Alexy, 2007, p. 219)

Adicionalmente, como es sabido no basta con realizar esa estructura, sino que debe justificarse externamente cada una de las proposiciones. Ahora bien, aunque Alexy aclara desde un punto de vista lógico lo que debe realizarse al expresar “la decisión jurídica debe seguirse al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones” (Alexy, 2007, p. 215), no indica como se produce ese razonamiento que nos lleva a construir las otras proposiciones.

Lo expresado por los anteriores juristas (i) necesidad de la discrecionalidad, (ii) el acudir a la razón práctica o (iii) el tener que añadir proposiciones a la justificación interna, abre la puerta para reflexionar acerca del papel de la imaginación en la decisión judicial. Para lograr lo anterior es menester dar un paso adicional con relación a la distinción entre juicio reflexivo y determinante desarrollada por Ricoeur.

(c) El juicio reflexivo en Ricoeur

Es de precisar que Ricoeur distingue entre el juicio determinante y el juicio reflexivo. El primero consiste en aplicar una regla a un caso; y el segundo “en ‘hallar’ la regla bajo la cual es apropiado situar un hecho que exige ser interpretado” (1997b, p. 181). Se colige, que el juicio determinante, que es similar al silogismo judicial o a la justificación interna, no sirve para responder a la pregunta de cuál regla utilizar. Ahora bien, respecto del juicio reflexivo Ricoeur expresa que allí es importante la interpretación pues esta “es el camino que sigue la imaginación productiva en la operación del juicio reflexivo” (1997b, p. 176).

La inspiración de Ricoeur es explícitamente Kantiana, y lo hace desde la obra crítica del juicio. Si bien este no es el espacio para exponer a detalle la construcción que hace Ricoeur en

el texto 'Juicio estético y juicio político según Hannah Arendt' (1997b, p. 139-159), se considera pertinente resaltar el papel que se le otorga al parágrafo 40 de la crítica del juicio. Allí Kant establece que el gusto es "la facultad de juzgar aquello que hace *universalmente comunicable* nuestro sentimiento en una representación dada, sin intervención de un concepto" (Kant, 2018, p. 220). Para Ricoeur esto es fundamental ya que esto implica seguir la segunda máxima del entendimiento común según Kant, a saber, 'pensar en el lugar de otro' (2018, p. 218).

Así las cosas, cuando no tenemos regla para un caso, debemos pensar en lugar de otro una regla que tiene la virtualidad de ampliarse, por lo cual debería ser racional, universal, objetiva y comunicable; máxime cuando esa decisión podría convertirse en un precedente judicial. Lo contrario daría lugar a construcciones arbitrarias, particulares y meramente subjetivas. En este sentido, y también siguiendo a Ricoeur se ha dicho que "le moment subjectif du jugement est toujours déjà impliqué dans une intersubjectivité – sa communicabilité aux autres, la manière dont les autres pourraient eux-mêmes juger ce cas, exerce une contrainte sur la recherche de la solution" (Mazabraud, 2020, p. 652).

Ahora bien, para Kant "la capacidad de los hombres de comunicarse sus pensamientos, exige una relación de la imaginación y del entendimiento para asociar a los conceptos intuiciones, y a éstas, a su vez, conceptos que se juntan en un conocimiento" (2018, p. 220). Esta relación entre imaginación y entendimiento, y la posibilidad de comunicarla es la que nos permite pensar en una imaginación productiva, y en el caso del derecho de una imaginación que a partir del caso construye una regla, aunque "cela fait ressortir la dimension non démontrable de toute solution d'un cas, mais aussi une dimension éthique d'effort de « penser élargie »" (Mazabraud, 2020, p. 652),

No obstante, que es una dimensión indemostrable, el esfuerzo ético de pensar de manera amplia nos invita a explorar la imaginación, para mostrar como en el juicio reflexivo llevado en el ámbito judicial se encuentra presente y a partir de ella explicitar lo que se comunica en la interacción entre el caso y la regla.

Imaginación y sentencia judicial

La manera en que Ricoeur aborda la imaginación es sumamente estimulante para pensar lo jurídico, por lo cual seguiremos de cerca el artículo intitolado 'La imaginación en el discurso y en la acción', y usando el método hermenéutico del filósofo francés pensaremos lo jurídico a partir de su ensayo, haciendo honor a la idea de que "el decir del hermeneuta es un re-decir, que reactiva el decir del texto" (2002, p. 147), de este modo reactivaremos el texto mencionado a la luz de lo jurídico.

Para comenzar, es de destacar que el título del artículo menciona que la imaginación tiene que ver tanto con el discurso como con la acción, lo cual nos permite hacer fácilmente el tránsito hacia la decisión judicial, ya que ella es un discurso relacionado con la acción. No en vano Alexy expresa que "los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones" (2007, p. 177), y que la sentencia es un caso especial del discurso práctico. Discurso en el que están en juego proposiciones normativas y proposiciones fácticas, en una relación de co-implicación, pues como ya se mostró la norma jurídica no determina el caso.

(a) Concepto de imaginación

Por lo que se refiere al concepto de imaginar en el contexto del discurso, Ricoeur la entiende como "reestructurar campos semánticos" (2002, p. 202), vinculada a la innovación semántica. La anterior noción descarta usar la palabra con los significados de evocar arbitrariamente cosas reales, pero ausentes o evocar cosas inexistentes.

Si imaginar es producir sentidos nuevos, y las normas jurídicas con carácter de principios no tienen un contenido semántico que conduzcan al supuesto jurídico², la imaginación puede ser un método que contribuya a la construcción de contenido. Y la imaginación en cuanto método "es la operación misma de captar lo semejante, procediendo a la asimilación predicativa que responde al conflicto semántico inicial" (2002, p. 202).

Para ilustrar lo anterior tenemos que en el Caso objeto de estudio la Corte IDH expresa que la situación a resolver es "una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada"(Corte IDH, 2012, párr. 144), en la cual entran en juego varios derechos de ahí que en el acápite VIII estudie el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y por último, el principio de no discriminación. Además, expresa que la fecundación *in vitro* no existía cuando se redactó la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención) (Corte IDH, 2012, párr. 246).

Las dos situaciones expresadas por la Corte IDH permite clasificar el anterior caso como difícil. Ya que no existe una norma jurídica exactamente aplicable al caso controvertido, a partir de la cual se pueda realizar un razonamiento deductivo o un juicio determinante. De ahí que, la decisión debe partir desde el caso hacia la regla, lo cual conlleva a construirla a partir de los artículos de la Convención; por ello, en la parte resolutive la Corte IDH nos da a entender que la concreción de la regla la realizó desde los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 todos en relación con el artículo 1.1 de la Convención.

Construcción que conlleva a buscar los aspectos semejantes en todas las disposiciones, y desde allí innovar semánticamente con una regla que tenga como contenido si la FIV está prohibida o permitida en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH). Nótese que esto no es una mera analogía *legis o iuris, va más allá*; pues, no la Corte IDH no está mirando si el caso encaja dentro de otro supuesto jurídico, ni está mirando a varias normas jurídicas para extraer un principio. Lo que hace es tomar varias disposiciones, reestructurar un campo semántico, a partir de los predicados que se pueden conectar desde el caso concreto. En la tabla que se presenta se muestra como Corte IDH le da sentido a disposiciones de la CADH y luego conecta estos sentidos con otros, para producir el sentido global de la Convención a la luz del Caso.

² No sobra recordar que "el texto lapidario de las cláusulas constitucionales regula muy poco o casi nada, no establece casi ningún supuesto de hecho" (Bernal, 2005, p. 166), lo anterior también se puede predicar de algunas disposiciones de la CADH.

CADH	Interpretación de la Corte IDH	Conexiones
Art. 5. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral	Se vulnera cuando se dan “problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud” (Párr. 147)	<p>“derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud” (Párr. 147).</p> <p>“Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica.” (Párr. 147)</p>
Art. 7.1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.	“posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse (Párr. 142)	
Art. 11 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia,	<p>“autonomía personal” (Párr. 143)</p> <p>“condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad” (Párr. 143)</p>	<p>“La Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico” (Párr. 143)</p> <p>“El derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.” (Párr. 146)</p> <p>“derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho” (Párr. 150)</p>
Art. 17.2 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia	“la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia” (Párr. 145)	“el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones” (Párr. 150)

Fuente: Elaboración propia

En la tabla podemos evidenciar que la Corte IDH le otorga sentido a los artículos de la CADH, y a su vez va conectando los aspectos que tienen una asimilación predicativa, y al unir todos los puntos de entrecruzamiento puede determinar un sentido nuevo y es que la

prohibición de la FIV es contraria a la CADH. Obviamente, hay varias formas de trazar el recorrido de las semejanzas, una manera de hacerlo es la siguiente: La decisión de fundar una familia hace parte de la autonomía personal, la cual se relaciona con la posibilidad de autodeterminarse, lo que conlleva a predicar la autonomía reproductiva; cuando la autonomía reproductiva es ejercida se respeta la integridad física, psíquica y moral. Ahora bien, cuando se prohíbe la FIV las personas no tienen autonomía reproductiva, por lo cual se vulnera la integridad, la posibilidad de autodeterminarse, su autonomía personal y la posibilidad de fundar una familia.

(b) Imaginación y acción

Si la sentencia judicial es un acto de habla³ (Bernal, 2007), y para Ricoeur “no hay acción sin imaginación” (2002, p. 207), entonces, en la sentencia hay imaginación. Es de precisar, que el uso de la imaginación en el Caso se presenta al menos de dos maneras, la primera es cuando la Corte IDH la usa para tomar su decisión y la segunda es cuando la utiliza para evaluar las acciones de los actores en el proceso.

La imaginación en la acción se manifiesta desde el punto de vista del (i) proyecto, (ii) la motivación y (iii) el poder hacer; los cuales se analizarán por separado, para evidenciarla en el Caso que estudiamos.

(b.1) Proyecto

Con base en la imaginación se puede proyectar la acción, para así evaluar uno o diversos cursos de ella, de este modo, se pueden prever los diversos efectos o consecuencias de las conductas; por ello con la imaginación (i) esquematizamos la red medios y fines, y (ii) anticipamos la acción. Si miramos cada uno de los aspectos en la sentencia tenemos.

(i) *Red de medios y fines*: Ricoeur tiene en cuenta que “un juez intenta comprender un curso de acción” (2009, p. 145), el cual se le presenta en el proceso a través de una narración, construida a partir de la integración de factores “heterogéneos como agentes, fines, medios, interacciones, circunstancias, resultados inesperados” (2009, p. 132). De este modo, el juez a partir de los relatos imagina lo acontecido, y a su vez puede proyectar otros cursos de acción a través de variantes imaginativas con base en el “reino del *como si*” (2009, p. 130).

En el Caso lo primero que la Corte IDH estudió en la parte de los hechos fueron las técnicas de reproducción asistida y especialmente la FIV (Corte IDH, 2012, párr. 62 y ss), lo anterior, porque estos son los medios que tienen las personas y parejas infértiles para alcanzar el fin de ser padres o madres. Así, cuando surge el problema de la infertilidad y el deseo de ser padre o madre persiste se proyecta un curso de acción a partir de las técnicas disponibles, y se imagina que a través de ese medio se alcanzará el fin. Estudiar estas técnicas le permitió a la Corte IDH evaluar los medios de las víctimas para alcanzar sus fines, y además comprender como la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica (Corte Suprema) afectó los proyectos de vida de las víctimas al prohibir el único medio científicamente admisible para alcanzar su fin.

³ La teoría de los actos de habla de Austin es destacada por Alexy como importante para la construcción de la teoría de la argumentación jurídica (2007, p. 69 a 73); un análisis acerca de lo locucionario, ilocucionario y perlocucionario puede verse en: (Zuluaga, 2020, p. 166 a 168).

Por ello, la Corte IDH expresa “La citada sentencia generó que las parejas tuvieran que modificar su curso de acción respecto a una decisión que ya habían tomado: la de intentar tener hijos por medio de la FIV” (Corte IDH, 2012, párr. 161). La anterior proposición solo es posible si se usa la imaginación como medio para evaluar los diferentes cursos de acción, y determinar que en esos casos el único medio disponible era la FIV.

(ii) *Imaginación anticipatoria del actuar*: Con la imaginación “ensayo diversos cursos eventuales de acción y *juego*, en el sentido preciso del término, con los posibles prácticos” (2002, p. 207), por lo cual se pueden medir las consecuencias de lo que acontece en el presente y de lo que acontecería si se modificase un aspecto del acontecer actual.

La Corte IDH encuentra que “debido a que la Sala Constitucional condicionó la posibilidad de realizar la técnica a que no hubiera pérdida embrionaria alguna en la aplicación de la misma, esto implica, en la práctica, una prohibición de la misma”(Corte IDH, 2012, párr. 159). Por lo cual puede imaginar que, así como desde el 2000 hasta el momento de expedir el fallo en el 2012 no se han practicado FIV en Costa Rica, en el futuro tampoco se realizaran. En otras palabras, la condición establecida en el pasado por la Corte Suprema afecta el presente y continuará en el futuro, ya que hasta el momento toda practica de la FIV genera pérdida embrionaria. En este orden de ideas, de continuar la prohibición nadie podrá acudir a la FIV.

Ahora bien, la Corte IDH en el aparte B.3 acerca de las garantías de no repetición estima que se deben adoptar medidas “para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro” (Corte IDH, 2012, párr. 334). Esto conlleva a hacer uso de la imaginación, ya que imagina como serían los acontecimientos sin la prohibición, lo cual la conduce a suponer que las personas podrían empezar a practicar la FIV por ello ordena que se “deberán adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo” (Corte IDH, 2012, párr. 336). Es de resaltar la palabra “deseen”, pues la prohibición impedía materializar el deseo de ser padres o madres, sin la prohibición se puede desear tanto lo anterior como uno de los medios para alcanzarlo. En últimas, hacer ‘como sí’ no existiese la prohibición permite suponer como podrían actuar las personas, en este caso, lleva a la creencia de que podrán adoptar cursos de acción para alcanzar el fin de ser padres y desear el medio de la FIV para lograrlo.

(b.2) Motivación

Para Ricoeur “todo motivo es razón-de, en el sentido de que la conexión entre motivo-de y acción es una relación de implicación mutua” (2006, p. 46), así la motivación no es necesariamente racional, por ejemplo, puede provenir desde el deseo. Ahora bien, “la imaginación proporciona el medio, la claridad luminosa, donde pueden compararse y medir motivos” (2002, p. 207). En este orden de ideas, es un medio en el cual podemos comparar diversas ‘razones-de’, que en el contexto judicial permiten encontrar una motivación que sea racional y razonable, conforme lo expone Aarnio.

Respecto del comparar motivos tenemos que la Corte IDH, del párrafo 174 al 190, contrasta sus argumentos con los de la Corte Suprema con relación al término ‘concepción’; la comparación tiene por objeto evidenciar cual es la definición más adecuada del término en la CADH⁴ y las consecuencias jurídicas que se derivan.

⁴ Art. 4 “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.”

Muestra entonces como la Corte Suprema entiende que la “concepción sería el momento en que se fecunda el óvulo” (Corte IDH, 2012, párr. 177) por lo cual desde ahí existe una persona que merece protección y como la FIV implica desperdiciar algunos óvulos fecundados, entonces se debe prohibir. Luego, la Corte IDH presenta algunas posturas científicas acerca de la concepción para decantarse por aquella que la entiende “como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero” (Corte IDH, 2012, párr. 180), y es a partir de ese evento que se puede aplicar el artículo 4 de la CADH, lo cual no descarta de entrada la FIV. Es de anotar, que ambos órganos motivan desde la ciencia, y desde allí extraen las consecuencias jurídicas coherentes al concepto escogido, solo que la Corte IDH al comparar las consecuencias que se proyectan desde una u otra acepción escoge una que permite ampliar la aplicación de la CADH.

Otra manera en que se evidencia el uso de la imaginación en la motivación es la interpretación evolutiva, la Corte IDH expresa 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.” (Corte IDH, 2012, párr. 245). Ahora bien, una interpretación evolutiva supone tomar dos imágenes, una del pasado y otra del presente, y comparar los cambios que se han dado desde la primera hasta la segunda, y con base en el resultado obtenido determinar si es menester cambiar el sentido a las disposiciones normativas o no.

En el caso que se analiza la Corte IDH describe como la CADH es de 1969 y el primer nacimiento por FIV es de 1978 (Corte IDH, 2012, párr. 66), y como después de la CADH se han dado una serie de discusiones jurídicas acerca del estatus legal del embrión, regulaciones y prácticas relacionadas con la FIV. Para lograr su cometido la Corte IDH privilegia el acudir al derecho comparado, pues así puede evidenciar desde un punto de vista fáctico y jurídico como se encuentra el SIDH, con relación a los diversos aspectos que cambian en la sociedad y así actualizarse. Es de resaltar la siguiente nota al pie de la sentencia que reproduce lo indicado por uno de los peritos “en 1969 nadie imaginó que sería posible generar vida humana fuera del cuerpo de la mujer.” (Corte IDH, 2012, párr. 265), en este orden de ideas, en el imaginario social del momento en el cual se expide la CADH el problema de la FIV era inimaginable como objeto de regulación, pero en el 2012 es una práctica permitida en la mayoría de los Estados Parte de la CADH (Corte IDH, 2012, párr. 256), es decir, puede hacer parte de un proyecto de acción de las personas, y por ende la CADH debe actualizarse en ese sentido.

(b.3) Poder hacer

Para comenzar es necesario precisar que conlleva la forma modal del ‘yo puedo’ en relación con la acción. Para Ricoeur “designa la capacidad de hacer que ocurran acontecimientos en el entorno físico y social del sujeto actuante” (2013, p. 129). Agregamos que esa posibilidad social también debe ser evaluada conforme al ordenamiento jurídico, ya que una conducta prohibida puede ser realizada, pero el actor se podría abstenerse de realizarla para evitar las consecuencias jurídicas negativas.

Así, el sujeto actuante, con base en el entorno físico, social y jurídico, puede acudir al campo de la imaginación y evaluar su poder hacer; pues “se puede afirmar que en las expresiones de la forma: ‘yo podría, yo hubiera podido si...’ el condicional proporciona la proyección gramatical de las variaciones imaginativas sobre el tema del yo puedo.” (Ricoeur, 2002, p. 208).

Esta categoría de análisis se evidencia especialmente en lo expresado por las víctimas, lo cual es resaltado por la Corte IDH para estudiar la proporcionalidad de la prohibición

establecida en el Estado de Costa Rica, y que posteriormente servirá de base para argumentar los daños inmateriales.

Cuando la Corte IDH estudia la severidad con la cual se limitaron los derechos trae a colación los relatos de las víctimas. De Henchoz Bolaños resalta que se le vio vulnerado su derecho a la intimidad por una serie de cargas “que es posible inferir que *no hubieran surgido si hubiera podido acceder* a la FIV en su país.” (Corte IDH, 2012, párr. 280). Para mostrar la afectación del proyecto de vida y de la autonomía personal la Corte IDH resalta que la señora Arroyo Fonseca manifestó que “no tuv[er]o la oportunidad de superar [su] problema de infertilidad con una técnica de reproducción asistida que [en ese momento] *le hubiera permitido tener más hijos*” (Corte IDH, 2012, párr. 281).

Cuando se aborda el aspecto de la afectación a la integridad psicológica de las víctimas se considera que se ocasiona por “*negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada*” (Corte IDH, 2012, párr. 282). Luego, la Corte IDH concluye que hubo una severa interferencia respecto de la “toma de decisiones” frente a los medios que “deseaban intentar” (Corte IDH, 2012, párr. 284) para alcanzar el fin de procrear.

En este orden de ideas, la conclusión de la afectación severa se obtiene por imaginar las diversas posibilidades del poder hacer. Se contrasta lo que podría haber pasado si la prohibición no existiera, lo que no hubiera pasado si la prohibición no hubiese existido, estos condicionales son muestra de proyecciones de un imaginarse acciones bajo la condición de suprimir un aspecto del mundo de la vida.

Para el caso si se suprime la prohibición de la FIV el futuro hubiera sido de otro modo, o si se suprime la prohibición el pasado hubiese sido de otra manera. De este modo, las variaciones imaginativas parten del presente para imaginar un pasado o un futuro distinto; que en el Caso de estudio es uno mejor para las víctimas.

De manera esquemática, ‘si no P hubiera podido X’; ‘si no P habría podido X’. Sin la prohibición de la FIV las víctimas hubieran podido tomar la decisión de acceder a este medio para buscar alcanzar sus fines. Después de desplegar ese escenario ante la imaginación se puede concluir que como no lo pudieron hacer se generó una interferencia severa en sus derechos.

Posteriormente, la Corte IDH estudia si hubo una discriminación indirecta relacionada con la situación económica. En este sentido va a resaltar lo mencionado por las víctimas, así:

- Mejías Carballo, “declaro que él y su ex esposa se sintieron “muy tristes [...] porque no podía salir a otro país porque no tenía el dinero, ya no podía acá en Costa Rica porque lo habían prohibido” (Corte IDH, 2012, párr. 304).
- Artavia Murillo señaló que tanto ella como su expareja “comenza[ron] a tener muchas diferencias entre [ellos] al ver truncadas las esperanzas de ser padres, asociado a la imposibilidad de ir al extranjero a realizarme tal práctica por falta de dinero” (Corte IDH, 2012, párr. 304).
- Vargas expresó que por no tener como pagar la FIV en el extranjero “[se] sentí[eron] vencidos, discriminados y castigados por un Tribunal que [les] cercenaba la posibilidad de acceder a un tratamiento médico”(Corte IDH, 2012, párr. 304).

De lo resaltado se puede concluir que la Corte IDH construye la discriminación indirecta relacionada con la situación económica a partir del ‘poder hacer’. Al presentar la variante imaginativa de lo que se hubiera podido hacer con dinero, se deriva que al no tenerlo no se pudo alcanzar el fin de ser padres o madres biológicos, por lo cual el impacto fue

desproporcionado para ellos. Si hubieran tenido dinero hubieran podido realizarse la FIV en el extranjero, pero al no tenerlo y estar prohibida en su Estado no pudieron desarrollar uno de los aspectos de su vida.

La Corte IDH analizó si la prohibición de la FIV tuvo como efecto una discriminación indirecta relacionada con la condición de discapacidad y si bien no se usa directamente las expresiones que hemos resaltado anteriormente se puede reconstruir el argumento desde el poder hacer. La Corte IDH con base en la OMS entiende que la infertilidad es la incapacidad de lograr un embarazo clínico (Corte IDH, 2012, párr. 288) y luego en términos generales estima que “la discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras libertades existentes en el entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos” (Corte IDH, 2012, párr. 290).

La palabra ‘impedir’ es la que nos permite acceder al uso de la imaginación en la decisión judicial que se analiza; impedir es imposibilitar, es decir, negar la posibilidad de hacer algo. Una prohibición en últimas es un “no hagas X”, “no puedes hacer X” o “no debes hacer X”, por ello en el caso que se estudia cuando se prohíbe la FIV se impide el poder practicarla, limitando el poder hacer de las personas, por lo cual ellas no podrán considerar seriamente este medio para alcanzar su objetivo, es una variante que viene impedida para la imaginación, obstaculizando la materialización de los deseos.

Para terminar este apartado sobre el poder hacer es de resaltar que en la parte de reparaciones la Corte IDH respecto del daño inmaterial expresa que “se ha acreditado en este proceso los sentimientos de angustia, ansiedad, incertidumbre y frustración, las secuelas en la *posibilidad de decidir* un proyecto de vida propio, autónomo e independiente.” (Corte IDH, 2012, párr. 363). Es decir, que el daño inmaterial se construyó en virtud de las variantes imaginativas de aquello que estaba en el campo del poder hacer de las víctimas si la prohibición de la FIV no hubiera existido en el mundo de la vida; las víctimas no podían imaginar con expectativas razonables otra vida, una vida en la que intentaban la FIV. Ser capaz implica imaginar, e imaginar medios para alcanzar fines, y cuando esto no es posible se vulnera la capacidad de ser.

(c) La imaginación y el campo histórico

Para Ricoeur “la imaginación es un componente fundamental de la constitución del campo histórico” (2002, p. 209), ya que “*como yo, mis contemporáneos, mis predecesores y mis sucesores pueden decir ‘yo’*” (2002, p. 209). Lo cual implica que hay una conexión entre yo y quienes me anteceden o suceden, así al realizar una transferencia de las experiencias, como las del dolor o del placer, hacia otra generación, se puede evaluar las acciones tomadas o que se tomaran.

La sentencia que se analiza se mueve del pasado hacia el futuro con lo cual se puede construir un campo histórico relacionado con la FIV. La sentencia en diversos apartes menciona el dolor sufrido por las víctimas al verse cercenada la posibilidad de realizar su proyecto de vida. Un dolor que viene del pasado y que podemos imaginar que seguirá aconteciendo en el futuro para otras personas y familias en situación de infertilidad. Ahora bien, el dolor puede estar en la base de la endopatía, por lo cual al imaginarlo se podría buscar la manera de evitarlo en un futuro.

Así, los sufrimientos ocasionados a las víctimas por la prohibición de la FIV se convierten en la raíz, para evitar que sus contemporáneos y sucesores padezcan una afectación similar en sus derechos humanos. Por ello, leemos en la sentencia:

las autoridades pertinentes del Estado deberán adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia" (Corte IDH, 2012, párr. 336).

Con base en lo anterior, comprendemos el papel de la imaginación en la construcción del campo histórico jurídico, la Corte IDH realiza una construcción analógica, según la cual las víctimas de la FIV vieron vulnerados sus derechos por la prohibición del Estado de Costa Rica, *como ellas* otras personas verían afectados sus derechos si no se levanta la prohibición. Resultaría absurdo que los contemporáneos y sucesores sufran lo que las víctimas sufrieron, por ende, debe quedar sin efecto la medida estatal, "para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro" (Corte IDH, 2012, párr. 334).

La última proposición citada de la sentencia nos permite pensar que el fundamento de las garantías de no repetición se encuentra en el uso de la imaginación, específicamente, en la manera en que con ella se puede construir el campo histórico. Se debe garantizar que aquello que ocasionó vulneraciones a los derechos humanos en el pasado no se repita en el futuro, que los sucesores no sufran *como sus* antecesores, que no queden expuestos a la repetición de un pasado doloroso, sino que puedan tener otros horizontes de vida donde puedan imaginar otras vidas en la cual los derechos humanos se respeten.

Conclusiones

En la sentencia analizada se encuentran diversos usos del fenómeno de la imaginación. Allí es usada para (i) la innovación semántica a través de la conexión de diversos sentidos atribuidos a diversas disposiciones de la CADH, lo cual permite construir desde el caso una norma jurídica que semánticamente tiene el sentido de permitir la FIV en el SIDH; (ii) proyectar la acción, ya sea evaluando la red de medios y fines o evaluando de forma anticipada las consecuencias de su decisión, para determinar que la FIV debe permitirse para que los hombres y mujeres puedan tenerla como un medio disponible en sus planes de acción y puedan acceder a ella; (iii) la motivación, tanto al comparar con la Corte Suprema sus motivos, o en la interpretación evolutiva, para concluir la necesidad de actualizar la CADH a la luz de los nuevos avances científicos y tecnológicos; (iv) evaluar el poder hacer de las víctimas y lo que se podría hacer si no existiese la prohibición; (v) para la construcción del campo histórico, uno en el cual los sucesores no deban sufrir las consecuencias de la prohibición de la FIV como sus antecesores.

En definitiva, aunque la Corte IDH no use expresamente la imaginación esto no significa que no esté presente en la base del juicio reflexivo realizado. La imaginación se manifiesta, aunque no lo pensemos ni lo reflexionemos, pero para que esta sea más productiva en el plano de las decisiones judiciales es menester comprenderla mejor.

Por otra parte, se puede concluir que, el operador judicial no es un mero autómatas que realiza un juicio determinante para decidir; como se mostró muchas veces deber realizar un juicio reflexivo, en el cual el caso conlleva a la construcción de la regla en un ir y venir de la mirada, del caso a la regla y de la regla al caso, para encontrar la decisión correcta a la luz del ordenamiento jurídico.

Y aunque su decisión debe encajar en unas estructuras argumentativas racionales que le permiten motivar la decisión judicial, el uso lógico de la razón o el justificar la decisión a

través de los argumentos válidos por la comunidad jurídica no es lo único que se realiza. Ya que la imaginación es utilizada de una manera productiva por los operadores judiciales.

Esto es así, porque una concepción semántica de la norma jurídica se encuentra necesitada de la imaginación para atribuirle sentido a las disposiciones normativas, ya que con la imaginación se pueden captar los predicados semejantes, encontrar conexiones entre los mismos y hacer surgir nuevos sentidos que tengan algo que decir respecto del caso. Adicionalmente, las normas jurídicas de principio usualmente no poseen con claridad el supuesto jurídico, y es a través del uso productivo de la imaginación que este se puede reconstruir para realizar el juicio reflexivo

También se concluye que la imaginación se presenta de una manera doble para el operador judicial, por una parte, analizando respecto de los actores (i) los proyectos, (ii) las motivaciones, o (iii) el poder de las partes cuando acontecieron los hechos; o por otra parte, reflexionando sobre alguno de esos tres aspectos para tomar su decisión, agregando que también puede pensar en la (iv) construcción del campo histórico.

Dilucidar como la imaginación se encuentra presente en el fenómeno de la decisión judicial contribuye a explicar más la decisión judicial y por ende a comprenderla mejor, y a partir de esa comprensión empezar a utilizarla de una manera más consciente. Pues, aunque es el aspecto no demostrable de la sentencia judicial, tener en cuenta, los cuatro aspectos mencionados anteriormente, y hacerlos explícitos contribuye a realizar un juicio reflexivo en el cual el juzgar se comunica con pretensión de universalidad.

De este modo, se aboga que la sentencia judicial sea una elaboración racional, razonable, orientada por una imaginación productiva atenta a la consolidación de los derechos humanos en una espiral hermenéutica que va del caso a la regla, para construir un campo histórico en que nuestro poder hacer no esté atravesado por el sufrimiento.

Referencias bibliográficas

- AARNIO, A. 1991. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R. 1999. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- _____. 2007. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ATIENZA, M. 1997. Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos. *Isonomía*, 6:7-30.
- BECCARIA, C. 2000. *De los delitos y de las penas*. Bogotá, Temis.
- BERNAL, C. 2005. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- _____. 2007. A Speech Act Analysis of Judicial Decisions. *European Journal of Legal Studies*, 1(2):391-414.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). 2012. *Caso Artavia Murillo y Otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica de 28 de noviembre de 2012*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Acceso en 31 de marzo de 2022.
- GUASTINI, R. 1999. *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona, Gedisa.
- KANT, E. 2018. *Crítica del juicio*. Madrid, Tecnos.

- KAUFFMAN, A. 2016. Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, **50**:133-142.
- _____. 1996. Concepción hermenéutica del método jurídico. *Persona y derecho*, **35**:12-38.
- KRELL, A. 2021. Superação da divisão rígida entre as dimensões do Ser e do Dever-ser no Direito através da ressignificação dos valores. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, **13**(2):211-226.
- MAZABRAUD, B. 2020. Phénoménologie du jugement judiciaire. *Les cahiers de la justice*, **4**(4):647-659.
- MONTESQUIEU, C. 1977. *Del espíritu de las leyes*. México D.F., Editorial Porrúa.
- RECASENS, L. 1980. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México D.F, Editorial Porrúa.
- RIKOEUR, P. 1997a. Retórica, poética y hermenéutica. In: G. Aranzueque (Ed.), *Horizontes del relato. Lecturas y conversaciones con Paul Ricoeur*. Madrid, Cuaderno Gris.
- _____. 1997b. *Lo Justo*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- _____. 2002. *Del texto a la acción: ensayos de hermenéutica II*. México D.F., Fondo de Cultura Económica.
- _____. 2006. *Sí mismo como otro*. México D.F., Siglo Veintiuno.
- _____. 2009. *Tiempo y narración I*. México D.F., Siglo Veintiuno.
- _____. 2013. *Caminos del reconocimiento: Tres estudios*. México D.F., Fondo de Cultura Económica.
- WRÓBLEWSKI, J. 2003. *Sentido y hecho en el derecho*. México, D.F, Doctrina Jurídica Contemporánea.
- ZAGREBELSKY, G. 2008. *El derecho dúctil*. Madrid, Trotta.

Submetido: 06/06/2022

Aceito: 18/01/2023