



**CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) VS. COSTA RICA
AMICUS CURIAE PRESENTADO POR**

Asociación por los Derechos Civiles (ADC)

Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES)

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)

IPAS

Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE)

La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres (La Mesa)

SEPTIEMBRE 20, 2012



ÍNDICE

- I. Introducción
- II. Estándares internacionales sobre la protección de la vida prenatal y los derechos reproductivos de las mujeres
- III. El test de proporcionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como herramienta para el estudio de la regulación sobre fertilización in-vitro
- IV. Jurisprudencia Constitucional en América Latina
 - A. Argentina
 - B. Brasil
 - C. Colombia
 - D. México
- V. Conclusiones
- V. Petitorio

**Sr. Secretario Ejecutivo
Pablo Saavedra Alessandri
Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José. Costa Rica**

Señor Secretario:

Álvaro Herrero en representación de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC)¹; Agustina Ramón Michel en representación de CEDES²; Gastón Chillier y Lourdes Bascary en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)³; Beatriz

¹ La **Asociación por los Derechos Civiles (ADC)** es una organización sin fines de lucro creada en 1995, cuya misión es contribuir a afianzar una cultura jurídica e institucional que garantice los derechos fundamentales de las personas, sustentada en el respeto por la Constitución y los valores democráticos. Las actividades principales se vinculan con temas de derechos (el acceso a la educación pública y otros derechos sociales como la salud, la eliminación de la discriminación por género, nacionalidad, religión, etc., la libertad de expresión, el acceso a los derechos sexuales y reproductivos, el derecho de acceso a la información pública) y con las mejoras institucionales necesarias para garantizar el pleno respeto por los derechos (como la reforma de la justicia nacional y provincial). La ADC realiza monitoreos de situaciones de violación de los derechos civiles y del funcionamiento de instituciones públicas; elabora propuestas de reformas de políticas y mejoras institucionales; difunde información sobre situaciones de discriminación y otras violaciones de los derechos civiles y las formas en que se revierten esas situaciones; trabaja con periodistas para mejorar la cobertura en la prensa de estos temas (www.adc.org.ar).

² El **Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES)** fue fundado en 1975. Es un centro de investigación privado e independiente, de carácter multidisciplinario, cuyas actividades comprenden la investigación científica, docencia, asistencia técnica y la difusión y transferencia de conocimiento. Su misión es fortalecer la producción de conocimiento y la formación de recursos humanos en investigación en ciencias sociales, y propiciar la difusión y aplicación de los resultados para el diseño, el monitoreo y la evaluación de políticas públicas, así como informar el debate social y especializado. Desde inicios de los ochenta, el Área de Salud, Economía y Sociedad cuenta con una línea de trabajo en la salud y derechos sexuales y reproductivos en la cual se han desarrollado investigaciones en sistemas y servicios de salud, evaluación de políticas y programas, dimensión política de la SSR, ideología de los profesionales de la salud, adolescentes y SSR, morbimortalidad materna y aborto. También tiene dos sitios web temáticos organizados como centros de recursos: el Observatorio en Salud Sexual y Reproductiva (OSSyR) y Despenalización del Aborto. www.cedes.org

³ El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) es una organización no gubernamental que trabaja desde 1979 en la promoción y protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del sistema democrático en Argentina. Los principales objetivos de la institución se encuentran orientados a denunciar las violaciones a los derechos humanos; incidir en los procesos de formulación de políticas públicas basadas en el respeto por los derechos fundamentales; impulsar reformas legales e institucionales tendientes

Galli en representación de Ipas⁴; Alma Luz Beltrán y Puga en representación del Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE)⁵; Viviana Bohórquez Monsalve en representación de La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres (La Mesa)⁶, organizaciones civiles dedicadas a la defensa de los derechos humanos en América Latina someten a la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte, la Corte Interamericana o el Tribunal) el presente escrito de *amicus curiae*, de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 del Reglamento de la Corte Interamericana, con el fin de someter a su consideración algunas argumentaciones jurídicas relativas al análisis de los problemas legales en el *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*.

I. Introducción

A partir de la década de los ochenta, una minoría de países de la región latinoamericana modificaron sus constituciones a fin de garantizar la protección de la vida desde el momento de la concepción o de la fecundación, o reconocerle derechos al “producto de la concepción”. En este sentido, las constituciones de Chile,⁷ Guatemala,⁸ Honduras,⁹

al mejoramiento de la calidad de las instituciones democráticas; y promover el mayor ejercicio de estos derechos especialmente para los sectores más desprotegidos de la sociedad (www.cels.org.ar).

⁴ Ipas trabaja a nivel mundial para incrementar la capacidad de las mujeres para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, así como para disminuir las muertes y lesiones atribuibles al aborto inseguro.

⁵ El **Grupo de Información en Reproducción Elegida A.C. (GIRE)** es una asociación civil sin fines de lucro fundada en 1991. Su misión es promover y defender los derechos reproductivos de las mujeres en el marco de los derechos humanos. Durante sus 20 años de experiencia, GIRE ha sido reconocida nacional e internacionalmente como organización referente de litigio estratégico ante violaciones a los derechos reproductivos. La labor de GIRE se centra en promover reformas legales y políticas públicas que amplíen y garanticen el acceso a servicios de salud reproductiva y al ejercicio de los derechos reproductivos, en el marco de los derechos humanos (www.gire.org.mx).

⁶ **La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres** es un colectivo de organizaciones y personas que desde su conocimiento y experiencia trabaja por los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, en particular los relacionados con la libre opción a la maternidad, el libre ejercicio de la sexualidad y la despenalización total del aborto en Colombia.

⁷ “La Constitución asegura a todas las personas: 1°. - El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer.” Artículo 19, Constitución Política de la República de Chile, publicada en el Diario Oficial el 24 de octubre de 1980. Disponible en <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/> [consulta: 25 de junio de 2012].

⁸ “Derecho a la vida. El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.” Artículo 3, Constitución Política de la República de Guatemala, publicada en el Diario Oficial el 3 de junio de 1985. Disponible en [http://www.tse.org.gt/descargas/Constitucion Política de la Republica de Guatemala.pdf](http://www.tse.org.gt/descargas/Constitucion%20Politica%20de%20la%20Republica%20de%20Guatemala.pdf) [consulta: 27 de junio de 2012].



República Dominicana¹⁰ y El Salvador¹¹ reconocen el derecho a la vida y, en su mayoría, establecen la protección de la misma desde la concepción. Sin embargo, las cortes constitucionales en varios países de la región, así como varios organismos internacionales de derechos humanos, han limitado esta protección cuando han analizado reformas sobre la despenalización del aborto o al resolver casos individuales relacionados con los derechos reproductivos, como se expone más adelante.

La protección absoluta de la vida en gestación puede tener efectos negativos y consecuencias restrictivas para los derechos humanos de las mujeres, especialmente en sus derechos a la vida, la salud, la libertad y autonomía reproductivas, la igualdad y no discriminación, entre otros. Una protección incondicionada de la vida en gestación puede generar limitaciones o barreras para el ejercicio y disfrute de los derechos humanos de las mujeres, contrariamente a lo que establecen los tratados internacionales de derechos humanos.

En justamente por ello nuestro interés en participar como *Amici Curiae* en el presente caso. Las organizaciones firmantes compartimos el criterio de que la pregunta que debe responder la Corte es si existe en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) un mandato para los Estados de proteger la vida desde la concepción de manera absoluta que haga tolerable o justificable la vulneración de otros derechos protegidos por el DIDH.

Por consiguiente, nos atrevemos a acercarle a este Ilustre tribunal las consideraciones realizadas por los órganos y cortes internacionales de derechos humanos sobre el sentido y alcance que tiene la protección a la vida prenatal en coherencia además con los

⁹ “El derecho a la vida es inviolable.” Artículo 65. “Al que está por nacer se le considerará nacido para todo lo que le favorezca dentro de los límites establecidos por la Ley.” Artículo 67, Constitución Política de la República de Honduras de 1982, Decreto N° 131 del 11 de enero de 1982. Disponible en <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Honduras/hond05.html>> [consulta: 25 de junio de 2012].

¹⁰ “Derecho a la vida. El derecho a la vida es inviolable desde la concepción hasta la muerte. No podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse, en ningún caso, la pena de muerte.” Artículo 37, Constitución Política de la República Dominicana, publicada en la Gaceta Oficial N° 10561 del 26 de enero de 2010. Disponible en <http://www.comparativeconstitutionsproject.org/files/Dominican%20Republic_2010.pdf> [consulta: 25 de junio de 2012].

¹¹ “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.” Artículo 2, Constitución de la República de El Salvador, Decreto número 38, publicado en el Diario Oficial N° 234 del 16 de diciembre de 1983. Disponible en <<http://www.constitution.org/cons/elsalvad.htm>> [consulta: 25 de junio de 2012].

estándares constitucionales e internacionales de derechos humanos. Así, en la primera parte, se realiza una lectura e interpretación del derecho a la vida conforme a los tratados y organismos internacionales de derechos humanos, y en la segunda parte se analizan las tendencias de la jurisprudencia constitucional de la región. Para este fin, se analizarán la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Argentina, Colombia, Brasil y México sobre la despenalización del aborto y la protección de la vida en gestación, así como la interpretación que han realizado en torno a la fertilización in-vitro. Esto permitirá entender las obligaciones del Estado al respecto, tomando como base los estándares de derechos humanos establecidos en las normas constitucionales de dichos países y en los tratados internacionales.

Como demostraremos, en gran medida bajo la manda del DIDH, en el constitucionalismo latinoamericano, los derechos humanos se han ponderado unos con otros, buscando situaciones de equilibrio cuando entran en conflicto. Las cortes constitucionales de la región no han considerado que la protección a la vida en gestación sea un derecho absoluto. Tampoco le han reconocido personalidad jurídica al óvulo fecundado, es decir, ningún tribunal de los estudiados ha considerado que “el cigoto”, “embrión” u “óvulo fecundado” sea una persona para efectos jurídicos. La titularidad de derechos se ha dado a partir del nacimiento. Por otra parte, las tendencias jurisprudenciales en materia constitucional sobre la protección de la vida apuntan a definirla no como una mera vida biológica, sino como la materialización de aquellas circunstancias que garantizan la posibilidad de su desarrollo, pero siempre de conformidad con los derechos humanos a la libertad, autonomía y dignidad de las mujeres.¹²

II. Estándares internacionales sobre protección de la vida prenatal y los derechos reproductivos de las mujeres

2.1. Marco normativo y jurisprudencia internacional

Existen varios instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el derecho a la vida. En el presente apartado se analiza el alcance y contenido de este derecho —a la luz de la doctrina y la jurisprudencia de los órganos de supervisión de los tratados y de las resoluciones de las cortes internacionales y regionales— para delimitar las obligaciones tanto positivas como negativas que el Estado tiene en materia de derechos humanos. Como demostraremos, las normas internacionales no otorgan una

¹² Julieta Lemaitre Ripoll, “En defensa de la vida”: por una mejor comprensión del constitucionalismo católico, Agosto 29, 2011, disponible en: www.razonpublica.com.

protección absoluta a la vida prenatal y tampoco otorgan personalidad jurídica al embrión. Por el contrario, al realizar un análisis de los derechos humanos de las mujeres reconocidos en estos instrumentos, los organismos y cortes internacionales de derechos humanos han reconocido reiteradamente a las mujeres como sujetos de protección y como violaciones a sus derechos humanos : a) negar la prestación de servicios de aborto cuando el embarazo es producto de una violación o cuando pone en riesgo la salud de la mujer; b) aprobar o mantener leyes que criminalizan el aborto; y c) las altas tasas de mortalidad materna causadas por abortos inseguros.

2.1.1. Protección de la vida prenatal y de la vida de las mujeres

Existen varios tratados internacionales en materia de derechos humanos que protegen el derecho a la vida: la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹³ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹⁴ la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,¹⁵ la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶ y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.¹⁷ Sin embargo, **ninguno de ellos se refiere a la protección del producto de la concepción como parte de este derecho a la vida.** Solamente la Convención Americana se refiere a una protección, en general, desde la concepción.

¹³ “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” Artículo 3, Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

¹⁴ “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.” Artículo 6.1. “Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.” Artículo 6.6, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, celebrado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, firmado y ratificado por el Estado mexicano el 23 de marzo de 1981, entrada en vigor el 23 de junio de 1981.

¹⁵ “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” Artículo 1, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

¹⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica, celebrada el 22 de Noviembre de 1969, firmada y ratificada por el Estado mexicano el 24 de marzo de 1981, fecha en que entró en vigor.

¹⁷ “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.” Artículo 2.1, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

En particular, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece en su artículo 4.1 que: “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.”

Si bien dicho artículo establece que la protección a la vida debe iniciar, *en general*, desde la concepción, dicho artículo no implica una protección absoluta e incondicionada. De acuerdo con los trabajos preparatorios¹⁸ de la Convención, la inclusión del enunciado “en general” tuvo como finalidad salvaguardar las causales de aborto legal existentes en la región.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también se ha pronunciado sobre el alcance del artículo 4.1 en el caso conocido como *Baby Boy vs. EUA*.¹⁹ El demandante alegaba que el Estado (los Estados Unidos de América) había violado el derecho a la vida (consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana) de un feto que había sido abortado. La Comisión consideró que la cláusula “en general” había sido incluida justamente para subsanar los conflictos que pudieran darse entre la obligación de los Estados de proteger la vida del producto de la concepción y las circunstancias en que los países consideraran lícita la interrupción del embarazo, como forma de proteger y garantizar los derechos de las mujeres. En este sentido, la CIDH ha considerado que la protección de la vida desde la concepción no es absoluta, porque de lo contrario no sería necesario incluir la frase “en general”.²⁰ Por lo tanto, dicha inclusión reconoce que existen circunstancias en las que esta protección debe ceder al entrar en conflicto con ciertos derechos humanos.

¹⁸ Desde la redacción de la Declaración Americana (Bogotá, 1948), el concepto “desde el momento de la concepción” suscitó objeciones, pues podía entrar en contradicción con la legislación de los Estados que permitían el aborto, entre otras cosas, para salvar la vida de la mujer y en caso de estupro. El Consejo de la Organización de Estados Americanos (OEA), encomendó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que estudiara el asunto y elaborara un texto definitivo, para transmitirlo como documento de trabajo a la Conferencia de San José. Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto “desde el momento de la concepción” con las objeciones suscitadas, la Comisión volvió a redactar el artículo sobre derecho a la vida introduciendo, antes de ese concepto, las palabras “en general”. El texto se aprobó en esos términos por voto de la mayoría, y hoy en día sigue vigente en el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención Americana. La argumentación a este respecto puede consultarse en el caso *Baby boy vs. Estados Unidos de América* resuelto por la CIDH (ver *infra*, nota 57), párrafos 14-30.

¹⁹ CIDH, Caso 2141. *Baby boy vs. Estados Unidos de América*. Resolución 23/81, 6 de marzo de 1981. Disponible en <<http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>> [consulta: 26 de abril de 2012].

²⁰ *Ibidem*, párrafo 25 de los considerandos.



Asimismo, los organismos internacionales de derechos humanos han diferenciado entre el interés legítimo del Estado en proteger la vida prenatal, de la obligación de respetar y garantizar el derecho a la vida y los derechos humanos de las personas *nacidas*, particularmente de las mujeres.²¹ También, estos organismos han establecido que los tratados internacionales de derechos humanos no otorgan personalidad jurídica al producto de la concepción²² Y si, que los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen los derechos de las mujeres, incluyendo la protección a su vida y dignidad.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (conocida como Convención de Belém do Pará), establece que “[t]oda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida.”²³ En este sentido, los órganos de derechos humanos han establecido que la mortalidad materna constituye una violación al derecho a la vida de las mujeres. Tanto el Comité CEDAW como la CIDH han señalado que los Estados tienen, entre sus obligaciones positivas, el deber de proteger la vida, la salud y la integridad personal de las mujeres, especialmente promoviendo y garantizando el acceso a servicios de salud materna libres de toda discriminación.²⁴ En consecuencia, el derecho internacional de los

²¹ Ver Comité de Derechos Humanos, K.L. vs. Perú. Dictamen. Comunicación N° 1153/2003, 85° período de sesiones, 17 de noviembre de 2005, [CCPR/C/85/D/1153/2003], disponible en <http://www.mimdes.gob.pe/files/DIRECCIONES/DGM/dictamen_caso_KL.pdf> [consulta: 21 de mayo de 2012]. European Court of Human Rights, Case of Tysiac vs. Poland. Application N° 5410/03. Sentencia, 20 de marzo de 2007. European Court of Human Rights, Case of A, B and C vs. Ireland. Application N° 25579/05. Comité de Derechos Humanos, L.M.R. vs. Argentina. Dictamen. Comunicación N° 1608/2007, 101° período de sesiones, 28 de abril de 2011, [CCPR/C/101/D/1608/2007], disponible en <<http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Jurisprudencia/Argentina/DictamenLMR-CIDH.pdf>> [consulta: 2 de mayo de 2012]. European Court of Human Rights, Case of Vo vs. France. Application N° 53924/00, 8 de julio de 2004, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887>> [consulta: 6 de julio de 2012].

²² Idem.

²³ Artículo 4, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. “Convención de Belém do Pará”, celebrada el 6 de septiembre de 1994, ratificada por el Estado mexicano el 19 de junio de 1998.

²⁴ Comité CEDAW, Caso Alyne da Silva Pimentel vs. Brazil. Comunicación N° 17/2008, 25 de julio de 2011, párrafos 7.2, 7.3, 7.6 y 8.2.a, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-49-D-17-2008.pdf>> [consulta: 10 de julio de 2012]. CIDH, Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, [OEA/Ser.L/V/II Doc. 69], 7 de junio de 2010, párrafos 11, 20, 23, 27,

derechos humanos reconoce a las mujeres como sujetos de protección, titulares del derecho a la vida.

2.1.2. Interpretación internacional sobre la protección de los derechos reproductivos de las mujeres frente a la protección de la vida prenatal

No escapa a esta Corte que el caso en estudio se refiere a una prohibición que afecta los derechos relativos a la reproducción de las personas, afectando de manera particular a las mujeres en el goce de estos derechos. Y lo que el DIDH ha dicho sobre estos derechos no puede dejarse de observar por este tribunal.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), reconoce el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental en su artículo 12.²⁵ Este derecho entraña el derecho a la salud reproductiva, entendiéndola, de acuerdo con las plataformas de acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994) y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), como:

“un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.[...] En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios

28, 32 y 53, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/SaludMaterna2010.pdf> [consulta: 26 de abril de 2012].

²⁵ **Artículo 12** 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Este derecho también se encuentra reconocido en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 12 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" artículo 10.

que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva".²⁶

Asimismo, la CEDAW reconoce el derecho de las mujeres a la libertad y autonomía reproductivas, al establecer que los Estados tienen el deber de asegurar a las mujeres, en el contexto de las relaciones familiares, “[l]os mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.”²⁷ Al respecto, el Comité sobre Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) ha considerado el impacto que la fertilidad tiene en la vida de las mujeres y en su derecho a tomar decisiones sobre el número y espaciamiento de sus hijos.²⁸ La Convención reafirma el derecho de las mujeres a tomar decisiones sobre su vida reproductiva en condiciones de igualdad dentro del ámbito familiar y de la salud, así como la obligación del Estado de garantizar el acceso a servicios adecuados de atención médica, información, asesoramiento y educación en materia de planificación de la familia.²⁹

El derecho a la libertad y autonomía reproductivas está relacionado con el derecho a la intimidad o a la vida privada,³⁰ comprendido también en los tratados internacionales de derechos humanos.³¹ Respecto de este derecho, la CIDH ha señalado que “[l]a vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y

²⁶ Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo (CIPD) en Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, Cairo, Egipto, 5-13 de septiembre, 1994, A/CONF.171/13/Rev.1 (1995), párrs. 7.2 y 7.3; Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Beijing, China, 4-15 de septiembre, 1995, Doc. de la O.N.U. A/CONF.177/20 (1995). Párrs 94 y 95.

²⁷ Artículo 16.1.e, CEDAW.

²⁸ Ver Comité CEDAW, Recomendación General 21. La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 13º período de sesiones (1994), párrafos 21 a 23. Freeman, Marsha A. et al. (eds.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, p. 429.

²⁹ Ver artículos 10, 14 y 16 de la de la CEDAW. Ver también su explicación en Freeman et al. (eds.), op. cit. (ver supra, nota 65), p. 429.

³⁰ Ver Cook, Rebecca et al., *Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la Medicina, la Ética y el Derecho*, Colombia, Oxford University Press y Profamilia Colombia, 2003, pp. 166 y ss. Disponible en <http://www.profamilia.org.co/003_social/pdf/rebeca_cook.zip> [consulta: 3 de julio de 2012].

³¹ En el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a la vida privada está reconocido en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos.”³² Por lo tanto, el derecho a la vida privada implica la capacidad de los individuos para tomar personalmente las decisiones trascendentales en su vida y dentro de los diferentes ámbitos de decisión de una persona se encuentran los relativos al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

Los derechos reproductivos también están estrechamente vinculados con el derecho a la salud. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece en su artículo 12 el derecho a la protección de la salud, que implica disfrutar del más alto nivel de salud física, mental y social.³³ El Comité que vigila este Pacto (Comité DESC), ha establecido que este derecho comprende el reconocimiento de la capacidad de las personas para decidir sobre su salud y su cuerpo, incluyendo los derechos sexuales y la libertad y autonomía reproductivas.³⁴ Por otro lado, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como Protocolo de San Salvador) establece en su artículo 10 que el derecho a la salud comprende el más alto nivel posible de bienestar.³⁵

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, encargado del monitoreo del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ha señalado que los Estados deben adoptar medidas positivas para proteger el derecho a la vida³⁶ de las mujeres incluso frente a un alegado “deber de protección” del producto de la concepción, por ejemplo en situaciones relativas al aborto. Dicho Comité ha requerido a los Estados que informen sobre la mortalidad de mujeres relacionada con el embarazo y

³² Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia, 24 de febrero de 2012, párrafo 162. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf> [consulta: 9 de julio de 2012].

³³ “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.” Artículo 12.1, PIDESC, celebrado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, firmado y ratificado por el Estado mexicano el 23 de marzo de 1981, entrada en vigor para el Estado mexicano el 12 de mayo de 1981.

³⁴ Comité DESC, Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), 22º período de sesiones (2000), [E/C.12/2000/4].

³⁵ “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.” Artículo 10.1, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Protocolo de San Salvador”, celebrado por la Asamblea General de la ONU en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, ratificada por el Estado mexicano el 16 de abril de 1996, entrada en vigor para el Estado mexicano el 1 de septiembre de 1998.

³⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General 6. Artículo 6, 16º período de sesiones (1982), párrafo 5.



el parto,³⁷ mostrando su preocupación sobre la relación entre las leyes restrictivas en materia de interrupción del embarazo, los abortos clandestinos y las amenazas a la vida de las mujeres.³⁸ Por lo tanto, ha considerado que las leyes que criminalizan de forma absoluta el aborto ponen en riesgo los derechos humanos de las mujeres a la vida, la salud y la integridad personal, como consecuencia de los abortos realizados en condiciones clandestinas e inseguras.³⁹

Incluso el impacto de una medida que afecta específicamente a las mujeres ha sido identificado como una discriminación que vulnera el DIDH. En este orden de ideas, el Comité CEDAW ha considerado que las normas que criminalizan el aborto constituyen disposiciones discriminatorias, ya que sólo afectan a las mujeres. Por ello ha recomendando a los Estados Partes adoptar las medidas necesarias para promover y garantizar el acceso a servicios de salud reproductiva a las mujeres que soliciten una interrupción del embarazo.⁴⁰

³⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General 28. Artículo 3: Derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones (2000), [U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10], párrafo 10.

³⁸ Ver Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a: Bolivia, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.74 (1997), párrafo 22; Camerún, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.116 (1999), párrafo 13; Chile, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.104 (1999), párrafo 15; Colombia, U.N. Doc. CCPR/CO/80/COL (2004), párrafo 13; Costa Rica, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.107 (1999), párrafo 11; Ecuador, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.92 (1998), párrafo 11; Guatemala, U.N. Doc. CCPR/CO/72/GTM (2001), párrafo 19; Mali, U.N. Doc. CCPR/CO/77/MLI (2003), párrafo 14; Marruecos, U.N. Doc. CCPR/CO/82/MAR (2004), párrafo 29; Perú, U.N. Doc. CCPR/CO/70/PER (2000), párrafo 20; Polonia, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.110 (1999), párrafo 11; Polonia, U.N. Doc. CCPR/CO/82/POL (2004), párrafo 8; Senegal, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.82 (1997), párrafo 12; Sri Lanka, U.N. Doc. CCPR/CO/79/LKA (2003), párrafo 12; Venezuela, U.N. Doc. CCPR/CO/71/VEN, (2001), párrafo 19.

³⁹ Ver Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales a: Perú 1996 y 2000, párrafos 15 y 20 respectivamente; Marruecos, 2004, párrafo 29; Caso K.L. vs. Perú (ver supra, nota 60) párrafo 29; Comité DESC, Observaciones finales a México, E/C.12/MEX/CO/4, 9 de junio de 2006, párrafos 25 y 44; Comité CEDAW, Observaciones finales a México, CEDAW/C/MEX/CO/6, 25 de agosto de 2006, párrafos 32 y 33; Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales a México, CRC/C/MEX/CO/3, 8 de junio de 2006, párrafos 50 y 51; Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales a México, CCPR/C/MEX/CO/5, 7 de abril de 2010, párrafo 10.

⁴⁰ Ver Comité CEDAW, Recomendación General 24. Artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La mujer y la salud, 20° período de sesiones (1999). Al respecto, también el Comité de Derechos Humanos, en una de sus observaciones finales, estableció que la criminalización de la interrupción del embarazo en casos —por ejemplo— de violación es incompatible con el reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el PIDCP. Ver Comité de Derechos Humanos, Observación General 28 (ver supra, nota 74); Observaciones finales a Argentina, 2000, párrafo 14; Observaciones finales a Colombia, 1997, párrafo 24; Observaciones finales a Paraguay, 2011, párrafo 31.a; Observaciones finales a Guatemala, 2001, párrafo 19.

Por otra parte, como se demostrará, los órganos de supervisión de tratados internacionales y tribunales de derechos humanos, al analizar casos individuales sobre violaciones de derechos reproductivos de las mujeres, también han encontrado que existe una responsabilidad estatal por la falta de protección de los derechos humanos de mujeres embarazadas cuando lo que se opone a este derecho es la pretensa defensa absoluta de la vida prenatal. En este sentido, se ha considerado que determinado Estado incurrió en violación de derechos humanos cuando niega a una mujer embarazada un tratamiento médico, que podría afectar el desarrollo gestacional del feto, pero sin el cual la mujer podría morir o ver seriamente afectada su salud; cuando se le impide a una mujer interrumpir un embarazo de alto riesgo (por ejemplo, en casos de fetos anencefálicos); o cuando se niegan servicios de aborto seguro para el caso de un embarazo resultante de violación sexual.

Por ejemplo, en 2010, la CIDH concedió medidas precautorias a una mujer embarazada en Nicaragua que padecía cáncer y requería quimioterapia. Ante la negativa de las autoridades públicas de salud para autorizar un aborto terapéutico y tratar el cáncer de Amelia, la Comisión ordenó al Estado proteger su vida y su salud, garantizando el acceso al tratamiento médico.⁴¹

Asimismo, en el caso *K.L. vs. Perú*, una joven de 17 años embarazada de un feto anencefálico a la que le fue negado el aborto terapéutico,⁴² el Comité de Derechos Humanos consideró que el Estado peruano era responsable de la violación de varios derechos contenidos en el PIDCP: a no sufrir tratos crueles, inhumanos y degradantes; a la privacidad; y a la protección especial a las niñas.

De igual forma, diversos órganos de supervisión de tratados y la Corte Europea de Derechos Humanos han encontrado a los Estados responsables de la violación de los derechos humanos de las mujeres, por impedirles el acceso al aborto legal en casos de violación y por no contar con procedimientos claros y efectivos para que puedan acceder

⁴¹ CIDH, Caso “Amelia” vs. Nicaragua. Medidas cautelares. MC 43-10, 26 de febrero de 2010. Disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/proteccion/cautelares.asp>> [consulta: 2 de mayo de 2012].

⁴² A pesar de estar legalmente permitido, los médicos se negaron a autorizar a K.L. la interrupción del embarazo, argumentando falta de claridad de las disposiciones legales. K.L. debió asumir altos riesgos para su salud por continuar este embarazo y —posteriormente— amamantar al niño durante cuatro días, antes de que éste muriera. Como consecuencia, K.L. sufrió una grave afectación psicológica. Ver Comité de Derechos Humanos, Caso *K.L. vs. Perú* (ver supra, nota 60).



a abortos terapéuticos cuando la legislación así lo permite.⁴³ Ante los obstáculos que enfrentan las mujeres en la práctica médica, se ha recomendado a los Estados garantizar en sus leyes medidas adecuadas para asegurar los derechos de las mujeres a la vida, la privacidad y la integridad personal.⁴⁴ Asimismo, se ha ordenado a los Estados la reparación del daño para las mujeres y la adopción de medidas apropiadas para prevenir futuras violaciones (medidas de no repetición).

En este orden de ideas, la Corte Europea se ha pronunciado sobre el alcance del derecho a la vida al conocer del caso *Vo vs. Francia*, en el que consideró que no existe consenso entre los países europeos sobre la definición legal o científica del momento en que inicia la vida ni sobre la naturaleza o estatus del embrión o del feto, y que la protección que debe darse a la vida prenatal se sustenta en la dignidad humana, sin que esto implique reconocerle la calidad de persona en los términos y para los fines del artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁴⁵ Incluso, la Corte Europea estableció que “si el no nacido tiene un ‘derecho a la vida’ éste está implícitamente limitado por los derechos e intereses de la madre.”⁴⁶ Asimismo, la Corte Europea determinó que “la vida del feto está íntimamente conectada con la vida de la madre y debe ser protegida a través de ella.”⁴⁷

Recientemente, en el caso *Costa y Pavan vs. Italia*⁴⁸, la Corte Europea encontró responsable al Estado por la violación al derecho a la vida privada y familiar de una

⁴³ Corte Europea de Derechos Humanos, casos *Tysiack vs. Poland* y *A, B and C vs. Ireland* (ver supra, nota 60). Comité de Derechos Humanos, *L.M.R. vs. Argentina* (ver supra, nota 60). CIDH, *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. México*. Petición 161/02. Informe 21/07. Solución Amistosa, 9 de marzo de 2007, [OEA/Ser/L/V/II.127 Doc. 26]. Disponible en <<http://www.cidh.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm>> [consulta: 27 abril 2012].

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Ver European Court of Human Rights, Press release issued by the Registrar. Grand Chamber Judgement in the Case of *Vo vs. France*, 8 de julio de 2004. Disponible en <<http://www.bioethics.gr/media/pdf/biolaw/nomologia/VOSUMMARY.pdf>> [consulta: 6 de julio de 2012].

⁴⁶ European Court of Human Rights, Case of *Vo vs. France* (ver supra, nota 60), párrafo 80, p. 36, [traducción de GIRE].

⁴⁷ *Ibid*, párrafo 86, [traducción de GIRE].

⁴⁸ Ver European Court of Human Rights, Press release issued by the Registrar of the Court, Ban preventing couple of healthy carriers of genetic disease from screening embryos for in vitro fertilization violated their right to respect for their private and family life, 28 de agosto de 2012. Disponible en <<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Press/News/Press+releases/>> [consulta: 14 de septiembre de 2012].

pareja italiana que solicitaba el análisis embrionario (screening) en la fecundación in-vitro, por la negación al acceso al diagnóstico embrionario.

De la jurisprudencia internacional de derechos humanos se concluye que la protección otorgada a la vida prenatal no es absoluta, ya que está restringida por los derechos de la mujer embarazada, ni tampoco las cortes internacionales le atribuyen el carácter de persona humana al embrión. Al contrario, en casos de fertilización in-vitro han garantizado el acceso a análisis embrionario, entendiendo su negativa como una violación a la vida privada y familiar.

III. El test de proporcionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como herramienta para el estudio de la regulación sobre fertilización in-vitro

En este caso, Costa Rica sostiene que el acto por el cual se encuentra demandada internacionalmente se justifica por su deber de proteger de manera absoluta el derecho a la vida. Y en tanto las técnicas de reproducción humana asistida se oponen a este mandato, pueden ser prohibidas tajantemente. Como se ha sostenido, tienden a cumplir con el objetivo de proteger el derecho a la vida desde el momento de la concepción.

Sin embargo, hasta ahora hemos alegado que esta afirmación adolece de varios errores ya que hemos demostrado que: primero: no hay derechos humanos protegidos de manera absoluta, y segundo: que el derecho internacional de los derechos humanos no exige la protección del derecho a la vida de la vida prenatal. Por el contrario, se ha demostrado que estas regulaciones -o más bien- prohibiciones, vulneran distintos derechos humanos de las personas y en especial derechos de las mujeres.

Por ello, lo que cabe resolver es si la regulación que está haciendo el Estado de Costa Rica es adecuada en términos de DIDH, toda vez que si bien hay una exigencia de proteger la vida, en general, desde la concepción, también hay una exigencia de respetar otra serie de derechos de las personas que, en el caso concreto, quieren acceder a estas prácticas médicas. Esto, partiendo de la base que la exigencia del principio *pro homine* en derecho internacional es un elemento que permitirá acudir a la norma más amplia cuando se trata de reconocer derechos protegidos, o en el caso inverso - cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos- a la interpretación más

restringida. Este mandato está recogido en el art. 30 de la CADH⁴⁹ y se refiere a que serán restricciones legítimas los límites de tipo permanente que se imponen al ejercicio de algunos derechos en atención a la necesidad de preservar o lograr determinados fines que interesan a la sociedad toda.

Para analizar si esto es así en el caso concreto, es aplicable la pacífica jurisprudencia de esta Honorable Corte respecto de las restricciones o regulaciones que son tolerables para el DIDH. Es decir, que la restricción deba estar prescripta por ley, lo que supone una norma de aplicación general que debe compadecerse con el respeto al principio de igualdad, no debe ser arbitraria, ni insensata ni discriminatoria. Además, que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo o que sean necesarias en una sociedad democrática (*necesariedad*); que sean adecuadas para alcanzar dicho fin (*razonabilidad*); que cercenen, en la menor escala posible, el derecho protegido (*proporcionalidad*); y que estén ajustadas estrechamente al logro de ese legítimo objetivo⁵⁰. Es decir, la limitación debe ser legal, necesaria, razonable, proporcional y perseguir un interés legítimo. De esta manera lo expresó la Corte IDH en el caso Canese – referido a la libertad de expresión-:

“...para que sean compatibles con la Convención las restricciones *deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza* y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”⁵¹.

Si bien se puede comprender el alegato del Estado demandado respecto de la validez de su interés en proteger “la vida” de manera absoluta, no se puede desconocer que adoptar una visión también absoluta respecto de que hay “persona” desde el momento de la

⁴⁹ Art. 30: "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". Por otra parte, el art. 32.2, relativo a la correlación entre deberes y derechos, expresa que "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

⁵⁰ Ver Corte EDH, Caso Sunday Times, ya citado, párr. 62, pág. 38; ver también Corte EDH, Caso Barthold, sentencia del 25 de marzo de 1985, serie A n° 90, párr. 59, pág. 26.

⁵¹ Corte IDH, Caso Ricardo Canese, ya citado, párr. 96 (el destacado nos pertenece). Ver también Corte IDH, Caso Herrera Ulloa, ya citado, párrs. 121 y 123; Opinión Consultiva OC-5/85, ya citado, párr. 46; y Corte EDH, Caso Sunday Times, ya citado, párr. 59; y Caso Barthold, ya citado, párr. 59.



existencia de un cigoto implica un punto de partida por lo menos cuestionable. Y, adicionalmente, se desconoce el ejercicio de derechos humanos reconocidos a personas que se ven directamente afectados por esta “medida de protección”. Es decir, en el caso de estudio no se ha logrado demostrar que es imperioso proteger a los embriones por encima de los derechos de las personas a la familia, igualdad, y autodeterminación reproductiva. Por el contrario, la consiguiente negación de estos derechos, desnuda a la medida de legitimidad.

Si bien la determinación de que es válido para una sociedad democrática es un difícil de concretizar, la jurisprudencia interamericana nos permita afirmar que una medida, para ser necesaria, debe procurar la correcta armonía entre los diferentes valores instalados en una sociedad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que "una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un **sistema coherente de valores y principios...**"⁵². A su vez, el bien común, en el sistema interamericano, ha sido entendido "como un concepto referente a las condiciones de **la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos**"⁵³ (resaltados nuestros).

Esto nos permite afirmar que si bien puede ser legítimo que el Estado de Costa Rica promueva la protección de la vida desde el momento de la concepción -o antes incluso- sobre todo para aquellas personas que adscriben a esta visión sobre el inicio o la existencia de la vida, no es menos legítimo y concreto el deber de respetar el derecho de aquellas personas que requieren ver satisfechos sus derechos reproductivos y para ello deben acceder a una técnica de reproducción humana asistida sin que ello los cuestione en sus valores respecto de la vida y su comienzo. Adoptar por una norma legal una visión en perjuicio de otra, no satisface el criterio de necesidad. Además, es inadecuada porque es una decisión que no procura compatibilizar derechos, sino que se adopta la decisión de suma cero toda vez que se hace inviable la práctica.

⁵² 15 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5, párrafo 64.

⁵³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5, párrafo 66.

Respecto de la proporcionalidad, cuando la Corte Interamericana analizó las sanciones conminatorias en el caso Kimel y se pronunció sobre su proporcionalidad —apartado *iv*) *Estricta proporcionalidad de la medida*— entendió que:

“Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.

Respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, la Corte considera que las consecuencias del proceso penal en sí mismo (...) demuestra[n] que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso fueron graves. **Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario**⁵⁴.

Resulta claro entonces entender que una prohibición absoluta que implica la necesaria negación del derecho de estas parejas a formar una familia y vulnera su derecho a la privacidad es incompatible con el DIDH.

Por consiguiente, de acuerdo a los criterios y estándares desarrollados hasta aquí, la regulación de Costa Rica, que prohíbe la fertilización in vitro, fundada en la defensa absoluta de la vida desde la concepción, no cumple con los criterios para ser entendida como una restricción adecuada en los términos ya establecidos por la Corte IDH. Como vimos, no persigue un fin estatal legítimo o razonable, afecta otros derechos desproporcionadamente y no sería “necesaria en una sociedad democrática”. Esto es así porque se afecta, de forma negativa los derechos humanos de las personas infértiles, es decir, interfiere arbitrariamente en su vida privada al impedirles acceder a técnicas reproductivas como la fertilización in vitro, para poder fundar una familia y satisfacer sus proyectos de vida personales.

La interferencia producto de la prohibición absoluta es arbitraria, desproporcionada y por tanto no es legítima:

a) de la protección absoluta de la vida desde la concepción se deriva en la prohibición total de la fertilización in vitro; por tanto se restringe los derechos de las personas a constituir de forma libre una familia, y autodeterminación reproductiva en condiciones de igualdad.

⁵⁴ Cf. Corte IDH, Caso Kimel, ya citado, párrs. 84 y 85.

c) incluso en ese supuesto, los medios regulatorios utilizados (prohibición total de la práctica) son inapropiados porque afectan desproporcionada otros derechos e intereses de las personas involucradas, como el derecho a la salud reproductiva y la igualdad de las personas infértiles.

b) Por lo anterior, no puede existir un interés legítimo del Estado en la protección de un pre-embrión en detrimento de los derechos humanos de las parejas y de las mujeres a acceder al procedimiento, en la medida que se convierte en una limitación de otros derechos reconocidos por la Convención Americana.

Por otra parte, en América Latina, si bien varios países protegen la vida desde la concepción en sus constituciones, e incluso regulan algunos aspectos del procedimiento de fertilización in vitro, Costa Rica es el único país que lo prohíbe totalmente. La mayoría de los países de la región permiten las técnicas de reproducción asistida, incluyendo la fertilización in-vitro.⁵⁵ En este sentido, existe un consenso implícito de los países para su permisión.

Adicionalmente, no debe perderse vista que se ha demostrado que esta regulación se transforma en una restricción ilegítima que además tiene un impacto diferenciado sobre las mujeres y debe ser identificada como conculcadora del derecho a la igualdad y no discriminación.

La Corte ha establecido que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”. En la determinación de si una diferencia de trato resulta arbitraria, los órganos del Sistema Interamericano han aplicado los criterios de fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁵⁶.

Así entonces, otro aspecto relevante es que si bien tanto el análisis de la arbitrariedad o carácter discriminatorio de una diferencia de trato implican el sometimiento de la distinción o exclusión a un test en el que se analice si la medida es objetiva y razonable existen casos en los que el nivel de intensidad del escrutinio resulta más estricto en cuanto al cumplimiento de los parámetros de fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Esto sucede por ejemplo cuando la diferencia de trato estuvo motivada en ciertas categorías que se consideran “sospechosas”. En tales casos, se presume que la

⁵⁵ En la mayoría de los países no hay regulación al respecto, sin embargo, no existe tampoco una prohibición legal expresa. Por ejemplo en Colombia, la Corte Constitucional, como se desarrolla más adelante, ha protegido el derecho de las parejas a su autodeterminación reproductiva sin que exista una ley o alguna reglamentación en la materia, pese a los intentos de algunos legisladores de restringir los procedimientos de fecundación in vitro.

⁵⁶ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 165.

distinción es incompatible con la Convención Americana y se aumenta la carga argumentativa de los Estados para desvirtuar dicha presunción prima facie. Aún más, las reparaciones a otorgar ante este tipo de discriminación, deben tener una “vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo” y se deben orientar a identificar y eliminar los factores causales de la discriminación, sobre todo cuando se trate de discriminaciones estructurales⁵⁷.

IV. Jurisprudencia Constitucional en América Latina

En jurisprudencia constitucional reciente de América Latina existen varios fallos importantes de cortes constitucionales y supremas en la región que han analizado la protección de la vida prenatal, en concordancia con los estándares internacionales de derechos humanos, aplicando el test de proporcionalidad o razonabilidad y ponderando los derechos humanos, sobre todo de las mujeres- en juego, como se expone a continuación.

A. Argentina

El 13 de marzo de 2012, a través de la sentencia “F.A.L.”⁵⁸ la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ratificó, por unanimidad, que la norma penal que prevé las causales de despenalización del aborto incluye a la violación de una mujer. La Corte argentina sostiene que no hay una obligación ni constitucional ni derivada del sistema internacional de derechos humanos de proteger de manera absoluta la vida en gestación.

⁵⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de la niñez, Justicia Juvenil y Derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, 13 julio 2011.

⁵⁸ SJN Recurso Extraordinario Federal F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva. El proceso judicial se origina en que F.A.L., en representación de A.G., su hija de 15 años de edad, el 14 de enero de 2010, solicitó a la justicia penal de la Provincia del Chubut —ante cuyos estrados se instruía una causa contra O.C., esposo de aquella, por la violación de A. G.— que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el artículo 86, incisos 1º y 2º, del Código Penal. Ante la negativa de la primera y la segunda instancia provincial, se dicta sentencia por el Superior Tribunal de la Provincia, confirmando la licitud de la práctica abortiva en este caso y, pese a que no era necesario, autorizando su realización. No obstante, en representación del nasciturus, el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces presentó un recurso extraordinario que motivó el fallo del máximo tribunal de la argentina. Sus argumentos fueron que la interpretación que del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal efectuó el a quo, al no haberse restringido la procedencia de esta autorización al caso de la víctima violada idiota o demente, se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción.

Asimismo, en caso de existir reconocimiento de derechos en cabeza del “*nasciturus*” (por ejemplo a través del reconocimiento de la personalidad jurídica), esto no implica la necesidad de prohibir conductas⁵⁹, ofreciendo motivos que avalan la validez -y necesidad- de interpretar las normas tendientes a la protección de manera de no restringir derechos humanos de las mujeres embarazadas.

En este caso, el Máximo Tribunal de la Argentina tuvo la oportunidad de referirse a la interpretación, amplitud y compatibilidad constitucional de los supuestos de aborto no punible existentes en el código penal argentino, establecidos en el art. 86 segundo párrafo, desde 1922⁶⁰ En este fallo, la Máxima Corte argentina establece cuál es el nivel de protección que tiene la vida intrauterina en el derecho argentino.

El Máximo Tribunal reconoció su rol institucional y la importancia que tiene la situación traída a análisis en el caso, afirmando que “la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional, tanto más si se tiene en cuenta que varios organismos internacionales se han pronunciado censurando, en casos análogos, la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible por parte de otras instancias judiciales (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos y Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010 y CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010, respectivamente)”⁶¹.

Dentro de este marco, es conveniente resaltar que este Tribunal buscó armonizar la totalidad del marco legal invocado como vulnerado a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que, desde 1994, integran el ordenamiento jurídico constitucional como Ley Suprema de la Nación (artículo 75,

⁵⁹ CSJN Recurso Extraordinario Federal F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva. Considerando 9.

⁶⁰ Código Penal Argentino. Art. 86 segundo párrafo: El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

⁶¹ Cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos y Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010 y CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010, respectivamente”. CSJN Recurso Extraordinario Federal F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva. Considerando 6

inciso 22, de la Constitución Nacional)⁶². En este ejercicio, el Alto Tribunal de la Argentina demostró que el derecho internacional de los derechos humanos no establece una protección absoluta del derecho a la vida desde la concepción⁶³ ni es un obstáculo para regímenes de despenalización del aborto. Asimismo, recordó que también los órganos internacionales de protección han entendido válidos los casos en donde se permite el aborto, atento a la legitimidad para el derecho internacional de los derechos humanos de la protección no absoluta de la vida intrauterina frente a casos en donde esto se opone a los derechos de la mujer gestante.

Sobre el supuesto deber del Estado de proteger jurídicamente la vida intrauterina a través de la criminalización del aborto

En relación al supuesto deber del Estado de criminalizar el aborto fundado en la obligación de proteger jurídicamente al embrión, el Tribunal analizó cada una de las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente.

Control de constitucionalidad

- En primer lugar, la Corte sostuvo que del artículo 75 inciso 23⁶⁴ de la Constitución Nacional resulta imposible extraer base alguna para sustentar la tesis del recurrente, esta es, que cualquier despenalización del aborto es inconstitucional. En efecto, el Tribunal advierte que esta norma constitucional “se inserta en una cláusula en cuyo articulado la Constitución le atribuye al Poder Legislativo tanto la facultad de promover, mediante acciones positivas, el ejercicio y goce de los derechos fundamentales, particularmente respecto de los sectores tradicionalmente postergados (Fallos: 329:3089, considerando 17) como la de dictar un régimen de seguridad social que proteja a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”. En consecuencia, según la Corte, tanto el objetivo que anima esta previsión como los propios términos de su enunciado, permiten deducir que la referencia específica al marco normativo de protección social al niño, desde el embarazo, sólo busca atribuir competencia al Poder

⁶² CSJN Recurso Extraordinario Federal F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva. Considerando 7

⁶³ CSJN Recurso Extraordinario Federal F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva. Considerandos 10 a 13, especialmente.

⁶⁴ Corresponde al Congreso, inciso 23 “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”

Legislativo a los efectos de dictar **“un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo”**⁶⁵. Esta norma establece una atribución al Congreso de la Nación en materia de legislación sobre seguridad social, en particular a la mujer embarazada y a las/os niños.

El espacio para argumentar que esta cláusula constitucional defendía una tutela legal a la vida en gestación en términos de derecho a la vida estuvo dado en gran parte por su redacción “dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización (...)”. Como ocurre en otras situaciones, el texto marca los complejos y tensos acuerdos a los que se llega durante los procesos de producción normativa, en este caso en la Convención Constituyente de 1994. Ahí, como lo recuerda Filippini⁶⁶, si bien existían distintas posiciones respecto a la defensa constitucional que debía darse a la vida intrauterina y por tanto sobre la prohibición o permisión del aborto, las actas de la Convención Constituyente dejan en claro que no hubo una inclusión ni en este art. ni en otros, una cláusula sobre el derecho a la vida “desde la concepción” o de condena al aborto inducido. La Corte recurre para apoyar su interpretación a esta fuente histórica, declarando que “si bien en la Convención Constituyente de 1994, en su última sesión, se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida, lo cierto es que *en ninguna oportunidad quedó plasmada una voluntad que pretendiera ni definir la cuestión relativa al aborto ni limitar el alcance del art. 86, inc 2º, del CP al supuesto de la víctima violada idiota o demente*” [el énfasis nos pertenece].

La disposición constitucional en cuestión tiene como fin ampliar el ámbito de derechos de seguridad social garantizados por la Carta Magna, poniendo la atención en un grupo especial, como parte de una nueva etapa del derecho constitucional nacional pero también global en el que se identifican las diferencias entre grupos, para avanzar en esquemas de igualdad material.

- Cabe apuntar, antes de avanzar con los argumentos ofrecidos por la Suprema Corte, que la Constitución argentina no tiene referencias explícitas a un valor, interés o derecho a la vida, sino que se lo considera un derecho implícito del art. 33, mientras que las referencias a “la persona” en el texto constitucional asume en todos los casos una persona nacida.

⁶⁵ Cfr. considerando 9º.

⁶⁶ FILIPPINI, Leonardo (2011) “Los abortos no punibles en la reforma constitucional de 1994” en Bergallo, Paola, compiladora, Aborto y justicia reproductiva. Buenos Aires, Editores del Puerto

Control convencional⁶⁷

La Corte continúa con el análisis de los tratados de derechos humanos con estatus constitucional en nuestro sistema jurídico desde 1994, descartando que alguno de éstos imponga una necesaria penalización del aborto o genere una “inconstitucionalidad sobreviniente” del artículo 86 del Código Penal.

- En este sentido, el Máximo Tribunal explica que “de las previsiones establecidas en el art. 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del art. 86 inc 2º, del CP. Ello por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos”⁶⁸.
- La Corte se refiere al art. 3º de la Convención Americana, en cuanto estipula el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica. Ahí insiste que “la interpretación del alcance que corresponda darle a dicho precepto, con relación a las obligaciones del Estado en lo que hace a la protección normativa del nasciturus como sujeto de derecho, no puede ser realizada en forma aislada del art. 4º y darle un alcance de tal amplitud que implique desconocer que, conforme se explicara precedentemente, la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste”.
- Al estudiar la Convención sobre los Derechos del Niño, la Corte argentina hizo mención expresa del artículo 2º de la ley 23.849 que establece que el artículo 1º de la CDN “*debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción*”. Al respecto, el Tribunal sostuvo que esta disposición “**no constituye una reserva** que, en los términos del artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige”. Ello así porque, como surge del texto mismo de la ley, el Estado Argentino respecto del artículo 1º de la CDN “se limitó a plasmar una declaración interpretativa”⁶⁹ y no una reserva.
- Sobre artículo. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Corte descarta rápidamente cualquier intento de basar una inconstitucionalización del

⁶⁷ La distinción entre control de constitucional y convencional es sólo analítica, pues de acuerdo a la Constitución Argentina (artículo 74 inciso 22), los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados tienen jerarquía constitucional

⁶⁸ Cfr. considerando 10º.

⁶⁹ Cfr. considerando 13º.

régimen de despenalización en esta norma, señalando que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas “ha manifestado su posición general relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación”⁷⁰. Más aun, este órgano le ha realizado recomendaciones a nuestro país en el que expresaba su preocupación por la interpretación restrictiva del art. 86 del CP⁷¹ y en abril de 2011 responsabilizó al Estado argentino por no haber garantizado el acceso a un aborto permitido a LMR, una adolescente con discapacidad mental.⁷²

Los fragmentos de la sentencia argentina permiten afirmar que no habría una obligación del Estado de criminalizar el aborto temprano sobre la base de la protección jurídica del embrión que se derive de las normas constitucionales y convencionales referidas.

Sobre el supuesto estatus de persona del embrión

En relación al supuesto estatus de persona del embrión y su potencial titularidad del derecho a la vida, la Corte estableció que los artículos 3° y 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) que consagran, respectivamente, el derecho a la vida y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, deben analizarse en conjunto con lo dispuesto en el artículo 1° de la DUDH. Esta disposición establece que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”. La Corte explica que “atento los claros términos en que está formulado este enunciado, **resulta imposible concluir en la aplicabilidad de las normas invocadas**”⁷³.

Es decir que, según esta interpretación de las disposiciones de la DUDH, la Corte parece estar afirmando que los derechos a la vida y a la personalidad jurídica consagrados en dicho instrumento deberían ser garantizados a los seres humanos sólo a partir de su nacimiento.

⁷⁰ Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Irlanda, 24/07/2000, A/55/40; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Gambia, 12/08/2004, CCPR/CO/75/GMB.

⁷¹ Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 de 12/03/2010.

⁷² Dictamen. L.M. R c/ Estado argentino. Comunicación No 1608. /2007CCPR/C/101/D/1608/2007 del 28/04/2011.

⁷³ Cfr. considerando 11°.

Sobre la supuesta protección “absoluta” del derecho a la vida del embrión

Sobre la creencia referida a que el derecho a la vida del embrión merece una protección “absoluta” sin que ello admita ponderación alguna, la Corte sostuvo que la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 4, al expresar que el derecho a la vida será protegido por la ley y *en general*, a partir de la concepción, “**no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste** [se refiere al *nasciturus*]”⁷⁴. Para ello, se remite nuevamente al caso “Baby Boy” de la CIDH y a la discusión en torno a la redacción del artículo 4° de la CADH a los que ya hemos hecho referencia.

En definitiva, la Corte argentina hace suya la interpretación según la cual, en caso de otorgarse protección jurídica al embrión, ésta no es absoluta y, en consecuencia, es susceptible de ser balanceada con otros derechos e intereses.

B. Brasil⁷⁵

En Brasil, el Superior Tribunal Federal (STF) es el tribunal competente para el control de constitucionalidad de las leyes. La jurisprudencia brasileña del STF ha proporcionado precedentes importantes en relación a la garantía de los derechos reproductivos de las mujeres y a la protección jurídica gradual de la vida humana en desarrollo. Como parte de estos precedentes relevantes, en el 2008, el STF falló una acción de inconstitucionalidad (ADIN 3510) en la cual declaró la constitucionalidad de las investigaciones con células madre embrionarias.⁷⁶ Asimismo, en abril de 2012, el STF resolvió una Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF 54) en el sentido de declarar la constitucionalidad de la interrupción del embarazo por causas terapéuticas para los casos de fetos con anencefalia.

El entendimiento del Tribunal Federal Supremo brasileño prevaleciente es que la vida humana en potencia es protegida por la Constitución pero con intensidad diferente en relación a las personas humanas ya nacidas⁷⁷. Por otra parte, en Brasil no hay

⁷⁴ Cfr. segundo párrafo del considerando 10°.

⁷⁵ Esta sección fue redactada con la colaboración del Instituto de Bioética, Derechos Humanos y Género (ANIS) de Brasil.

⁷⁶ Supremo Tribunal Federal, Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 3.510. www.stf.jus.br. Fecha de la decisión 29/05/2008. Disponible en: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?s_eqobjetoincidente=2299631. Acceso en: 19/09/2012.

⁷⁷ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição, in: Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos, Daniel Sarmento e Flávia Piovesan (orgs), Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2007.

restricciones para obtener acceso al tratamiento médico para la realización de la fertilización in vitro o acceso a los beneficios de los experimentos científicos realizados en investigaciones de células troncales embrionarias.

Precedentes del Supremo Tribunal Federal de Brasil en la ADI 3510 y la ADPF 54

- i. Decisión del Supremo Tribunal Federal del 29 de mayo de 2008 en la Acción Directa de Inconstitucionalidad ADIN no. 3510.

Antecedentes de la acción

La Procuraduría General de Justicia del Estado brasileño promovió una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 5 de la Ley N° 11.105, del 03/24/2005, conocida como la Ley de Bioseguridad, el cual prevé el uso, con fines de investigación y terapéuticos, de células madre obtenidas a partir de embriones humanos producidos por fertilización in vitro, y que no fueron transferidos al útero.

A partir de lo anterior, la litis de la acción promovida consideró que la Constitución brasileña protege el derecho a la vida desde su inicio, el cual se da en el momento de la fecundación y continúa en desarrollo hasta el nacimiento, por lo que la demandante afirma que los procedimientos realizados de conformidad con artículo antes referido violan el derecho a la vida y el principio de la dignidad del embrión, previstos en los artículos 5 y el art. 1, fracción III, respectivamente, de la Constitución brasileña.

*Estándares sobre derecho a la vida y su dimensión biográfica más allá de la dimensión biológica.*⁷⁸

1. La investigación con células madre embrionarias no implica la vulneración del derecho a la vida.

En la presente acción, los ministros del STF concluyeron que la Constitución brasileña no garantiza al embrión humano que se mantiene en el laboratorio la misma inviolabilidad de la vida y la dignidad de las personas nacidas.

⁷⁸ Barroso L.R., Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Celulas Tronco Embrionárias, in Nos Limites da Vida, Sarmento D. & Piovesan F., coord., Ed Lumen Juris, Rio de Janeiro 2007.

En primer lugar, el Relator del fallo de la ADIN 3510 afirmó que no hay consenso científico o filosófico respecto de la determinación del momento en el que inicia la vida por lo que concluyó que el derecho protege de forma variada a cada una de las diferentes etapas del desarrollo biológico del ser humano.⁷⁹

Así, el STF interpretó el alcance de la protección jurídica del derecho a la vida establecido en la Constitución brasileña y afirmó que la protección del derecho a la vida empieza con el nacimiento con vida, que es el momento en el cual los humanos se vuelven titulares de diversos derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la libertad, la autonomía, la igualdad, la seguridad, entre otros derechos establecidos en el artículo 5 de la Constitución brasileña.⁸⁰

Lo anterior es así ya que, según el Relator de la ADIN 3510, no hay correspondencia entre vida humana y la persona humana pues el embrión no puede ser encuadrado en la categoría de persona con titularidad de derechos fundamentales como el derecho a la vida que pertenecen solamente a las personas vivas y nacidas dado que el concepto de vida humana está revestido de una dimensión biográfica más allá de la dimensión meramente biológica⁸¹.

Por lo tanto, el STF concluyó que el uso de células madre embrionarias para la investigación científica no viola el derecho a la vida de los embriones, ya que los

⁷⁹ Voto del Relator de la ADI 3510, Ministro Carlos Britto, Supremo Tribunal Federal, Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 3.510, www.stf.jus.br. Fecha de la decisión: 29/05/2008, párrafo 29, disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anejo/adi3510relator.pdf>. Acceso en: 19/09/2012.

⁸⁰ Constitución de la República Federativa del Brasil, Art. 5 "Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:

1. el hombre y la mujer son iguales en derechos y obligaciones, en los términos de esta Constitución;
2. Nadie está obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de ley;
3. Nadie será sometido a tortura ni a trato inhumano o degradante;"

El Código Civil de 2002 dispone que:

"Art 1er. Toda persona tiene derechos y obligaciones de carácter civil".

"Art 2. La personalidad civil de la persona comienza con el nacimiento con vida pero la ley protege, desde la concepción, los derechos de los no nacidos. "

⁸¹ "El concepto de vida se recubre con una dimensión biográfica más que simplemente biológica, que se materializa en un sujeto capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones en nombre propio, a partir del nacimiento con vida." Ministro Relator Carlos Ayres Brito en su voto sobre el artículo 5 de la Ley de Bioseguridad, Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 3.510. www.stf.jus.br. Fecha de la decisión: 29/05/2008. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anejo/adi3510relator.pdf>. Acceso en: 19/09/2012.

embriones no se consideran sujetos de derechos. En consonancia con esto, el artículo 2 del Código Civil, determina que el nacimiento es el momento en el que el ser humano adquiere personalidad jurídica y capacidad.

Así, bajo el estándar desarrollado por la decisión del STF, no existe una correspondencia entre la vida humana y la persona humana por lo que el embrión y el feto no se pueden clasificar como una persona sujeta de derechos.

Aunado a lo anterior, el STF resaltó la relevancia que el uso de células madre, regulado por el artículo 5 de la Ley de Bioseguridad, tiene para el interés público pues este ofrece una perspectiva real de tratamiento futuro de enfermedades graves, que desafían la medicina y afectan la salud y la vida de millones de personas.

2. La protección a la vida gradual y compatible con su grado de desarrollo

Como ya se señaló anteriormente, el STF determinó que es a partir del nacimiento con vida cuando la Constitución reconoce la existencia de una persona sujeta de derechos.

Sin embargo, la legislación brasileña establece la protección gradual de los derechos de los no nacidos⁸² en desarrollo en el útero materno desde el momento de la concepción en virtud de su grado de desarrollo. A partir de lo anterior, la legislación no otorga al embrión resultante de la fertilización in vitro, mantenido en el laboratorio, ningún tipo de protección debido a que: a) no es una persona, al no haber nacido y b) no es un niño no nacido, al no haber sido transferido al útero materno.

Por esta razón, el STF aclaró que cuando la Constitución hace referencia a los "derechos de la persona humana" y a los "derechos y garantías individuales", como cláusulas inmutables, éstos sólo serán considerados derechos humanos y garantías de las personas como destinatarias de los "derechos fundamentales a la vida, a la libertad, igualdad, seguridad y propiedad". Así, para el Tribunal, "el embrión allí referido jamás será una vida. (...) Ni concluida ni en formación. En consecuencia, la persona humana no existe ni potencialmente. El embrión in vitro es algo que jamás será alguien".⁸³

⁸² Art. 2, Código Civil de 2002: "La personalidad civil de la persona comienza con el nacimiento con vida pero la ley protege, desde la concepción, los derechos de los no nacidos. "

⁸³ Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 3.510. www.stf.jus.br. Fecha de la decisión: 29/05/2008. Pagina 35. Disponible en: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?s_eqobjetoincidente=2299631. Consultada el 19 de septiembre de 2012.

3. Las investigaciones con células madre embrionarias no implican la vulneración a la dignidad humana.

El STF en su decisión se eximió de definir el momento en el que comienza la vida humana alegando que la Constitución Federal no lo hace,⁸⁴ y tampoco dispone sobre las diferentes formas de vida humana prenatal. Asimismo, declaró que al no ser el embrión una persona no es posible hablar del derecho a la vida y de la dignidad humana del mismo, reconocida en el artículo 1, fracción III, de la Constitución brasileña.⁸⁵

Por otra parte, el STF señaló que el reconocimiento de la protección jurídica que se otorga a los seres no nacidos parte del reconocimiento de la graduación de la vida y de la diferenciación de las etapas de desarrollo gestacional pues se considera que hay una distinción entre ellas en el sentido de que: “el embrión es un embrión, el feto es un feto y la persona humana es la persona humana.”⁸⁶

Por lo tanto, los embriones no nacidos y congelados in vitro son seres que no tienen el mismo estatus moral y legal que se asigna a las personas nacidas pues aún están desarrollando su proceso de vida autónoma por lo que si bien es fundamental proteger la vida en potencia ésta protección debe ser acorde con su nivel de desarrollo.

En este sentido, es a partir del reconocimiento que se otorga al embrión como un ser humano en potencia que la Ley N ° 11.105/2005 establece la posibilidad del uso de embriones fertilizados in vitro con fines de investigación y terapéuticos que no tengan la posibilidad de convertirse en seres humanos, esto es ser utilizados con fines reproductivos.

Lo anterior significa que son sólo aquellos embriones que no fueron implantados en el útero materno, y por lo tanto no pudieron ser utilizados en el tratamiento reproductivo, los que son donados por sus progenitores y congelados para ser utilizados con otros fines,

⁸⁴ Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 3.510. www.stf.jus.br. Fecha de la decisión: 29 de mayo de 2008. Voto del Relator, página 24. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi3510relator.pdf>, Consultada el: 19 de septiembre de 2012.

⁸⁵ Constitución Federal de Brasil, “Artículo 1. La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y de los Municipios y el Distrito Federal, se encuentra en un estado democrático y se basa en: III - la dignidad de la persona humana.”

⁸⁶ Voto del Relator de la ADI 3510, Ministro Carlos Britto, Supremo Tribunal Federal, supra nota.

como de investigación y terapéuticos, por lo que nunca serán embriones con las características y posibilidades de convertirse en seres humanos.

Finalmente, el STF se pronunció respecto de la constitucionalidad de la investigación con células madre embrionarias en relación a la protección del derecho humano a la autonomía de la voluntad a partir de los principios constitucionales de la dignidad de la persona humana y de la paternidad responsable, reconocidos en el artículo 226, párrafo 7º, de la Constitución brasileña.

Así, el STF determinó que “la elección de la pareja de un proceso “in vitro” de fecundación artificial de óvulos es implícito a su derecho constitucional, sin designar para la pareja el deber jurídico de aprovechamiento reproductivo de todos los embriones eventualmente formados y que se revelen genéticamente viables.”⁸⁷ Además señaló que “para que al embrión “in vitro” le fuese reconocido el pleno derecho a la vida, sería necesario reconocerle el derecho a un útero. Posición no prevista por la Constitución.”⁸⁸ Asimismo, declaró en el fallo que esta analogía implicaría otorgar un trato deshumanizado y degradante al género femenino, lo cual viola el Artículo 5, fracción II, de la Constitución brasileña.⁸⁹

1. Acción de Incumplimiento del Precepto Fundamental - ADPF nº 54.

Antecedentes de la acción.

En Brasil, a partir de 1988, el apartado 1 del artículo 102 de la Constitución prevé la existencia de la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF), posteriormente regulada por la Ley N° 9.882/99, como mecanismo para prevenir o reparar daños resultantes de los actos del gobierno contrarios a los preceptos fundamentales, incluidos los actos previos a la promulgación de la Constitución.

En el año de 2004, la Confederación Nacional de los Profesionales de la Salud (CNTPS) promovió la **ADPF nº 54** (ADPF 54) en contra de la constitucionalidad de la aplicación de la norma penal que criminaliza el aborto para los casos de anencefalia.

⁸⁷ Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 3.510. www.stf.jus.br. Fecha de la decisión: 29/05/2008, página 5. Disponible en:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?eqobjetoincidente=2299631>, Consultada el 19 de septiembre de 2012.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ Idem.

La litis de la ADPF 54 pretendía solicitar la interpretación de conformidad con la Constitución de los artículos 124, 126 y 128, fracciones I y II, del Código Penal (Decreto-Ley N° 2.848/40) que impiden la interrupción del embarazo por razones terapéuticas en la hipótesis de parto de feto de embarazo anencefálico, previamente diagnosticado por un profesional calificado. El sentido de la interpretación pretendida era el reconocimiento del derecho de las mujeres embarazadas a someterse al procedimiento citado sin estar obligada a solicitar la autorización judicial o de cualquier otra forma de permiso para el Estado.

Lo anterior, en virtud de que la anencefalia es una anomalía fetal incompatible con la vida fuera del útero que conduce a una situación de alto riesgo durante el embarazo y la interrupción del embarazo es la única indicación médicamente eficaz terapéutica a las mujeres ya que no hay posibilidad de revertir la inviabilidad feto.

Como antecedente de la ADPF 54, la jurisprudencia del STF de Brasil sigue la interpretación mayoritaria de los tribunales constitucionales de otros países que han adoptado el juicio de ponderación para resolver aquellas situaciones de inseguridad jurídica que generan un posible conflicto entre los derechos reproductivos de las mujeres y la expectativa del derecho a la vida potencial de los embriones. En algunas legislaciones el criterio de viabilidad de la vida extrauterina para los embriones ha sido adoptado para otorgar el derecho a la interrupción del embarazo a las mujeres, como en Estados Unidos.

En este sentido, en una demanda previa promovida ante el STF⁹⁰ sobre el tema de los productos con anencefalia, el Ministro Joaquim Barbosa manifestó su opinión en el sentido de señalar que si bien el feto anencefálico está biológicamente vivo es jurídicamente muerto y no goza de la protección jurídica por lo que concluyó que la interrupción del embarazo en esas circunstancias no constituye un crimen contra la vida pues se trata de una conducta atípica.

Así, el Ministro Relator del fallo de la ADPF 54, Marco Aurelio, afirmó que la interrupción del embarazo del feto anencefálico es coherente con la Constitución, especialmente en los preceptos que garantizan el Estado laico, la dignidad humana, el derecho a la vida y la protección de la autonomía, la libertad, la privacidad y la salud de

⁹⁰ Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n° 84.025/RJ.

las personas.⁹¹ Al respecto, señaló que la cuestión en debate involucra cuestiones pertinentes, tales como la dignidad humana, el disfrute de la vida, la libertad, el derecho a la autodeterminación, a la salud y el pleno reconocimiento de los derechos individuales y los derechos sexuales y reproductivos de miles de mujeres.

También afirmó que el derecho a la libertad religiosa y la existencia de un Estado laico⁹² implica que las religiones no deben guiar el tratamiento que el Estado otorgue a los derechos fundamentales tales como el derecho a la libre determinación, el derecho a la salud física y mental, el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la orientación sexual y el derecho a la libertad reproductiva⁹³ y al respecto reconoció que “es inescapable el choque de una parte de la sociedad que desea proteger los intereses de todos los que la integran, sean los que ya nacieron o los que están por nacer, independientemente de la condición física o la viabilidad de sobrevivencia de éstos. La cuestión consiste en la dignidad humana, el goce de la vida, la libertad, la autodeterminación, la salud y el pleno reconocimiento de los derechos individuales, en particular los derechos a la salud sexual y reproductiva de miles de mujeres. En ese caso no hay colisión real entre derechos fundamentales, sólo un aparente conflicto”.⁹⁴

Finalmente, el 12 de abril de 2012, el STF emitió una decisión histórica sobre la ADPF 54 en la que, por votación mayoritaria (dos votos en contra), declaró la inconstitucionalidad de la interpretación jurídica según la cual las disposiciones del Código Penal (artículos 124, 126, capot, 128, I y II) en relación con el aborto⁹⁵ son

⁹¹ Supremo Tribunal Federal. Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental n° 54. Voto del Relator Marco Aurelio. www.stf.jus.br. Fecha de la decisión: 12 de abril de 2012. Disponible en:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anejo/ADPF54.pdf> . 19/09/2012. Página 67.

⁹² Ibid, página 45.

⁹³ Supremo Tribunal Federal. Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental n° 54. www.stf.jus.br. Fecha de la decisión: 12/04/2012. Disponible en:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anejo/ADPF54.pdf> . Consultada el : 19 de septiembre de 2012.

⁹⁴ Supremo Tribunal Federal. Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental n° 54. www.stf.jus.br. Fecha de la decisión: 12/04/2012. Disponible en:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anejo/ADPF54.pdf> , pagina 33. Aceso en:19/09/2012.

⁹⁵ Código Penal, Decreto-Ley N° 2.848/40, que establece:

Aborto por la mujer embarazada o con su consentimiento:

Artículo 124 - Provocar aborto en sí misma o consentir que otros lo provoquen:

Pena - reclusión de uno a tres años

Aborto provocado por terceros:

Artículo 126 - Provocar el aborto con el consentimiento de la mujer embarazada:

Pena - reclusión de un año a cuatro años.

aplicables a los casos de productos de anencefalia, pues consideró que ante éstos es procedente la interrupción del embarazo por causas terapéuticas de conformidad con previstos en con la dignidad de la persona humana (artículo 1, fracción IV de la Constitución), el principio de legalidad, los derechos a la libertad y la autonomía de las personas (artículo 5, fracción II de la Constitución) y el derecho a la salud de las personas (artículos 6y 196 de la Constitución).⁹⁶ La decisión también reconoció el derecho de la mujer a tener acceso a este procedimiento de salud sin previa autorización judicial o permiso específico.⁹⁷

Asimismo, el STF hizo una referencia expresa al principio de la proporcionalidad, en el sentido de que proteger la vida prenatal sería, en el caso de un feto anencefálico, imponer a las mujeres un sacrificio no razonable. La imposición estatal de desarrollo del embarazo cuyo resultado final sería la irreparable muerte fetal es contraria a los principios fundamentales del sistema constitucional y, concretamente, a los derechos a la libre determinación, a la salud, a la privacidad y al reconocimiento pleno de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.⁹⁸

Por lo tanto, a pesar de que el feto anencefálico está biológicamente vivo, pues está conformado por células y tejidos vivos, su muerte no tiene una protección jurídica penal.

Párrafo único. Se aplica a la pena prevista en el artículo anterior, si la mujer embarazada no es mayor de catorce años, o es enajenada o débil mental, o si el consentimiento se haya obtenido mediante fraude, amenaza grave o violencia.

Aborto necesario

Artículo 128 - no es punible aborto practicado por medico:

I - si no hay otra manera de salvar la vida de la mujer embarazada

El aborto en el caso de embarazo por violación

II - si el embarazo resulta de la violación y el aborto es precedido por el consentimiento de la mujer embarazada o cuando incapaz de su representante legal.

⁹⁶ Supremo Tribunal Federal. Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental n° 54. www.stf.jus.br. Fecha de la decisión: 12/04/2012. Disponible en: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?s_eqobjetoincidente=2226954_19/09/2012.

⁹⁷ Fernandes M., Interrupción del Embarazo de Feto Anencefálico: una Análisis Constitucional, in Nos Límites de la Vida: Aborto, Clonaje Humana y Eutanasia en la perspectiva de los derechos humanos, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, página 126.

⁹⁸ Supremo Tribunal Federal. Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental n° 54 Fecha de la decisión: 12/04/2012. Voto del Relator. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anejo/ADPF54.pdf>, página 78.

El Relator concluyó que “el feto anencefálico jamás se convertirá en una persona. En síntesis, no se trata de la vida en potencia sino de muerte segura.”⁹⁹

C. Colombia

El presente acápite estudia los principales avances en Colombia en relación con la protección de los derechos fundamentales de las mujeres que solicitan fertilización in-vitro. Se realizará en primer lugar un breve resumen del marco constitucional sobre el principio de proporcionalidad y el derecho a la vida. En segundo lugar, se estudiará la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en casos donde las mujeres han solicitado mediante acción judicial la fertilización asistida como parte de la garantía de los derechos reconocidos por la Constitución Política de Colombia; todo lo anterior, en armonía con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

1. El principio de proporcionalidad y el derecho a la vida

La Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 11 que “El derecho a la vida es inviolable”. No obstante, la Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la vida no es absoluto, que por el contrario debe armonizar con otros derechos fundamentales. En tal sentido, la Corte ha utilizado el test de proporcionalidad como herramienta para determinar en que casos debe hacerse una interpretación amplia de los derechos. Por consiguiente, a continuación se realizará un breve resumen sobre el test de proporcionalidad en Colombia. Luego, se mostrará como se ha aplicado dicho test frente a la interpretación del derecho a la vida y los derechos reproductivos de las mujeres. Finalmente, se estudiará como el máximo Tribunal Constitucional colombiano ha logrado armonizar el derecho a la vida con algunos tratados internacionales de derechos humanos.

a) Test de proporcionalidad

En sus veinte años de historia, la Corte Constitucional de Colombia frecuentemente ha tenido que estudiar y resolver casos en los cuales se plantea si una limitación de un

⁹⁹ Supremo Tribunal Federal. Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental n° 54 Fecha de la decisión: 12/04/2012. Voto del Relator. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anejo/ADPF54.pdf>, página50.

derecho fundamental es válida o no¹⁰⁰. Por ende, la Corte ha acudido al denominado *test de proporcionalidad* o *test de igualdad*¹⁰¹. Se trata de una herramienta hermenéutica que consta de cuatro pasos analíticos, los cuales, de cumplirse, implican que la limitación del derecho fundamental del que se trate es válida; en caso de que la medida no satisfaga uno de tales pasos, se considera que la limitación al derecho ha sido desproporcionada y por lo tanto ha habido una violación al derecho fundamental en cuestión.

Los pasos que componen el test de proporcionalidad son los siguientes: “(i) si la medida limitativa busca una finalidad constitucional, (ii) si es adecuada respecto del fin, (iii) si es necesaria para la realización de éste -lo cual implica la no existencia de una alternativa que garantice el cumplimiento del fin limitando en menor medida el derecho que se ve restringido- y (iv) si es estrictamente proporcional en relación con el fin que busca ser realizado -esto implica un no sacrificio de valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer-”¹⁰².

La Corte Constitucional ha considerado que la proporcionalidad es un principio esencial del Estado social y democrático de derecho, el cual sirve para verificar que las actuaciones de las autoridades públicas se ajusten a derecho, pretendiendo así evitar un ejercicio arbitrario del poder¹⁰³. Al respecto, la Corte ha sostenido que la proporcionalidad funciona como “*principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica,*

¹⁰⁰ La idea del principio de proporcionalidad ya aparecía formulada en pronunciamientos de los primeros años de funcionamiento de la Corte. Así, en la sentencia T-015 de 1994, se estableció lo siguiente: “una restricción del derecho al libre desarrollo de la personalidad sólo es constitucionalmente admisible si ella, además de ser adecuada y necesaria para alcanzar un fin legítimo, es proporcional”.

¹⁰¹ Se trata de un test de igualdad que pretende integrar los aspectos positivos del test desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos y los del test desarrollado por la Corte Europea de Derechos Humanos y por los tribunales constitucionales de España y Alemania. Corte Constitucional, sentencia C-093 de 2001.

¹⁰² Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-269 de 2002.

¹⁰³ En este sentido, la Corte Constitucional ha identificado que el principio de proporcionalidad este reconocido en distintas disposiciones de la Constitución Política de Colombia, varias de las cuales establecen los elementos básicos del Estado colombiano. Así, en opinión de la Corte, el principio de proporcionalidad se desprende de los siguientes artículos de la Constitución Política: 1º, sobre la concepción de Estado social de derecho y del principio de dignidad humana; 2º, sobre el principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; 5º, sobre el reconocimiento del carácter inalienable de los derechos de la persona; 6º, sobre el establecimiento de la responsabilidad de las autoridades por exlimitación de las funciones públicas. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-226 de 2002.

armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución – busca asegurar que el poder público actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones”¹⁰⁴.

Desarrollando aún más el anterior planteamiento, la jurisprudencia constitucional colombiana reconoce que el principio de proporcionalidad de concreta en dos mandatos: la prohibición del exceso y la prohibición del defecto. Sobre estos mandatos, ha explicado que “[el] primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado”¹⁰⁵.

Por último, cabe mencionar que la Corte Constitucional ha definido distintos *niveles de intensidad* en la aplicación del test de proporcionalidad. Específicamente, ha distinguido tres niveles de intensidad, a saber: el leve, el intermedio y el estricto. La decisión del operador jurídico de escoger uno u otro tiene una importante consecuencia práctica, pues cada uno de ellos impone una carga argumentativa distinta, la cual es más fuerte cuando se opta por aplicar el test de proporcionalidad estricto, y más laxa si se opta por el test de intensidad leve¹⁰⁶.

b) Test de proporcionalidad frente al derecho a la vida

La Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006 sobre aborto¹⁰⁷ dejó clara la interpretación no absoluta del derecho a la vida en el ordenamiento jurídico colombiano al señalar que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, pero dicho margen encuentra sus principales límites en los derechos constitucionales. De tal forma, surge la ponderación del derecho a la vida frente a otros derechos (juicio de proporcionalidad), entre los cuales se incluyeron los derechos de las

¹⁰⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-916 de 2002.

¹⁰⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-916 de 2002.

¹⁰⁶ Para consultar las diferencias entre estos tres niveles de intensidad del test de proporcionalidad, cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-673 de 2001.

¹⁰⁷ A partir de la sentencia C-355 de 2006 en Colombia es permitido el aborto en los siguientes casos: “i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificado por un médico; y iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas o de incesto”.

mujeres, el derecho a la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la salud y la integridad de las personas, el bloque de constitucionalidad y los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Todos estos derechos y principios fueron fijados como límites de la libertad de configuración del legislador en todas las materias.

La Corte Constitucional reconoce que el concepto de dignidad humana¹⁰⁸ prevalece en la ponderación porque involucra la complejidad de la persona, en la que lo biológico constituye sólo un aspecto. En consecuencia, la protección jurídica de la vida humana se ha humanizado en el sentido de que en ella prima la valoración de fenómenos sociales, psicológicos y políticos asociados con los fines de la organización social sobre las valoraciones metafísicas, las cuales se respetan y protegen como parte del ámbito íntimo de las personas, pero que no pueden definir las políticas públicas por representar sólo visiones particulares de la existencia¹⁰⁹. Por consiguiente, la dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. En tal medida, el legislador, al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.¹¹⁰ (C-355 de 2006). Adicionalmente, la Corte Constitucional ha mantenido en el estudio de casos concretos sobre aborto la ponderación que existe del derecho a la vida con otros derechos fundamentales de las mujeres según el ordenamiento jurídico colombiano¹¹¹

c) Alcance del derecho a la vida a la luz de los tratados internacionales

La evolución actual del derecho internacional de los derechos humanos se funda en la premisa de que los Estados no están legitimados para intervenir arbitrariamente en la vida

¹⁰⁸La dignidad humana es un principio constitucional reconocido en la Constitución Política de Colombia (arts. 2 y 94). Es también un derecho innominado según reiteración jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia a la par con el derecho al mínimo vital y a la seguridad personal. Para la Corte estos derechos también gozan de protección a nivel del derecho internacional de los derechos humanos; son derechos básicos e interdependientes necesarios para garantizar las mínimas condiciones de respeto del derecho a la vida y, como tales, “inherentes a la persona humana” en el sentido del artículo 94 de la Constitución. Bohórquez Viviana, Aguirre Javier, Revista Sur, No 11, 2010.

¹⁰⁹ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Corte Constitucional de Colombia, T-585 de 2010.

de sus ciudadanos, sino que deben respetar los derechos individuales y sujetarse a los principios fundamentales de la dignidad humana¹¹². En coherencia, la Corte Constitucional, en la mencionada sentencia de aborto, estudió el alcance del derecho a la vida en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹³.

Antes, es importante aclarar que en Colombia la fuerza jurídica interna que tienen los instrumentos internacionales de derechos humanos se determina a través del Bloque de Constitucionalidad, el cual tiene su sustento en los artículos 53, 93, 94 y 214 de la Constitución Política de Colombia, donde se hace especial mención ante la necesidad de proteger los derechos humanos¹¹⁴.

De la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la utilización del Bloque de constitucionalidad se infiere la oportunidad de complementar el orden interno con un conjunto de principios desarrollados por el Derecho Internacional de Derechos Humanos en donde se debe privilegiar la interpretación más favorable al goce de los derechos de las personas. Si bien Colombia no ha tenido la discusión en torno a la fertilización in vitro y el derecho a la vida, es importante resaltar que en materia de aborto se han dado varias discusiones que han motivado a la Corte Constitucional ha precisar la interpretación del derecho a la vida en coherencia con los tratados internacionales de derechos humanos: *“En conclusión, de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación, por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado. Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada”*¹¹⁵.

¹¹²Cook Rebecca J, Dickens, Bernard M, Human rights dynamics of abortion law reform” en Human Rights Quarterly. A Comparative and International Journal of the Social Sciences, Humanities, and Law, The John Hopkins University Press, febrero 2003, v. 25, núm. 1, pp. 1-59. Traducción de Eduardo Barraza.

¹¹³ Convención Americana sobre derechos humanos suscrita en San José de Costa Rica, aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972.

¹¹⁴BOHORQUEZ, Viviana y AGUIRRE Javier, Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos. Sur Revista Internacional de Derechos Humanos, Brasil, primer semestre de 2010. p. 19

¹¹⁵ Corte Constitucional de Colombia, C-355 de 2006.

En particular, el Tribunal Constitucional Colombiano, frente a la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación para el derecho interno colombiano, en relación con el derecho a la vida ha señalado: *“El enunciado normativo hace alusión nuevamente al concepto de persona para referirse a la titularidad del derecho a la vida, pero acto seguido afirma que la protección del derecho a la vida será a partir del momento de la concepción. Este enunciado normativo admite distintas interpretaciones. Una es la que hacen algunos de los intervinientes en el sentido que el nasciturus, a partir de la concepción, es una persona, titular del derecho a la vida en cuyo favor han de adoptarse “en general” medidas de carácter legislativo. Empero, también puede ser interpretado en el sentido que a partir de la concepción deben adoptarse medidas legislativas que protejan “en general” la vida en gestación, haciendo énfasis desde este punto de vista en el deber de protección de los Estado Partes.*

Con base a lo anterior, la Corte Constitucional concluyó *“que bajo ninguna de las posibilidades interpretativas antes reseñadas puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del nasciturus o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado sea de naturaleza absoluta, como sostienen algunos de los intervinientes. Incluso desde la perspectiva literal, la expresión “en general” utilizada por la Convención, introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción”.*

A su vez, la Corte precisó que de acuerdo con el primer párrafo del Preámbulo, el propósito de la Convención Americana es *“consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.* El segundo párrafo adiciona que *“los derechos esenciales del hombre”* merecen protección internacional precisamente porque *“no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.*

Desde esta perspectiva, para la Corte Constitucional queda *“claro que ninguno de los derechos consagrados en la Convención pueden tener un carácter absoluto, por ser todos esenciales a la persona humana, de ahí que sea necesario realizar una labor de ponderación cuando surjan colisiones entre ellos. La Convención tampoco puede ser interpretada en un sentido que lleve a la prelación automática e incondicional de un derecho o de un deber de protección sobre los restantes derechos por ella consagrados, o protegidos por otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos,*

ni de una manera tal que se exijan sacrificios irrazonables o desproporcionados de los derechos de otros, porque de esta manera precisamente se desconocería su finalidad de promover un régimen de libertad individual y de justicia social”¹¹⁶.

Lo anterior, con fundamento para la Corte Constitucional de Colombia: *“En esa medida, el artículo 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos no puede ser interpretado en el sentido de darle prevalencia absoluta al deber de protección de la vida del nasciturus sobre los restantes derechos, valores y principios consagrados por la Carta de 1991”¹¹⁷.*

Todo lo anterior, en razón de que para el Tribunal Constitucional la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos no se agota en el uso de los argumentos literales o gramaticales, y es necesario en esa medida acudir a criterios sistemáticos y teleológicos¹¹⁸.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha estudiado el alcance de la Convención sobre los Derechos del Niño (de Naciones Unidas), la cual indica en su Preámbulo la necesidad de protección del niño *“tanto antes como después del nacimiento”*. No obstante, según la interpretación del Tribunal Constitucional colombiano, el artículo 1º de dicha Convención no establece claramente que el nasciturus sea un niño y como tal titular de los derechos consagrados en el instrumento internacional. En efecto, el artículo 1º señala que: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”*

Por consiguiente, según la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 *“la definición citada hace referencia al concepto de ser humano, concepto amplio e indeterminado cuya precisión corresponde a los Estados Partes y a organismos encargados de interpretar el alcance del tratado”*. En coherencia, en la citada sentencia la Corte precisa que *“de la lectura de los trabajos preparatorios de la Convención se desprende que tal indeterminación obedeció a una decisión deliberada, pues se consideró que debía dejarse a los Estados Partes la facultad de adoptar, de conformidad*

¹¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, C-355 de 2006.

¹¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, C-355 de 2006.

¹¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, C-028 de 2006.

con los valores fundamentales de su ordenamiento jurídico, la definición de lo que es un niño, que se extiende, de contera, al concepto de vida protegido por la Convención¹¹⁹”

Así las cosas, resulta preciso entonces que este instrumento internacional, ratificado por Colombia y que forma parte del bloque de constitucionalidad, que trata sobre sujetos de especial protección constitucional de acuerdo con el artículo 44 de nuestra Carta (sobre derechos de los niños y niñas), tampoco consigna expresamente que el *nasciturus* sea una persona humana y bajo dicho estatus titular del derecho a la vida.

b) Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre fertilización in vitro

La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que la fertilización asistida hace parte de los derechos reproductivos y además, ha resuelto algunos casos relacionados con mujeres que argumentan que distintos derechos fundamentales les fueron desconocidos como consecuencia de no habersele concedido procedimientos de fertilización in vitro, o al habersele iniciado tales procedimientos pero de manera inadecuada. Aunque en Colombia han existido varios proyectos de ley en el Congreso de la República con el objetivo de reglamentar y restringir la técnica de fertilización in vitro, sin tener en cuenta la jurisprudencia constitucional, estos no han sido aprobados¹²⁰.

a) Fertilización in-vitro y protección de derechos reproductivos

La Corte Constitucional de Colombia ha partido por reconocer que los derechos sexuales y reproductivos son reconocidos como derechos humanos cuya titularidad recae particularmente en las mujeres, de lo cual ha deducido que *“una adecuada atención en salud reproductiva se torna como elemento clave en la construcción de equidad*

¹¹⁹ De acuerdo con los anteproyectos de la Convención, el primero de ellos se sustraía de dar una definición de “niño” y uno posterior lo definía como todo ser humano desde el nacimiento hasta la edad de los dieciocho. Existió una tercera propuesta para que se definiera niño desde el momento de la concepción, pero esta también fue rechazada. Finalmente, ante las divergencias, se soslayó el tema. Lo anterior, de acuerdo con los documentos preparatorios de la Convención E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48 Citado en: Derecho internacional de los derechos humanos. normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, pág. 804.

¹²⁰ Por ejemplo en el año 2011 se radicó el proyecto de ley 148 de 2011 de la Cámara de Representantes, por la cual se dictan normas tendientes a la reducción del número de embriones en la práctica de técnicas de procreación humana asistida por fecundación in vitro, el destino de los embriones humanos no transferidos y se dictan otras disposiciones.

social”¹²¹. Según la Corte, la atención en salud sexual y reproductiva comprende, entre otras, los tratamientos de infertilidad.

En Colombia, el derecho a la salud ha sido reconocido como un derecho fundamental. El alcance de este derecho, no obstante, puede ser limitado por el legislador¹²², teniendo en cuenta que se trata de un derecho de desarrollo progresivo. Con base en esta facultad, el legislador definió un plan de presentaciones de salud obligatorias que demarcan el contenido del mencionado derecho. Este recibe el nombre de “*plan obligatorio de salud*”¹²³. Las prestaciones allí definidas deben ser reconocidas a todos los usuarios del servicio de salud o de lo contrario se les desconocería el derecho fundamental a la salud. Adicionalmente, en situaciones excepcionales, es obligación de las entidades de salud y del Estado brindar prestaciones que se encuentran excluidas del plan obligatorio de salud, o de lo contrario, se desconocería el derecho al que se ha aludido.

La fertilización in vitro, aun cuando no está incluida en el Plan Obligatorio de Salud, debe ser garantizada a las mujeres que la soliciten cuando se presente determinada una de las algunas situaciones definidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

b) Fertilización in-vitro y el derecho a la salud

Los tratamientos de fertilidad están excluidos del plan obligatorio de salud, exclusión que ha sido considerada como razonable teniendo en cuenta el carácter progresivo del derecho a la salud. Para reforzar su conclusión recordó además que el Estado no está obligado a “*garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico per se no le permite su goce*”¹²⁴. No obstante lo anterior, ha sostenido que los procedimientos de fertilidad deben ser otorgados a las mujeres que los necesiten si se presenta una de las tres situaciones excepcionales definidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Tales situaciones son las siguientes: (i) cuando el tratamiento de

¹²¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-644 de 2010. En esta oportunidad la Corte conoció el caso de una mujer que argumentaba que se le habían desconocidos sus derechos a la salud, a la dignidad y sus derechos sexuales y reproductivos. A quien interpuso la acción de tutela se le había iniciado un proceso de fertilización in vitro, pero posteriormente se le diagnosticó la muerte del embrión implantado y le fue ordenada la realización de un legrado. La muerte fue causada por no haber tenido acceso a los medicamentos indispensables para el sostenimiento del embrión. Al momento de solicitar de nuevo un proceso de fertilización, le fue negado, y es por esto que interpone una acción de tutela.

¹²² Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008.

¹²³ De acuerdo con el artículo 156 de la ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud es “un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales”.

¹²⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-550 de 2010 y T-935 de 2010.

fertilidad fue iniciado y posteriormente suspendido por la entidad prestadora de salud sin mediar concepto médico o científico que justifique dicho proceder; (ii) cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad; y (iii) fertilidad sea producto o consecuencia de otra enfermedad que afecte el aparato reproductor y de paso ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente¹²⁵.

Así, la Corte aplicó la primera excepción en la sentencia T-572 de 2002, en la cual se concedió el amparo a una señora que padecía de ciclos anovulatorios (problemas para concebir por ausencia de ovulación) y a quien su ginecólogo le inició un proceso de inducción para ovular con pastillas de zimaquin y posteriormente con ampollas de pergonal, las cuales fueron por un tiempo suministradas por su entidad promotora de salud. Ante la falta de resultados positivos y la posible afectación física o psicológica de la paciente, el mismo ginecólogo indicó que la efectividad del tratamiento exigía un mayor número de inyecciones para aplicar, dosis que negó la entidad promotora de salud arguyendo que el medicamento se encontraba excluido del Plan Obligatorio de Salud. En esa oportunidad la Corte consideró que “no se puede suspender el tratamiento, si el médico tratante así lo prescribe. Romper abruptamente lo que se había comenzado ocasiona un perjuicio irremediable y viola los derechos anteriormente mencionados (dignidad, igualdad, integridad física, confianza legítima)”.

Un ejemplo de la segunda situación en la que una mujer sí puede exigir que se le garantice un procedimiento de fertilización es la sentencia T-636 de 2007. En esta sentencia se protegieron los derechos de una mujer que había presentado varios abortos espontáneos sin que hubiese determinado la causa de esa circunstancia. El médico tratante le ordenó unos exámenes para establecer por qué no lograba finalizar el término de los embarazos, pero los mismos le fueron negados alegando que hacían parte del tratamiento de fertilidad. En esa ocasión la Corte indicó que la negativa de realizar los exámenes vulneraba el derecho al diagnóstico de la paciente y al disfrute pleno de sus derechos sexuales y reproductivos¹²⁶.

Por último, con relación a la tercera hipótesis en la cual la fertilización in vitro debería

¹²⁵ Estas tres excepciones fueron mencionadas en la sentencia T-890 de 2009. Lo que sigue del texto se basa principalmente en el texto de esta sentencia. Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-890 de 2009.

¹²⁶ Cabe mencionar que la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que el diagnóstico es un elemento esencial del derecho a la salud, pues su efectiva y adecuada realización es condición necesaria para la protección del mencionado derecho. Por lo tanto, cuando no se le practican a un o a una paciente los exámenes que este o esta requiere para determinar su estado de salud, se le vulnera este derecho fundamental. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-760 de 2008.

serle garantizada a la mujer aun cuando esta no hiciera parte del plan obligatorio de salud, la Corte ha dilucidado su alcance. Así, ha recordado que existen dos clases de infertilidad, y que una de ellas (la denominada “*infertilidad secundaria*”) debe ser garantizada por el Estado aun cuando no esté expresamente incluida dentro del plan obligatorio de salud. En este sentido, ha recordado que existe una infertilidad denominada “*originaria*” o “*primaria*”, la cual se presenta “*cuando la persona genéticamente tiene problemas en su aparato reproductor que le impiden cumplir con la función natural de procreación humana, o sencillamente cuando, a pesar de los múltiples intentos sexuales, la pareja no ha logrado nunca un embarazo*”. Por otra parte, está la infertilidad secundaria, la cual se presenta por lo general en “*pacientes que tienen antecedentes de uno o varios embarazos y luego de un tiempo les resulta imposible concebir*”, y es causada por “*afecciones físicas o enfermedad autónoma que limitan la capacidad de una persona para engendrar y solo en esos casos merecen una protección excepcional por vía de tutela*”¹²⁷.

Con base en esta distinción, la Corte ha protegido el derecho de mujeres que han visto afectadas sus posibilidades reproductivas como consecuencia de enfermedades o afecciones no genéticas a acceder a tratamientos de fertilidad. Un ejemplo claro de lo anterior es la sentencia T-901 de 2004, en la cual la Corte estudió el caso de una mujer a quien su ginecólogo le diagnosticó “*miomatosis uterina de grandes elementos*”. Previo a la cirugía de extracción de miomas, un médico particular le recetó a la peticionaria el medicamento denominado acetato de leuprolide con el fin de no comprometer el útero en la intervención quirúrgica. Al valorar la pruebas del caso, la Corte estimó que la actora padecía un problema de infertilidad “*no originario*” que le impedía concebir y que tenía su génesis en los miomas de gran tamaño ubicados en su aparato reproductor, que además le causaban alteraciones menstruales, hemorragias severas y anemia progresiva, situación que desmejoraba considerablemente su calidad de vida y afectaba el disfrute de su derecho a la salud. Ante tal panorama, indicó que el medicamento requerido por la actora era parte de un tratamiento para reducir su afección y que también mejoraría sus posibilidades reproductivas.

En conclusión en Colombia, gracias al alcance y la interpretación que le ha dado la Corte Constitucional al derecho a la vida, se puede concluir que la protección jurídica de la vida humana se ha humanizado en el sentido de que en ella prima la valoración de fenómenos sociales, psicológicos y políticos asociados con los fines de la organización social sobre las valoraciones metafísicas. Por consiguiente, la jurisprudencia constitucional en Colombia, en

¹²⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-890 de 2009.

coherencia con los tratados internacionales de derechos humanos reconoce que el derecho a la vida no es absoluto y que las mujeres tienen derecho a la protección y garantía de la fertilización in-vitro como parte de sus derechos reproductivos.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que la fertilización in –vitro hace parte de la protección de los derechos sexuales y reproductivos, los cuales son fundamentales y deben, por lo tanto, ser respetados y garantizados por el Estado. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha establecido que la fertilización in vitro, aun cuando no está incluida en el Plan Obligatorio de Salud, debe ser garantizada a las mujeres que la soliciten cuando se presente determinada una de las tres situaciones definidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Tales situaciones son las siguientes: (i) cuando el tratamiento de fertilidad haya sido iniciado y posteriormente suspendido por la entidad prestadora de salud sin mediar concepto médico o científico que justifique dicho proceder; (ii) cuando se requiera la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad; y (iii) cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otra enfermedad que afecte el aparato reproductor y de paso ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente. En este sentido, la jurisprudencia reconoce que aun cuando el legislador tiene la potestad de excluir los tratamientos de fertilización del Plan Obligatorio de Salud, ello no implica que en determinadas circunstancias deba garantizarlo, pues de no hacerlo habría una vulneración de los derechos fundamentales de la mujer que los solicita.

c. México¹²⁸

La protección a la vida prenatal y su relación con la interrupción del embarazo ha sido discutida en tres ocasiones por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Los criterios jurisprudenciales emanados de estas discusiones han interpretado y delimitado el alcance de la protección que otorga el orden jurídico mexicano a la vida en gestación como bien constitucional, así como el reconocimiento expreso de los derechos humanos de las mujeres que guardan una estricta relación con esa protección.

En este sentido, se han realizado avances importantes en el reconocimiento de los derechos reproductivos de las mujeres en el ámbito judicial. La Suprema Corte ha fallado en favor de la constitucionalidad de iniciativas legislativas que han despenalizado el

¹²⁸ Este capítulo forma parte de un ensayo próximo a publicarse del Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), sobre Derechos humanos de las mujeres y protección de la vida prenatal.

aborto, sentando criterios jurisprudenciales trascendentes para el avance de los derechos humanos de las mujeres en México. En 2008, la Corte confirmó la constitucionalidad de las reformas que despenalizaron la interrupción del embarazo en el DF durante las primeras doce semanas de gestación.¹²⁹ Este fallo resulta trascendente para la región latinoamericana en su conjunto, ya que se inscribe dentro de una tendencia regional de los tribunales constitucionales americanos para avanzar en el reconocimiento judicial de los derechos reproductivos de las mujeres como derechos humanos.¹³⁰

En 2012, la SCJN avaló la constitucionalidad de las reformas que ampliaron las causales legales de aborto en el DF (conocida como “Ley Robles”) y el procedimiento para autorizar su práctica en casos de violación.¹³¹

a. Marco constitucional sobre derechos reproductivos

La Constitución mexicana comprende un amplio catálogo de derechos humanos de los que gozan todas las personas, dentro del cual se encuentran los derechos reproductivos. El artículo 4 de la Constitución consagra la libertad y autonomía reproductivas de todas las personas en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a decidir de forma libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.” Respecto de los derechos humanos de las mujeres, la Constitución prohíbe la discriminación por razones de género (artículo 1), reconoce la igualdad de hombres y mujeres ante la ley (artículo 4), establece derechos para las mujeres trabajadoras embarazadas (artículo 123) y prevé derechos específicos para las mujeres indígenas (artículo 2). La Constitución no contempla en su texto el derecho a la vida.

¹²⁹ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, ministro ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, ministro encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz, 28 de agosto de 2008. Disponible en <<http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/ENGROSECOSSxcdO-146-07.pdf>> [consulta: 25 de junio de 2012].

¹³⁰ Ver Langer, Ana, “Introduction to the Special Section on Abortion Legalization in Mexico City” en *Studies in Family Planning*, vol. 42, núm. 3, septiembre de 2011, pp. 156-158. Ansolabehere, Karina, “Oportunidades y decisiones: la judicialización del aborto en perspectiva comparada” en Marcelo Alegre (coord.), *Derecho y sexualidad*, Buenos Aires, Librería, 2010, disponible en <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Ansola_Sp_PV.pdf> [consulta: 3 de julio de 2012].

¹³¹ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 10/2000, engrose a cargo de la ministra ponente Olga María del Carmen Sánchez Cordero, 29 y 30 de enero de 2002. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/302/00000100.019.doc>> [consulta: 25 de junio de 2012].

b. Interpretación constitucional de los derechos reproductivos en relación con otros derechos humanos

Como lo ha establecido la SCJN al interpretar el artículo 4 de la Constitución, la libertad reproductiva es un derecho fundamental que comprende tanto la autonomía para decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos o hijas, como para decidir no tenerlos. Consecuentemente, el Estado tiene la obligación de proveer las medidas necesarias para garantizar la toma informada de decisiones reproductivas:

[S]e advierte que estamos ante un derecho fundamental, de los denominados *de libertad*, como es el decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos que se deseen tener, lo cual implica también la decisión de no tenerlos; a la par, el artículo 4° constitucional establece la obligación del Estado de proporcionar información acerca de métodos de anticoncepción, educación sexual, etcétera, a fin de que dicha decisión sea tomada en forma responsable e informada.¹³²

La Corte también ha considerado que la libertad reproductiva deriva de los derechos a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad que incluye “la decisión de un individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común, como la relativa a tener hijos o no”.¹³³ De igual forma, la SCJN ha considerado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad:

[E]s la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo. Como han sostenido la doctrina y la jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado[...]¹³⁴

¹³² SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, ministro ponente: Sergio A. Valls Hernández, 16 de agosto de 2010, párrafo 236, p. 87. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/>> [consulta: 12 de junio de 2012].

¹³³ Ibidem, párrafo 251, p. 95. Ver también SCJN, Amparo directo 6/2008, relacionado con la Facultad de Atracción 3/2008-PS, 6 de enero de 2009, p. 86: “el derecho al libre desarrollo de la personalidad, comprende, entre otras, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, así como en qué momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos[...].”

¹³⁴ SCJN, Amparo Directo 6/2008 (ver supra, nota 92), p. 86.

En su interpretación constitucional, la SCJN ha realizado un análisis del derecho a la libertad reproductiva en relación con los derechos a la igualdad y no discriminación y a la protección de la salud.

Del análisis de la protección a la salud establecida en el artículo 4, en la primera sentencia donde se revisó la constitucionalidad del derecho al aborto por malformaciones genéticas o congénitas del producto de la concepción, la SCJN concluyó que la protección de la vida del producto de la concepción en el orden jurídico mexicano no invalidaba las causales legales de aborto establecidas en el Código Penal del Distrito Federal, por lo que consideró que dichas causales son constitucionales.¹³⁵

Una consideración relevante de la Corte en la segunda sentencia sobre la despenalización del aborto en la legislación penal fue que dicha medida legislativa “resulta de este modo idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, pues la no penalización de la interrupción del embarazo tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida”.¹³⁶

Asimismo, la jurisprudencia de la SCJN sobre el derecho a la igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 1 constitucional, establece que la libertad de la autoridad legislativa encuentra un límite sustancial en la obligación para el legislador ordinario (local) de respetar el principio de igualdad y no discriminación. Límite que obliga a la autoridad legislativa a: 1) dar un trato igualitario en situaciones de hecho similares, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable para dar un trato diferenciado y 2) establecer diferenciaciones normativas con base en una finalidad constitucionalmente aceptable.¹³⁷

Al respecto, la SCJN ha establecido que, en el análisis constitucional de las medidas y actos legislativos, “cuando limiten o restrinjan derechos o creen categorías diferenciadas

¹³⁵ Ver SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 10/2000 (ver supra, nota 22), pp. 92-97.

¹³⁶ SCJN, Sentencia Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 (ver supra, nota 23), p. 183.

¹³⁷ SCJN, “Igualdad. Casos en los que el Juez constitucional debe hacer un escrutinio estricto de las clasificaciones legislativas (interpretación del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)”, Tesis jurisprudencial, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XXVII, abril de 2008, p. 175. “Igualdad. Criterios para determinar si el legislador respeta ese principio constitucional”, Tesis jurisprudencial, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

para su trato legal, debe atenderse a su razonabilidad y proporcionalidad, sentándose, incluso, los criterios o estándares para la medición de tales aspectos, a efecto de contar con elementos objetivos para resolver sobre su constitucionalidad.”¹³⁸

En este sentido, las reformas legislativas que restrinjan derechos humanos tienen que pasar por un escrutinio constitucional estricto (test de constitucionalidad). De acuerdo con los criterios jurisprudenciales de la Corte, este test se cumple cuando la diferenciación establecida en la ley se basa en criterios razonables, objetivos y proporcionales.¹³⁹ Por lo tanto, a la autoridad legislativa le está prohibido establecer distinciones injustificadas en la ley o clasificaciones “sospechosas”¹⁴⁰ y el Poder Judicial debe realizar un escrutinio estricto de dichas leyes.¹⁴¹

c. La vida prenatal como un bien constitucionalmente protegido

En 2008, la SCJN realizó un análisis extenso del alcance de la protección a la vida en gestación, apartándose del criterio adoptado en 2002 —en el que consideró que la vida del producto de la concepción se encontraba protegida en todo el ordenamiento jurídico mexicano y en los tratados internacionales.¹⁴² Al analizar la constitucionalidad de la legislación que despenalizó el aborto en las primeras doce semanas de gestación en el DF, la Corte consideró que “la Constitución no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo sino que obliga más bien al Estado a promocionar las condiciones para su adecuado disfrute una vez que existe”.¹⁴³

¹³⁸ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 (ver supra, nota 91), párrafo 217, pp. 80-81.

¹³⁹ SCJN, “Igualdad. Casos en los que el Juez constitucional debe hacer un escrutinio estricto...”, op. cit. (ver supra, nota 96), p. 175. “Igualdad. Criterios para determinar...”, op. cit. (ver supra, nota 96), p. 75.

¹⁴⁰ Las categorías “sospechosas” son clasificaciones establecidas por el poder legislativo basadas en prejuicios o estereotipos, en detrimento de ciertas personas o grupos sociales. Las categorías sospechosas por antonomasia son la raza, el sexo y la religión. De ahí que se prohíban expresamente en el artículo 1 de la Constitución mexicana.

¹⁴¹ SCJN, “[Principio de igualdad. interpretación constitucional para determinar si en un caso procede aplicar escrutinio intenso por estar involucradas categorías sospechosas](#)”, Tesis aislada, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XXXII, 1 de septiembre de 2010, p. 183.

¹⁴² SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 10/2000 (ver supra, notas 22 y 94).

¹⁴³ Ver Pou Jiménez, Francisca, “El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal” en Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Anuario de Derechos Humanos, Chile, núm. 5, 2009, p. 148. Disponible en <www.anuariodhdh.uchile.cl> [consulta: 14 de julio de 2012].

En este sentido, la SCJN desvirtuó el argumento de los promoventes de que el derecho a la vida es el presupuesto fundamental de la existencia y el ejercicio de todos los demás derechos. El derecho a la vida —entonces— no tiene un carácter básico ni absoluto.¹⁴⁴ La Corte sostuvo que ningún derecho constitucional es absoluto y que tampoco se puede deducir que un derecho tenga primacía sobre otro. En este sentido, consideró que los derechos constitucionales tienen una “naturaleza relacional” y no son expresiones de “un último valor fundamental del Estado el cual devenga intangible jurídicamente.”¹⁴⁵ Por lo tanto, dichos derechos deben ser armonizables unos con otros.¹⁴⁶

A partir de un análisis de los tratados internacionales, específicamente de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como de las declaraciones interpretativas realizadas por México a la primera, la SCJN señaló que el derecho a la vida no está protegido en la normativa internacional de forma absoluta, sino que esta normativa obliga al Estado a promover las condiciones para su adecuado disfrute una vez que se actualiza su existencia.¹⁴⁷ Asimismo, se inclinó por considerar “la existencia de un bien constitucional e internacionalmente protegido [la vida] en los términos ahora expuestos”.¹⁴⁸

Por ende, la Corte concluyó validando la despenalización del aborto realizada por la autoridad legislativa del Distrito Federal ya que no existe “ningún fundamento constitucional o internacional para un mandato de penalización de su afectación que permitiera sostener que existe una obligación del legislador para el establecimiento o mantenimiento de un tipo penal específico.”¹⁴⁹

¹⁴⁴ A pesar de los disensos entre los ministros y ministras de la Corte respecto de la existencia del derecho a la vida, la sentencia refleja la mayoritaria refutación de las tesis defendidas en las demandas de inconstitucionalidad —y compartidas por el proyecto de sentencia elaborado por el ministro Aguirre Anguiano—, que caracterizaban el derecho a la vida del concebido como un derecho absoluto e intocable por cualquier tipo de legislación. Ver el proyecto de resolución presentado por el ministro Aguirre Anguiano en <http://www.supremacorte.gob.mx/Transparencia/Paginas/pleno_novena_epoca2007.aspx> [consulta: 16 de julio de 2012].

¹⁴⁵ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 (ver supra, nota 23), pp. 154-155.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 156.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 173-174

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 175.

¹⁴⁹ *Idem*.

En este sentido, la medida legislativa adoptada por las autoridades legislativas al establecer una protección absoluta de la vida en gestación, contraviene los preceptos de la Constitución federal y la interpretación constitucional realizada por la SCJN, ya que no le otorga a la vida en gestación un tratamiento de “bien constitucionalmente protegido”, sino de derecho absoluto, desconociendo los derechos de las mujeres a la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la integridad personal y el desarrollo de la libre personalidad, que sí están protegidos mediante las causales permitidas por la legislación penal estatal para interrumpir un embarazo.

Cabe destacar que el reconocimiento de la vida en gestación como un “bien constitucionalmente protegido” no implica necesariamente reconocer el carácter jurídico de *persona* u otorgar la titularidad del derecho a la vida al “producto de la concepción.” Sin embargo, sí supone aceptar que: a) constitucionalmente es necesario dar un tratamiento diferenciado al producto de la concepción de las personas titulares de derechos; b) la protección jurídica de la vida en gestación no se puede traducir en una afectación desproporcionada de los derechos de las mujeres; c) el legislador debe establecer los grados y modalidades de la protección jurídica de la vida en gestación atendiendo a sus etapas, tomando siempre en cuenta los derechos humanos de las mujeres que pudieran verse afectados por la relación que guardan con el embarazo y procurando salvaguardarlos de igual forma; y d) los únicos parámetros, para establecer si una legislación es restrictiva o extensiva de derechos, son constitucionales.

d. Interpretación reciente de la Suprema Corte en relación con las reformas constitucionales sobre protección a la vida prenatal y su afectación a los derechos de las mujeres

A partir de la reforma que despenalizó el aborto, dentro de las primeras doce semanas de gestación, en la ciudad de México en 2007, y su posterior validación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en 2008, 16 estados¹⁵⁰ de la República mexicana aprobaron reformas a sus constituciones locales con el fin de proteger la vida desde el momento de la concepción o de la fecundación. La clara intención de estas reformas constitucionales estatales —que se cobijaron bajo la idea de “protección a la vida”— fue

¹⁵⁰ Baja California, Chiapas, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tamaulipas y Yucatán. Chihuahua incluyó en su Constitución la protección de la vida desde la concepción desde 1994, por lo que no se contempla dentro del grupo de reformas posteriores a la decisión de la SCJN en 2008. Campeche modificó su Constitución en ese mismo sentido en agosto de 2009, pero posteriormente, por decreto publicado en el Periódico Oficial del estado el 19 de noviembre de 2010, se derogó el segundo párrafo del artículo 6° constitucional, que contenía la protección a la vida desde la concepción.



la de impedir u obstaculizar iniciativas de despenalización del aborto en la legislación penal de los estados.

En 2009, el Presidente de la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana de Baja California y 33% del Congreso de San Luis Potosí interpusieron ante la SCJN sendas acciones de inconstitucionalidad contra sus respectivas reformas estatales de protección a la vida, considerándolas contrarias a los derechos humanos de las mujeres protegidos en la Constitución.¹⁵¹ Por falta de una mayoría calificada para declararlas inconstitucionales, la SCJN desestimó las acciones sin resolver el fondo del asunto.¹⁵² Aún cuando no exista una resolución de fondo de la Corte, cabe destacar que hubo una mayoría de siete ministros y ministras¹⁵³ que consideraron estas reformas inconstitucionales por: 1) otorgar una protección absoluta a la vida en gestación; 2) restringir los derechos humanos de las mujeres, especialmente sus derechos reproductivos; y 3) contravenir las competencias legislativas establecidas en la Constitución para los Congresos locales.

La desestimación del asunto por la SCJN, dejó subsistentes las reformas constitucionales estatales. No obstante, en virtud de la mayoría de siete ministros, existe una presunción de que dichas normas son contrarias a la Constitución, ya sea porque las reformas constitucionales analizadas exceden la facultad del legislador local para ampliar

¹⁵¹ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 11/2009, promovida por la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana de Baja California contra el Decreto que reforma el artículo 7 de la Constitución de ese estado, mismo que protege la vida desde el momento de la concepción hasta la muerte natural. SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 62/2009, promovida por diputados de la Quincuagésima Novena Legislatura de San Luis Potosí contra el Decreto que reforma el artículo 16 de la Constitución de ese estado, que reconoce la vida humana como fundamento de todos los derechos de los seres humanos, por lo que la respeta y protege desde el momento de su inicio en la concepción.

¹⁵² De acuerdo con la fracción II del artículo 105 constitucional, cuando la SCJN realiza un análisis de la constitucionalidad de una ley, se requiere una mayoría calificada (esto es, ocho votos de los once ministros del Pleno de la Corte), para declararla contraria a la Constitución. Si no se alcanza esta mayoría, el asunto se desestima, es decir, se archiva sin que se realice un estudio del fondo del asunto, como sucedió respecto de estas acciones en septiembre de 2011.

¹⁵³ Los ministros José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Arturo Zaldívar Lebo de Larrea, Sergio Armando Valls Hernández, Luis María Aguilar Morales, Juan Silva Meza y el ministro encargado de elaborar el proyecto, José Fernando Franco González Salas, sostuvieron que las reformas eran inconstitucionales pues planteaban una protección absoluta al producto de la concepción, misma que es incompatible con el conjunto de derechos humanos consagrados en la Constitución federal a favor de las mujeres. Ver SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 11/2009, ministro ponente: José Fernando Franco González Salas, 28 de septiembre de 2011, pp. 43-50. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/> [consulta: 12 de junio de 2012].

derechos, o por el posible conflicto con los derechos humanos de las mujeres protegidos en el orden constitucional.

Entre las consideraciones relevantes de la mayoría de ministros y ministras de la SCJN para considerar inconstitucionales dichas normas se encuentran: las reformas amplían el contenido y alcance de protección de los derechos humanos al incluir al concebido no nacido como titular de derechos y —por lo tanto— considerarlo como persona, lo que contraviene la Constitución federal; si la protección que se da al concebido es absoluta, se anula por completo la posibilidad de ponderar esta protección con otros derechos con los que podría entrar en conflicto, como son los de las mujeres; las normas estatales contravienen la Constitución federal y los tratados internacionales, ya que no se desprende de estos instrumentos una protección absoluta al producto de la concepción.¹⁵⁴

Por último, se puede concluir que del análisis integral de las sentencias que la Suprema Corte emitió en 2002 y 2008, al analizar la constitucionalidad de las reformas (de 2000 y 2007 respectivamente) en materia de aborto, se desprende que la interpretación constitucional de la Corte apunta a que a) el derecho a la vida no es un derecho absoluto b) la despenalización del aborto es una facultad de las legislaturas locales y una medida idónea para proteger los derechos humanos de las mujeres y c) existe una compatibilidad entre la protección de la vida en gestación y las causales de despenalización, inclusive por la sola voluntad de la mujer (durante las primeras doce semanas de gestación). De igual forma, la reciente discusión de la SCJN, en relación con la tutela de la vida en las constituciones locales estatales, supone que debe realizarse una interpretación conforme a la Constitución, tomando en consideración los derechos humanos de las mujeres.

En consecuencia, la legislación que confiere una protección absoluta de la vida en gestación es inadecuada y no constituye una medida idónea para alcanzar la finalidad legítima del Estado de tutelar la vida prenatal, en virtud de que pueden entrar en colisión con los derechos a la vida, a la salud y a la integridad corporal de las mujeres que se ven obligadas a acudir a un aborto inseguro. Por lo tanto, dichas medidas no satisfacen los requisitos constitucionales de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad para proteger la vida en gestación y deben interpretarse de conformidad con los estándares constitucionales. El Estado debe adoptar otras medidas legislativas y de política pública que resulten idóneas para proteger la vida prenatal, compatibles con su obligación de garantizar y respetar los derechos humanos de las mujeres. Entre las medidas que permiten la compatibilidad de ambas protecciones, se encuentran la despenalización del

¹⁵⁴ Idem.



aborto en el primer trimestre de la gestación, la reducción de los índices de mortalidad materna y la atención adecuada a mujeres embarazada durante el parto y el puerperio.

Conclusiones

El derecho internacional de los derechos humanos se funda en la premisa de que los Estados no están legitimados para intervenir arbitrariamente en la vida de sus ciudadanos, sino que deben respetar su esfera de derechos y sujetarse a los principios fundamentales de la dignidad humana.¹⁵⁵ De acuerdo con estos principios, las cortes constitucionales y tribunales supremas de la región, han analizado en diversas sentencias la constitucionalidad de medidas legislativas que despenalizan el aborto (terapéutico o voluntario), así como la regulación de la fertilización in-vitro. En dichas sentencias, el estudio constitucional sobre el alcance de la protección a la vida en gestación no ha considerado que sea dicha protección legal sea absoluta ni le ha otorgado el carácter de persona humana. Por el contrario, se ha reconocido la validez de los derechos humanos de las mujeres, particularmente sus derechos reproductivos contenidos en las normas constitucionales y en los tratados internacionales de derechos humanos.

Petitorio

1. Solicitamos al ilustre Tribunal que acuse recibo del presente Amicus Curiae, presentado oportunamente y de conformidad con las normas reglamentarias de la Corte.
2. Requerimos que se ordene el traslado del presente escrito a las partes para que, de ser pertinente, los argumentos presentados revitalicen y enriquezcan la discusión en torno a los problemas legales planteados, en particular en relación al tema de las eventuales reparaciones en el presente caso.

¹⁵⁵Vid, Elizabeth Wicks, The Meaning of ‘Life’: Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties, Cook Rebecca J, Dickens, Bernard M, Human rights dynamics of abortion law reform” en Human Rights Quarterly. A Comparative and International Journal of the Social Sciences, Humanities, and Law, The John Hopkins University Press, febrero 2003, v. 25, núm. 1, pp. 1-59. Traducción de Eduardo Barraza.



3. Solicitamos que la Corte Interamericana tome en cuenta los argumentos de derecho constitucional y los estándares internacionales sobre derechos humanos del presente *amicus* en su análisis del *Caso Artavia* en estudio.

Atentamente,



Viviana Bohórquez Monsalve

C.C.63540215 de Bucaramanga -Colombia

La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres

Cr. 18 # 33a-27

Bogotá, Colombia

mesa@despenalizaciondelaborto.org.co

Tel: (00571) 2858004

Fax: (00571) 2454186



Beatriz Galli

IPAS

OAB/RJ 80.944

Relatora Nacional del Derecho Humano a la Salud Sexual y Reproductiva Plataforma
DHESCA Brasil

Asociada para America Latina de Ipas

R. Des. Ermelinode Leão, 15 conj. 72

Curitiba, PR



Brasil

CEP 80.410-230

Tel: 55-21-8723-8223

Fax – 55-41-3232-4660

Alma Beltrán y Puga

Coordinadora Jurídica

Grupo de Información en Reproducción Elegida A.C.

Viena 160

Col. Del Carmen Coyoacán

Del. Coyoacán

Distrito Federal 04100

México

Tel. +52 55 56 58 66 45, ext. 229.

Email: abeltran@giremx.org.mx

Álvaro Herrero

Director Ejecutivo

Asociación por los Derechos Civiles

Cordoba 795, 8vo piso

Ciudad Buenos Aires

Argentina

Te: 52360555



Gastón Chillier
Director Ejecutivo
Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)



Lourdes Bascary
Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)



Agustina Ramón Michel
Becaria del Área de Salud
CEDES
Sánchez de Bustamante 27 (tel: 48651707/04)