

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres en la jurisdicción constitucional latinoamericana

ALBERTO ABAD SUÁREZ ÁVILA



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres en la jurisdicción constitucional latinoamericana

Alberto Abad Suárez Ávila

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie CULTURA LAICA, núm. 2

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Diseño de interiores

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

Leslie Cuevas Garibay
Apoyo editorial

José Antonio Bautista Sánchez
Formación en computadora

Arturo de Jesús Flores Ávalos
Elaboración de portada

Alberto Abad Suárez Ávila

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres en la jurisdicción constitucional latinoamericana



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

PEDRO SALAZAR UGARTE
PAULINE CAPDEVIELLE

*Coordinadores
de la Colección Cultura Laica*

Primera edición: 20 de marzo de 2015

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Círculo Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-6498-6

Contenido

Introducción	1
1. Democracia, laicidad y derechos fundamentales en América Latina	3
2. Los derechos reproductivos de las mujeres en América Latina y la jurisdicción constitucional	9
3. La metodología de la investigación	21
4. El aborto en la jurisprudencia constitucional latinoamericana	25
A. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación	29
B. Colombia: Corte Constitucional	37
C. Costa Rica: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia	64
D. El Salvador: Sala de lo Constitucional Corte Suprema de Justicia	69
E. Argentina: Corte Suprema de Justicia de la Nación	72
F. Venezuela: Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia	73
G. Conclusiones respecto de la labor de los órganos con jurisdicción constitucional en América Latina	74

VIII / Contenido

5. Anticoncepción de emergencia en la jurisdicción constitucional de América Latina	77
A. Chile: Corte Constitucional	82
B. Argentina: Corte Suprema de Justicia de la Nación ..	88
C. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación ...	90
D. Perú: Tribunal Constitucional.....	93
E. Ecuador: Corte Constitucional	101
F. Guatemala: Corte de Constitucionalidad	103
G. Conclusión respecto de la jurisprudencia constitucional de la AE	105
6. La reproducción asistida en la jurisdicción constitucional latinoamericana	107
A. Sala de Constitucionalidad de la Corte Suprema de Costa Rica.....	108
B. Brasil: Supremo Tribunal Federal	112
C. Colombia: Corte Constitucional.....	120
D. Conclusiones sobre la jurisdicción reproducción asistida	122
7. Epílogo jurisprudencial: la resolución del caso de fecundación <i>in vitro</i> por la Corte IDH	125
8. Conclusiones sobre laicidad y jurisdicción constitucional de los derechos reproductivos de las mujeres en América Latina.....	127
Bibliografía	133

Introducción

Durante las últimas décadas, algunos de los temas más importantes relacionados con los derechos reproductivos de las mujeres se llevaron ante los órganos con jurisdicción constitucional de la región latinoamericana, quienes en un breve lapso se convirtieron en trascendentales decisores de la normatividad y política pública en el tema, a través de la interpretación de su constitucionalidad (o inconstitucionalidad). Así, tanto tribunales constitucionales como cortes supremas, cuando éstas son las que realizan la interpretación constitucional, son importantes foros de discusión para combatir, promover, e incluso en algunas ocasiones defender las decisiones públicas que involucran derechos reproductivos de las mujeres.

Alrededor del tema de los derechos reproductivos de las mujeres se presenta una discusión relevante respecto de la laicidad de las instituciones públicas latinoamericanas. El movimiento regional hacia la construcción de sociedades democráticas desde fines de los años noventa ha creado un nuevo contexto para debatir estos temas, que muestra la diversidad de expresiones y opiniones en la sociedad. En muchos casos el contexto democrático hace evidente la pugna entre distintas cosmovisiones y esquemas de principios y valores en la regulación de la sociedad y en la definición de los derechos humanos que el Estado protege. Entre los diversos temas sociales que muestran mayor conflicto, los derechos reproductivos de las mujeres son uno de los más polémicos, debido a las construcciones genéricas sobre las cuales se funda gran parte del Estado latinoamericano, así como el conflicto que estos suponen con los principios de la religión católica, dominante en esta parte del continente.

2 / Introducción

La intención de este texto es aportar información respecto del comportamiento de los órganos de interpretación constitucional en América Latina cuando resuelven sobre los derechos reproductivos de las mujeres. Con ello es posible construir el perfil de los órganos con jurisdicción constitucional en la región y detectar las dinámicas de cambio-permanencia en las discusiones relacionadas con los derechos reproductivos. Además, para las audiencias interesadas en la labor de los órganos con jurisdicción constitucional, la investigación permite esbozar un mosaico general, que permite evaluar su comportamiento en una de sus dimensiones específicas: la de los derechos reproductivos de la mujer y su capacidad de colaborar como promotores del cambio político y social de las agendas progresistas en materia de derechos humanos.

1. Democracia, laicidad y derechos fundamentales en América Latina

Las discusiones sobre derechos fundamentales y el contexto de democratización en la América Latina contemporánea permiten replantear nuevamente el estatus de las relaciones entre el Estado y las organizaciones eclesiásticas, en especial la Iglesia católica. Los Estados latinoamericanos desde su fundación en el siglo XIX se caracterizan por tener una intensa y complicada relación con la Iglesia católica, a la que más recientemente se suman la diversidad de organizaciones eclesiásticas que toman fuerza en la región.¹ Todos los

¹ "Mientras, en Europa, los avances secularizadores fueron significativos en la primera mitad del siglo XIX, en Hispanoamérica fueron más decisivos en su segunda mitad, cuando avanzaron procesos de secularización y se afirmaron, en la mayoría de los países, los Estados liberales frente a la Iglesia, con su correspondiente asalto sobre las tierras eclesiásticas, indígenas y municipales. Sin embargo, en las nuevas repúblicas, esta confrontación no fue uniforme. Un factor importante para comprender la diversidad de relaciones entre las dos potestades, fue el desigual poder, riqueza e influencia cultural de la Iglesia en los diferentes países de Hispanoamérica. Donde la Iglesia tuvo numerosos miembros, significativos recursos y un alto peso en las mentalidades –casos de México y Colombia– fue más acusada la reacción liberal, pero poseyó mejores condiciones para defenderse, lo que incidió en una mayor violencia en los conflictos y las guerras civiles de estos países. En los casos de Argentina, Uruguay, Venezuela y Paraguay, la Iglesia fue más débil, no provocó hostilidades fuertes al Estado y debió aceptar que sus privilegios disminuyeran paulatinamente. En Perú, Bolivia y Chile, se produjo un equilibrio de poderes y una relativa estabilidad en las relaciones entre ambos. Ecuador vivió de manera *sui generis* una compenetración entre Iglesia y Estado, a tal punto que ambos poderes casi se confundían, Jerusalén (la Iglesia) sometió a Babilonia (el Estado) hasta 1895, año de la irrupción del movimiento de la costa contra la sierra quiteña, liderado por el radical liberal Eloy Alfaro. Centroamérica vivió un período de conservatismo y clericalismo hasta abrir sus compuertas en la década de 1870 a un proceso de liberalización y secularización, efecto, en buena medida, de su fragmentación y de las pugnas por la hegemonía regional entre la conservadora y católica Guatemala y el Salvador, liberal".

4 / Alberto Abad Suárez Ávila

Estados latinoamericanos tuvieron un nacimiento a su vida moderna de mano del reconocimiento de la Iglesia católica como la religión oficial. La secularización del Estado en los siglos XIX y XX llevó a que algunos países alcanzaran la separación formal de la Iglesia y el Estado, mientras que otros aún al día de hoy se reconocen confesionales ligados explícitamente a la religión católica.²

Países como México alcanzaron una separación formal a mediados del siglo XIX, en donde la participación política de la Iglesia católica se restringió a la vida privada.³ A pesar de esto, como lo describen varios autores, dicha separación formal de las organizaciones y estructuras estatales no resultó tal en las cues-

Ortiz Mesa, Luis Javier, *La Iglesia católica y la formación del Estado-nación en América Latina en el siglo XX. El caso colombiano*, documento de trabajo, Medellín, Universidad Nacional de Colombia, s.a.

² Dice Alfonso Ruiz Miguel sobre los Estados confesionales: "Por lo que se refiere a los Estados nominalmente confesionales, cabe distinguir en ellos tres variantes con distintas relaciones entre Estado y religión, que pueden enumerarse de mayor a menor compromiso entre ambas: a) el Estado teocrático, que considera al Estado como ordenado por algún dios y como esencialmente dirigido a la observancia de una religión, modelo del que algunos países islámicos todavía pueden ser un ejemplo cercano; b) el Estado erastianista (o cesaropapista) caracterizado por disponer de una Iglesia de Estado, de forma que es el poder político el que dirige, controla y se sirve de una determinada religión para sus fines, como lo exemplifica bien especialmente en sus principios, la Iglesia anglicana en Inglaterra, y c) en fin, el Estado confesional, que declara constitucionalmente su creencia y su apoyo a una determinada religión y procura conformar sus leyes con ella, que podría exemplificarse en buena parte de la tradición constitucional española desde las Cortes de Cádiz hasta el Estado franquista". Diego Valadés aporta una clasificación al respecto: "En cuanto a América, la secularización del Estado se inició desde el siglo XIX. El primer caso fue el estadounidense. En el resto del continente ha habido un proceso continuado en esa misma dirección. En la actualidad, la religión de Estado está presente en dos Constituciones: Bolivia (artículo 30.) y Costa Rica (artículo 75) y otras diez (Argentina, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela) hacen referencia a la inspiración divina en sus preámbulos. Sólo seis de las 18 Constituciones democráticas del hemisferio son laicas por completo, pero todas consagran el derecho de sus habitantes a la libertad de creencias religiosas". Valadés, Diego, "Eutanasia. Régimen jurídico de la autonomía vital", en Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 145.

³ Consultar Patiño Reyes, Alberto, *Libertad religiosa y principio de cooperación en Hispanoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, capítulo tercero "El proceso de separación entre la Iglesia católica y el Estado mexicano".

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 5

tiones culturales.⁴ Así, a pesar de la división formal, el derecho y las decisiones públicas de los Estados secularizados incorporaron muchos de los principios católicos en la forma de identificar y regular las relaciones genéricas. De esta manera el derecho, tanto en Estados seculares como confesionales, conservó dentro de sus principios las formas de identificación católicas de la organización social y las relaciones genéricas. Instituciones como el matrimonio, los roles genéricos dentro de la familia y en la organización laboral, etcétera, se guiaron por los principios católicos. Temas como el divorcio, la diversidad sexual y el aborto fueron sancionados y prohibidos tanto por Estados seculares y confesionales, incorporándose al derecho positivo en la materia.⁵

Los primeros ejemplos en la región de un cambio de perspectiva se dan con la llegada de gobiernos revolucionarios de convicción socialista, como el cubano, en donde la influencia de la Iglesia católica en la configuración de las normas estatales cede frente a los principios soviéticos de sustitución de la familia como núcleo de la sociedad. Así, Cuba será el primer ejemplo regional de regulación estatal que se aleja de los principios católicos en la elaboración del derecho para incluir nuevos roles genéricos.⁶

Dentro del mundo liberal, el crecimiento del movimiento feminista en los países occidentales de los años sesenta y setenta permite que el derecho se vea impactado por nuevas convicciones genéricas en los países de la región latinoamericana en donde existen gobiernos con un cierto nivel de apertura social y secularización del Estado, mientras que topan con pared en aquellos lugares en donde el Estado se reconoce abiertamente confesional. Temas como la anticoncepción y el divorcio comienzan a tener aceptación en estos lugares, reconfigurando el rol genérico de la mujer, la familia y el Estado. El impacto de estos movimientos no es solamente

⁴ Ruiz Miguel, Alfonso, *Laicidad y Constitución*, México, UNAM-IIIDC, Colección de Cuadernos Jorge Carpizo para Entender y Pensar la Laicidad, núm. 8, 2013.

⁵ *Ibidem*, p. 6.

⁶ Soñora Soto, Ivette, "Feminismo y género: el debate historiográfico en Cuba", *Anuario de Hojas de Wami*, núm. 16, 2011.

6 / Alberto Abad Suárez Ávila

en el nivel social y familiar, sino que abarca diversos ámbitos, como el político, y fundamentalmente el económico. La mujer deja de tener como ámbito más relevante de producción el trabajo en el hogar para expandirlo hacia su plena incorporación al esquema de producción industrial.⁷

La caída de los regímenes dictatoriales en Centro y Sudamérica, así como el inicio de la tendencia regional hacia la apertura democrática liberal, permite el surgimiento de un movimiento en favor de los derechos fundamentales de las mujeres, que, por supuesto, toma como una de sus banderas más relevantes la garantía de la autonomía reproductiva de los individuos, como forma de cambiar su rol genérico familiar. La autonomía reproductiva del individuo y la plena disposición sobre su cuerpo es uno de los temas que mayor confrontación causa con los principios e idearios de la religión católica.⁸ Mientras que las tendencias de pensamiento liberal centran en el individuo la base de la organización social, el ideario católico considera a la familia como la base de la sociedad, y por lo tanto ambas tienen expectativas diferentes respecto del comportamiento genérico de hombres y mujeres.

El crecimiento de la democracia liberal en la región se caracteriza por la disminución del Estado como voz única de las cuestiones públicas y de la aparición de un espacio público de discusión que posibilita la existencia y participación a organizaciones progresistas del movimiento feminista, pero también la participación abierta y visible de actores sociales como la Iglesia católica, lo cual es especialmente evidente en Estados seculares, en donde formalmente no tenían cabida en las cuestiones públicas. Por esta situación, lugares en donde formalmente la separación Iglesia-Estado había llevado a la desaparición de la Iglesia católica de las discusiones públicas abiertas, viven hoy el regreso de ésta al espacio público.

⁷ García, Carmen Teresa y Valdivieso, Magdalena, "Una aproximación al movimiento de mujeres en América Latina", OSAL, Buenos Aires, año VI, núm. 18, 2006.

⁸ Ávila García, Virginia, "Escuelas formadoras de mujeres subordinadas e invisibles", *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, vol. 2, núm. 2, julio-diciembre de 2006, pp. 167-188.

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 7

El ejemplo más vivo de dicha situación en la región es México, en donde la democracia liberal trajo como una de sus características la reaparición de la Iglesia católica en la vida pública.

Lejos de entenderse que la jurisdicción constitucional de derechos reproductivos de las mujeres en América Latina sea un tema progresista *per se*, debe pensarse más bien como la aparición de un nuevo espacio público de discusión de temas, en donde tanto el movimiento feminista como la Iglesia católica buscan el avance de sus agendas propias, desde su entendimiento de las conformaciones del Estado y la sociedad. Lo que sí puede afirmarse es que los temas de laicidad y secularización del Estado guardan una estrecha relación con el contexto latinoamericano contemporáneo de democratización y de derechos humanos, recreando el espacio público para la definición de ambos.

2. Los derechos reproductivos de las mujeres en América Latina y la jurisdicción constitucional

El sistema internacional de los derechos humanos reconoce como una de las necesidades más apremiantes respecto de los derechos fundamentales de las mujeres en América Latina el respeto a sus derechos reproductivos.⁹ La falta de garantía de ellos genera que en la región diariamente mueran, sufran daños en su salud física o mental y en su dignidad miles de ellas. Desde hace varias décadas la conciencia respecto de esta problemática se ha incrementado, lo que origina la búsqueda constante y compartida de dar respuestas y soluciones a tan lacerantes situaciones, que frecuentemente son provocadas no sólo por causas naturales, carencias económicas o condiciones ambientales, sino por distintas expectativas, intereses y convenciones sociales, que impiden su ejercicio efectivo.

⁹ De acuerdo con el Grupo de Información en Reproducción Elegida, se definen de la siguiente forma: "Los derechos reproductivos se desprenden de los derechos humanos más básicos y abarcan principalmente el derecho a la autodeterminación reproductiva y el derecho a la atención de la salud reproductiva". De conformidad con el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, párrafo en su numeral 7.3, "Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a [decidir] libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia...", en www.gire.org.mx.

10 / Alberto Abad Suárez Ávila

Como ya se advirtió, tanto en el nivel regional como en el nacional, el contexto democratizador que vive la región desde los años noventa ha permitido el crecimiento de la importancia del tema en los debates públicos. Diversas características del contexto contemporáneo se combinan para que la jurisdicción constitucional tenga una participación relevante en la interpretación de temas relacionados con los derechos reproductivos de las mujeres. Dentro de ellas se destacan tres: *a)* el derecho internacional como fuente de la jurisdicción ha ganado aceptación en el nivel nacional, por lo que los documentos internacionales de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, así como de política pública, influyen en la forma en la que los jueces deciden los casos que enfrentan; *b)* la sociedad civil organizada en defensa de los derechos de las mujeres ha encontrado diferentes formas de participar en la judicialización de los derechos reproductivos de las mujeres, directa o reactivamente, y *c)* la jurisdicción constitucional nacional ha ganado autonomía institucional frente a los demás órganos de gobierno, por lo que sus decisiones influyen directamente en la definición de los derechos fundamentales. Con la finalidad de exponer claramente el contexto al que se hace referencia en sus tres características, a continuación se desarrollan los contenidos de los mismos.

Una característica contemporánea en la región latinoamericana es la adopción dentro del bloque de constitucionalidad; es decir, de lo que se considera constitucional, del derecho internacional de los derechos humanos. Esto corresponde a un conjunto de instrumentos legales elaborados en el seno de los organismos internacionales que los diversos países han suscrito y adoptado como propios. Mediante diversas regulaciones en sus Constituciones, muchos de los países de la región han establecido disposiciones por las cuales adoptan la legislación internacional de los derechos humanos.¹⁰ De

¹⁰ Por ejemplo, el artículo 93 de la Constitución colombiana señala: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por

esta forma, el desarrollo que el tema de los derechos fundamentales ha tenido en el contexto internacional consigue impactar en el nivel nacional, generando un contexto de aceptación en el nivel nacional de los diversos documentos que son incorporados a la discusión constitucional sin ser considerados extravagancias del cosmopolitismo constitucional, sino vistos como esfuerzos de cooperación internacional en la construcción de respuestas y proyectos para los importantes pendientes en la materia que tiene la región.

Así entonces, la protección de los derechos fundamentales en gran parte de la región se nutre de la legislación internacional en materia de los derechos fundamentales. Ahora bien, tan importante como la aceptación de los instrumentos de derecho internacional lo es la interpretación que de los mismos se realiza y la elección de utilizarlos o no que hacen los jueces. Es posible hablar de una utilización selectiva, más que obligatoria, de los instrumentos internacionales en gran parte de la región. Como se observará más adelante, esta situación ha provocado en el pasado reciente, que muchas decisiones de los órganos con jurisdicción constitucional latinoamericanos interpreten la protección en el nivel internacional de derechos, como el derecho a la vida, pero tengan mayor dificultad en interpretar otro tipo de derechos.

Existe una importante diversidad de instrumentos internacionales y regionales de defensa de los derechos fundamentales de las mujeres, y en específico de los derechos reproductivos. Respecto de la protección de los derechos fundamentales de las mujeres específicamente, resultan relevantes el Pacto Internacional de Derechos Civiles; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos,

Colombia". O el párrafo tercero del artículo 10. de la Constitución mexicana, que dice: "Artículo 10. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece".

12 / Alberto Abad Suárez Ávila

así como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida también como Convención de Belém do Pará.¹¹

A nivel de política pública, varios eventos realizados a mediados de la década de los noventa a nivel global representan importantes guías de acción para la región. Los esfuerzos globales por construir instrumentos útiles de derecho y de política pública que permitan mejorar las condiciones de salud reproductiva y el ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres en esta materia posicionan a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en junio de 1993; a la Conferencia Mundial sobre la Población y el Desarrollo de 1994 en El Cairo, Egipto, y a la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing, China, en 1995, como eventos indispensables en la discusión de los derechos reproductivos de las mujeres que impactan en la región latinoamericana a la fecha.¹²

¹¹ Cabal, Luisa *et al.*, *Cuerpo y derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*, Temis, 2001.

¹² Al respecto resulta sumamente interesante la siguiente referencia: "En 1968 en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán (Conferencia de Teherán), se reconoció la importancia de los derechos humanos de las mujeres y se acordó tomar medidas para promover los derechos de las mujeres. En esta conferencia también se reconoce por primera vez el derecho humano fundamental de los padres 'a determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos'. Cuatro años después de la Conferencia de Teherán, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció el año 1975 como el Año Internacional de la Mujer. La Asamblea también convocó una conferencia mundial en la ciudad de México dedicada a mejorar la condición de la mujer y estableció la década de 1976-1985 como Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas. Otras dos conferencias mundiales fueron convocadas durante el Decenio de la Mujer: la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas para la Mujer en Copenhague en 1980 y la Conferencia para comprobar y evaluar los resultados del Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas: Igualdad, Desarrollo y Paz, en Nairobi en 1985. Mas recientemente, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos organizada en Viena en junio de 1993, marcó un hito fundamental al declarar que los derechos humanos de la mujer son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos y, por tanto, su participación en condiciones de igualdad en las sociedades y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo y todas las formas de violencia contra la mujer deben ser promocionadas. En 1994 se realizó la Conferencia Mundial sobre

La promoción de los derechos fundamentales tiene como motor principal la participación activa de la sociedad de forma organizada. En particular, esto es necesario en los procedimientos de toma de decisión ante los sujetos públicos. Con relación al trabajo ante los tribunales, aun cuando en muchos de sus procedimientos la legitimación activa está limitada para los sujetos públicos únicamente, las discusiones en el nivel constitucional dependen de la información que la sociedad civil organizada puede presentar a los jueces constitucionales y la presión que la opinión pública ejerce para generar la legitimidad de los argumentos a favor de los

Población y Desarrollo en El Cairo ('Conferencia de El Cairo'). El Programa de Acción de esta conferencia internacional (Programa de Acción de El Cairo) es el documento que puso más énfasis en los derechos humanos de la mujer que ningún otro documento anterior sobre los temas de población y desarrollo. El Programa de Acción de El Cairo reconoce que los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamental de todas las personas 'a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo...'. El Programa de Acción establece además que '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, cuando y con qué frecuencia'. Hombres, mujeres y adolescentes tienen el derecho de 'obtener información y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables' de su elección para la regulación de la fecundidad, así como 'el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos'. En este mismo contexto, el Programa establece la prioridad que los Estados deben dar a la protección de derechos que están estrechamente ligados al efectivo ejercicio de los derechos reproductivos, como el derecho a la integridad, a estar libre de violencia, a la educación, a la igualdad y a la no discriminación. La Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer convocada en Beijing (Conferencia de Beijing) en 1995 tuvo por resultado la aprobación de la Declaración de Beijing y de la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Plataforma de Beijing), que confirman los derechos reproductivos establecidos en el Programa de Acción de El Cairo. Estos documentos son básicos para reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad. De manera específica, los documentos de Beijing resaltan la importancia de asegurar la protección de los derechos de la mujer estrechamente ligados a los derechos reproductivos, incluidos los derechos sexuales, el derecho a la salud, especialmente en la esfera de la salud sexual y reproductiva, el derecho a la integridad, a estar libre de violencia, a la igualdad y la no discriminación, al matrimonio, a la educación y a estar libre de explotación sexual". *Ibidem*, pp. 18-21.

14 / Alberto Abad Suárez Ávila

derechos fundamentales.¹³ En esta dinámica participan una diversidad de actores sociales que defienden intereses diversos, a veces cercanos a la protección de los derechos fundamentales de las mujeres, pero también otros grupos interesados de la ampliación en la cobertura y garantía del derecho a la vida, lo que en muchas ocasiones ha enfrentado a la sociedad civil cuando estos derechos colisionan entre sí.

Diversas publicaciones dan cuenta de la interdependencia entre la existencia de una jurisdicción constitucional activa en los derechos fundamentales y el crecimiento de una sociedad civil organizada con capacidad de litigio constitucional y con recursos humanos y financieros para hacer frente a este tipo de procedimientos.¹⁴ Al ser la sociedad civil la más interesada en la protección de los derechos fundamentales, su participación dentro de los procesos jurisdiccionales se hace relevante, ya que la presencia de ciertos temas depende prácticamente de la posibilidad que tiene la sociedad civil organizada de judicializar sus fines.

La construcción de un discurso feminista y de equidad de género en diversos lugares de la región desde hace varias décadas, así como diversos logros en cuestiones legislativas que se han obtenido en la región, han hecho del tema de los derechos de las mujeres una constante en la discusión de los temas de política pública, que involucran derechos de las mujeres. En particular, los relacionados con cuestiones reproductivas son temas que permanecen en la agenda pública de diversos países del continente y sobre los cuales la sociedad civil organizada participa constantemente. Al expandirse el espacio de discusión de la agenda pública hacia las jurisdicciones constitucionales, es posible observar cómo estos temas han sido exitosos en participar también de ese espacio de discusión.

¹³ Epp, Charles R., *The Rights Revolution*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.

¹⁴ Mc Mann, Michael, *Law and Social Movements: International Library of Law and Society*, vol 15, Dartmouth/Ashgate series, 2006; también Rodríguez Garavito, César et al, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.

Una característica importante de la jurisdicción constitucional que posibilita la intervención activa de los grupos de la sociedad civil organizada en las discusiones de los derechos fundamentales es la necesidad de los tribunales por crear decisiones legítimas. Para ello precisan que el espacio de discusión de los grandes temas de derechos de la mujer sea un espacio de participación y deliberación en donde se dé acceso a diversas voces con información relevante y representativas de la sociedad. Por lo tanto, los procesos jurisdiccionales tienen una tendencia a ampliar el espacio de discusión para incluir a la sociedad civil organizada, y con ello legitimar sus decisiones, lo cual, ciertamente, no significa que en automático decidan a favor de los argumentos de éstas, pero sí que al incluirlas amplíen las voces participantes de los procesos, y con ello legitiman su participación.

La región latinoamericana participa activamente desde hace veinte años de lo que se llama la expansión global de la judicialización de la política, una característica del movimiento democratizador en el mundo. En términos prácticos, la judicialización de la política describe la tendencia a que los países del mundo integren en sus diseños institucionales una amplia jurisdicción constitucional, a través de la creación de tribunales constitucionales, salas constitucionales en sus cortes supremas o nuevas facultades para sus cortes supremas, con la finalidad de que los grandes temas constitucionales de la nación se discutan ante estos organismos, que quedan designados como los máximos intérpretes de las Constituciones nacionales y lo que se ha llamado en algunas regiones el bloque de constitucionalidad. Este incremento de actividad en los años recientes ha permitido una importante diversificación de los casos que son resueltos en estas instancias.¹⁵

¹⁵ Respecto a la expansión global del Poder Judicial, se puede consultar una amplia literatura, que incluye entre otros títulos los siguientes: Tate, Neal y Torbjon Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York, New York University Press, 1995; Ginsburg, Tom, *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; Shapiro, Martin, *Courts, a Comparative and Political Analysis*, Chicago, The University of Chicago Press, 1981.

16 / Alberto Abad Suárez Ávila

Muchos de estos rediseños institucionales nacionales se han acompañado a su vez de la redacción de nuevas Constituciones o de la ampliación de éstas en su parte sustantiva. El rediseño ha seguido una tendencia general de incluir una mayor y más específica diversidad de derechos fundamentales, los cuales, al ser presentados en forma abstracta y amplia, quedan listos para ser interpretados por los órganos con jurisdicción constitucional. La idea de otorgar a los tribunales la interpretación de los derechos fundamentales nace de una visión de la democracia representativa, que parte de dos principios. El primero es que los tribunales constitucionales funcionan como contrapeso de los excesos que pueden cometer las mayorías, en la aprobación de leyes, en contra de los derechos de los grupos minoritarios o subrepresentados; el segundo es que los tribunales constitucionales se encuentran a cargo de la protección del principio de supremacía constitucional; es decir, de vigilar que ninguna ley, autoridad ni persona se encuentre por encima de la Constitución, como forma de garantizar la convivencia pacífica dentro del gran acuerdo nacional de los países.¹⁶

En este sentido, la reforma constitucional en América Latina de las últimas décadas para promover un mayor (y mejor) constitucionalismo ha sido aspiracional, buscando que la intervención de los jueces constitucionales permita mejores condiciones en la vida de nuestras sociedades, con la finalidad de reducir importantes problemas, como la pobreza, la discriminación y la des-

En el ámbito latinoamericano puede revisarse Navia, Patricio y Ríos Figueroa, Julio, "The Constitutional Adjudication Mosaic in Latin America", *Comparative Political Studies*, vol. 38, núm. 2, March 2005, pp. 189-217.

¹⁶ Esta visión de la democracia representativa se encuentra presente en el mismo origen de la revisión judicial en autores clásicos como Alexander Hamilton en *El Federalista*, e incluso las opiniones del juez Marshall en la misma sentencia del caso *Marbury v. Madison* (5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Posteriormente, un sentido similar lo hallamos en Kelsen, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", *Revue du Droit Public*, vol. 45, núm. 197, 1928 (existe traducción al español Kelsen, Hans, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán). Una crítica al modelo democrático se encuentra en Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.

igualdad, que aquejan a la región, así como incorporar visiones alternativas a las posiciones hegemónicas que han dominado el ejercicio autoritario del poder en el continente, a través de paradigmas democráticos.¹⁷

No sobra advertir que frente a esta noción general de impulso de la jurisdicción constitucional latinoamericana, diversos sectores de la academia y de la sociedad en general son escépticos de la posibilidad de que los mismos jueces constitucionales participen de las posiciones hegemónicas del ejercicio autoritario del poder, frente al temor de que con su actividad frenen el avance que puede obtenerse con tomas de decisiones más justas por los poderes Legislativo y Ejecutivo, en los niveles locales y nacionales. Se ha denunciado la opción que tienen los jueces de actuar en contra de las tomas de decisión progresistas, bloqueando y suspendiendo los efectos de decisiones que podrían traer a las naciones latinoamericanas, herramientas para construir una vida más justa.¹⁸

Sin hacer un juicio previo respecto al éxito o fracaso que ha tenido la jurisdicción constitucional en América Latina para cumplir con sus aspiraciones, y para lo cual existe una interesante literatura en desarrollo, es posible afirmar que hasta el momento ha resultado exitosa la permanencia de la jurisdicción constitucional dentro del diseño institucional nacional en la región. En general, los nuevos organismos creados en el contexto de la expansión global permanecen ejerciendo sus facultades a lo largo del continente, y, también en general, aunque con diversas excepciones, han ganado autonomía dentro de los contextos políticos en los que participan, por lo que han ido consiguiendo que poco a poco una mayor di-

¹⁷ Es en ese sentido en que se expresa la reforma en Latinoamérica. Se puede consultar Pásara, Luis (ed.), *En busca de una justicia distinta. La reforma judicial en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

¹⁸ En particular, autores como Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Nueva York, Princeton University Press, 1999, y Hirsch, Jan, *Towards Juristocracy: the Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, se expresan abiertamente en contra de la labor de los tribunales constitucionales por su carácter elitista.

18 / Alberto Abad Suárez Ávila

versidad de casos y de derechos constitucionales se discutan en sus salas.¹⁹

Los casos más exitosos de la ganancia de una autonomía temprana por los tribunales constitucionales en la región corresponden al Tribunal Constitucional colombiano y a la Sala Constitucional costarricense. Ambos organismos jurisdiccionales consiguieron, gracias al acuerdo nacional de donde se originaron, una fuerte y relevante participación desde su creación. Otros órganos constitucionales, como la Suprema Corte mexicana, el Tribunal Federal brasileño y el Tribunal Constitucional chileno, han seguido un desarrollo más lento con una tendencia incremental apenas perceptible en la generación de autonomía institucional dentro del sistema político, y viviendo en una lucha intensa, interna y externa, por distanciarse de las figuras presidenciales que históricamente han ejercido el poder de forma autoritaria en nuestras realidades. Y finalmente otro importante grupo de órganos constitucionales ha tenido una vida más irregular con momentos de una tendencia incremental en la generación de autonomía institucional en el sistema político, pero con otros momentos de una violenta reacción por parte de los poderes Ejecutivo o Legislativo nacionales, que los han sometido a la construcción de proyectos gubernamentales más centralizados y con menor apertura a la participación de la jurisdicción constitucional, como lo ha sido el Tribunal peruano en la época de Fujimori y la Corte Suprema argentina en la época de Carlos Menem, y más recientemente el Tribunal Constitucional boliviano bajo el gobierno de Evo Morales y el Tribunal venezolano en el mandato de Hugo Chávez.

Pese a lo anterior, y aun cuando la autonomía institucional se presenta como una cualidad en construcción en la realidad latinoamericana, es posible afirmar que hasta el momento en diferentes

¹⁹ Al respecto se pueden consultar diversas obras, como Gloppen, Siri *et al.*, *Courts and power in Latin America and Africa*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2010; también Gargarella, Roberto *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006.

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 19

lugares de la región los órganos jurisdiccionales constitucionales se encuentren tomando decisiones relevantes respecto de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales.²⁰

²⁰ De reciente aparición contiene un importante análisis de la jurisdicción constitucional en América Latina. Ríos, Julio y Helmke, Gretchen, *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011.

3. La metodología de la investigación

El camino seguido para realizar la investigación fue la revisión de medio centenar de sentencias elaboradas en el periodo de 1990 a 2010 sostenidas por dieciocho diferentes órganos con jurisdicción constitucional de la región. El órgano jurisdiccional regional en la materia de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no resolvió en ese periodo ningún caso que involucrara derechos reproductivos de la mujer, sino hasta fechas más recientes, por lo que su estudio abarca dos casos de 2012 y 2013, que involucran resoluciones al respecto. También se excluyó el análisis del trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, porque se privilegió la idea de conservar una perspectiva jurisdiccional de la materia, y dado el carácter de organismo de composición de la Comisión, su inclusión hubiera generado una distorsión de la perspectiva jurisdiccional constitucional. Pese a lo anterior, es importante reconocer y mencionar que en el nivel regional, el trabajo que realiza la Comisión en la materia es mucho más extenso que lo realizado por la Corte Interamericana.

El criterio seguido para escoger a las dieciocho jurisdicciones regionales que se estudiaron fue incluir solamente a los órganos jurisdiccionales constitucionales que en el nivel nacional actúan como intérprete final de la constitucionalidad. Este criterio dejó fuera el trabajo de las cortes supremas en los países que cuentan con un órgano judicial supremo, por una parte, y por otra, una corte constitucional encargada de la interpretación final constitucional, como en el caso de países como Perú, Chile y Colombia, por dar unos ejemplos, los cuales también han resuelto importantes

22 / Alberto Abad Suárez Ávila

casos.²¹ Asimismo, se excluyó toda la jurisprudencia que se ha elaborado en el nivel local o provincial, que en países como Argentina o Brasil han tenido importantes elaboraciones. La razón de hacer esta exclusión responde a mantener un nivel comparativo apropiado entre los diversos órganos con jurisdicción constitucional que permita observar su desempeño en el nivel interpretativo de los derechos reproductivos de las mujeres.

En la tabla 1 se observan los países de la región latinoamericana y sus correspondientes órganos constitucionales que se incluyeron en la muestra.

TABLA 1
Órganos con jurisdicción constitucional
final que se incluyen en el estudio

<i>País</i>	<i>Órgano jurisdiccional</i>
Argentina	Corte Suprema de Justicia de la Nación
Bolivia	Tribunal Constitucional
Brasil	Supremo Tribunal Federal
Chile	Tribunal Constitucional
Colombia	Corte Constitucional
Costa Rica	Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
Ecuador	Corte Constitucional
El Salvador	Sala de lo Constitucional Corte Suprema de Justicia
Guatemala	Corte de Constitucionalidad
Honduras	Corte Suprema de Justicia
México	Suprema Corte de Justicia de la Nación

²¹ Diversas jurisdicciones nacionales tienen un sistema de interpretación constitucional difuso al estilo norteamericano, por lo que en ellas, a diferencia del sistema europeo, más de un órgano realiza la interpretación constitucional. Sin embargo, en todas aquellas en donde existe un sistema de interpretación constitucional difuso se ha nombrado a un solo tribunal como el intérprete máximo de última instancia de la Constitución.

<i>País</i>	<i>Órgano jurisdiccional</i>
Nicaragua	Corte Suprema de Justicia
Panamá	Corte Suprema de Justicia
Paraguay	Sala Constitucional Corte Suprema de Justicia
Perú	Tribunal Constitucional
República Dominicana	Tribunal Constitucional
Uruguay	Suprema Corte de Justicia
Venezuela	Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

La selección de los temas también requirió de una delimitación del concepto “derechos reproductivos de las mujeres”, de forma que se consiguiera delimitar el tema a través de un universo concreto de casos resueltos por los órganos de interpretación constitucional. Mediante la consulta bibliográfica, así como a través de entrevistas con diferentes actores académicos y sociales, se determinaron las materias que involucran derechos reproductivos de las mujeres que más interés han tenido en el trabajo de interpretación constitucional en América Latina. Los temas escogidos fueron en principio cuatro: aborto, anticoncepción de emergencia, reproducción asistida y esterilización forzada. Sin embargo, este último fue eliminado de la redacción final porque no se encontraron discusiones constitucionales relevantes al respecto, sino casos resueltos en el nivel legal, en donde se ha condenado la práctica de la esterilización forzada que como política pública se dio en la región en décadas pasadas.²²

Dado que los temas presentan diversas cualidades y son abordados a profundidad en el estudio, por el momento sólo se enumeran; sin embargo, cabe adelantar que todos ellos están relacio-

²² El caso más relevante es el de las esterilizaciones forzadas realizadas en el Perú en la década de los noventa, que resultó en el seguimiento de una causa penal en contra del presidente Alberto Fujimori, resuelto en última instancia por la Corte Suprema peruana, y en donde el Tribunal Constitucional no tuvo ninguna intervención.

24 / Alberto Abad Suárez Ávila

nados con diferentes derechos reproductivos de la mujer, como la autonomía y la salud reproductiva. Estos cuatro temas, sin pretender agotar con ellos el concepto “derechos reproductivos de las mujeres”, dan la posibilidad de que el estudio sea efectivamente representativo de lo que puede entenderse contenido en el universo que se busca definir.

Por lo que hace a la forma de acceder la información, se siguieron diferentes métodos para obtener los textos de las sentencias. Para los casos de Brasil, Costa Rica y México, el autor realizó visitas específicas a los tribunales correspondientes. Para obtener la información de los otros quince órganos, la investigación se realizó por vía documental, encontrando los casos de referencia en diversas publicaciones especializadas en la materia o directamente por la investigación vía electrónica o la solicitud de información a los diferentes centros. De todos los países estudiados, el único tribunal que negó el acceso a la información, y siquiera la existencia de la misma, fue la Sala Constitucional de la Suprema Corte hondureña, la cual contestó a la solicitud de información que en el país “no se tiene registro de ningún caso que involucre cualquiera de estos temas”.

Es importante señalar que como límite material del trabajo, éste no agota de forma cuantitativa y exhaustiva los casos constitucionales en donde se han discutido los derechos fundamentales de la región. Esta investigación debe entenderse como una elaboración argumentativa que busca encontrar rasgos y elementos relevantes que en conjunto describan la trayectoria reciente de la región en el tema que se estudia. Sin embargo, a pesar de los límites indicados, cabe mencionar que hasta la fecha es el trabajo que incluye mayor número de casos y de tribunales de la región en el nivel constitucional, por lo que las conclusiones obtenidas ayudan a entender mejor la dinámica de la jurisdicción constitucional en esta parte del mundo.

4. El aborto en la jurisprudencia constitucional latinoamericana

La jurisprudencia constitucional latinoamericana se ha expresado en diferentes ocasiones respecto del tema del aborto. El tema de la interrupción del embarazo se ha convertido en uno de los asuntos más controversiales y relevantes que resuelven los órganos con jurisdicción constitucional latinoamericanos. Los casos de aborto que resolvieron estuvieron determinados por el tipo de normas que se controvieren, casi en su totalidad relativas a la regulación que la legislación penal hace en la materia.

América Latina es una de las regiones del mundo con uno de los tratamientos más estrictos en materia de penalización del aborto. A la fecha de la elaboración de esta investigación, Chile, El Salvador, Nicaragua, Honduras y República Dominicana contemplan como delito al aborto en todas sus formas, sin ningún tipo de excluyente de responsabilidad penal. Ésta es una tendencia que ha ido incrementándose recientemente, con la aprobación desde fines de los años noventa en muchas de las Constituciones de la región, de normas constitucionales que protegen la vida desde la concepción. En el lado contrario, pujando por una legislación menos restrictiva en materia de aborto, se tienen los casos de la despenalización del aborto durante las primeras doce semanas de embarazo realizados por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en México, y la aprobación de la despenalización del aborto realizada por el congreso uruguayo en 2008, que finalmente no llegaría a promulgarse debido a que el presidente Tabaré Vázquez la vetó ejerciendo sus facultades presidenciales para ello.

26 / Alberto Abad Suárez Ávila

La legislación penal en el resto de América Latina, con excepción de los cinco países mencionados, establece diferentes penalidades para el aborto, y al mismo tiempo incluye supuestos excluyentes de responsabilidad. En la tabla 2 se describe la situación actual de la regulación del aborto en los códigos penales de los países estudiados.

TABLA 2
Excluyentes de responsabilidad penal y reducción
de pena en el aborto conforme a los códigos penales
en América Latina

País	<i>Peligro vida mujer</i>	<i>Salud mujer</i>	<i>Mal formación</i>	<i>Abuso sexual</i>	<i>Voluntario</i>	<i>Honor</i>
Argentina	E (86.1 CP)	E (86.1 CP)	--	Eç (86.2 CP)	--	--
Bolivia	E (266 P.2 CP)	E (266 P.2 CP)	--	E (266 CP)	--	R (265 CP)
Brasil	E (128.I CPB)	--	--	E (128.II CPB)	--	--
Chile	--	--	--	--	--	--
Colombia	E◊ (C-355/06)	E◊ (C-355/06)	E◊ (C-355/06)	E◊ (C-355/06)	--	--
Costa Rica	E (121 CP)	E (121 CP)	--	E (93.5 CP)	--	R (93.4 CP)
Ecuador	E (447.1 CP)	E (447.1 CP)	--	Eç (447.2 CP)	--	--
El Salvador	--	--	--	--	--	--
Guatemala	E (147 CP)	--	--	--	--	--
Honduras	E\$	--	--	--	--	--
México	E (334 CPF)	E* (148 f.II CPDF)	E* (148 f.III CPDF)	E (333 CPF)	D* (144 CPDF)	R (332 CPF)
Nicaragua	--	--	--	--	--	--

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 27

País	<i>Peligro vida mujer</i>	<i>Salud mujer</i>	<i>Mal formación</i>	<i>Abuso sexual</i>	<i>Voluntario</i>	<i>Honor</i>
Panamá	E (142.2 CP)	--	--	E (142.1 CP)	--	--
Paraguay	E (352 CP)	--	--	--	--	R (349, 353 CP)
Perú	E (119 CP)	E (119 CP)	R (120.2 CP)	R (120.1 CP)	--	--
República Dominicana	--	--	--	--	--	--
Uruguay	R (328.3 CP)	R (328.3 CP)	--	R (328.2 CP)	RB (328.5 CP)	R (328.1 CP)
Venezuela	E (435 CP)	--	--	--	--	R (436 CP)
TOTAL	13	8	3	10	2	6

E. Excluyente de responsabilidad penal; R. Reducción de la pena; D. Despenalizado; Ç Para el caso de "violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente"; *Legislación penal aplicable sólo en el Distrito Federal; ØSupuestos establecidos por la Corte Constitucional de Colombia mediante la resolución del caso C-355/06 no por el Congreso General; § El Código de Ética Médica lo permite pero el Código Penal no considera ninguna despenalización; ß Por razones socioeconómicas dentro de los primeros tres meses. Legislación vigente al 10. de julio de 2011.

En los trece países en donde se contempla alguna de las causales de extinción de responsabilidad penal, se admite el aborto cuando la vida de la madre se encuentra en peligro. En diez de los países se considera como excluyente de responsabilidad el aborto practicado a una mujer que fue víctima de abuso sexual. En ocho de los países, también se tiene como excluyente de responsabilidad cuando está en riesgo la salud de la mujer. Respecto de la inviabilidad del producto o las malformaciones congénitas como excluyentes de responsabilidad, solamente se encuentran consideradas en el Código Penal del Distrito Federal, vigente en el Distrito Federal de México únicamente, y en Colombia, al tiempo que en Perú el aborto practicado por este motivo no excluye de responsabilidad,

28 / Alberto Abad Suárez Ávila

pero atenúa la pena. El llamado aborto voluntario se encuentra despenalizado por el Código Penal del Distrito Federal, para las primeras doce semanas de embarazo. La legislación penal uruguaya incorpora un interesante supuesto mediante el cual permite la excluyente de responsabilidad del aborto dentro de las primeras doce semanas por razones socioeconómicas.²³ Finalmente, seis códigos penales establecen la posibilidad de reducir la pena del llamado aborto por honor, cuando se practica en función de salvar el buen nombre de la familia o el honor de la mujer.

Aun cuando probablemente el aborto sea el tema paradigmático de los derechos reproductivos de las mujeres, no todos los órganos con jurisdicción constitucional estudiados en el periodo de 1990 a 2010 se han expresado sobre el tema del aborto. Diversas son las razones de estas cuestiones, como lo puede ser la competencia originaria limitada que tenga el órgano jurisdiccional, que los casos se resuelvan en instancias inferiores, la limitada legitimación activa para promover causas ante los tribunales que existe en varios países latinoamericanos, o cualquier otra. La investigación no encontró evidencia de que a la fecha los órganos jurisdiccionales constitucionales estudiados de Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay se hubieran manifestado en algún proceso de su jurisdicción sobre la constitucionalidad de la legislación penal en materia de aborto.

Diversas causas pueden encontrarse para esta situación. Por ejemplo, en Chile y en Perú han sido más bien las cortes supremas, que revisan la casación, las que han lidiado con el asunto, sin que las cuestiones de constitucionalidad pudieran llegar a ser revisadas por los tribunales constitucionales de esos dos países. Por lo que hace a la República Dominicana, la novedad de su formación, en 2009, es una de las razones para que no se hayan encontrado aún casos resueltos. Por lo que hace a la Corte Constitucional ecua-

²³ Otros países del continente americano también han despenalizado el aborto, como es el caso de Canadá, Estados Unidos, Puerto Rico, Cuba y Guyana.

toriana, el periodo de transición que se ha abierto desde 2008 ha generado que la información que se encuentra disponible para el público se limite a los casos presentados de 2008 a la fecha, por lo cual no se descarta que exista algún caso anterior al cual no se pueda tener acceso, aun cuando ninguna referencia bibliográfica hace mención a trabajo en la materia.

Dos casos especiales son el Supremo Tribunal Federal brasileño y la Corte Suprema nicaragüense, los cuales, si bien no se han expresado sobre el tema del aborto, sí tienen pendientes por resolver casos que resuelven sobre la constitucionalidad de la legislación al respecto, lo que deben hacer muy próximamente. El tribunal brasileño tiene agendado para resolver muy pronto un caso sobre la exclusión de responsabilidad en el delito de aborto por malformaciones del producto, caso que se encuentra en trámite desde 2004. Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema nicaragüense debe resolver con prontitud una acción de inconstitucionalidad interpuesta con motivo de la nueva legislación de 2008, que penalizó todas las formas de aborto sin ninguna excluyente de responsabilidad, y sobre la cual hasta el momento no se cuenta con la fecha en que será resuelta.

En este panorama de los órganos con jurisdicción constitucionales silentes en materia de aborto, recibe una mención especial la Suprema Corte de Justicia uruguaya, que si bien no se ha expresado en la materia, su recién nombrada presidenta se pronuncia públicamente a favor de que el caso llegue a la Corte uruguaya, para que la misma se exprese al respecto.

A. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Suprema Corte de Justicia mexicana fue uno de los tribunales constitucionales latinoamericanos más activos en cuanto a decidir casos que involucraran la resolución sobre la constitucionalidad de la legislación penal en materia de aborto. Los casos que ha resuelto el tribunal mexicano se originaron de la modificación en el nivel

30 / Alberto Abad Suárez Ávila

local a la legislación penal en dos contextos. Por una parte, se encuentran las acciones de constitucionalidad presentadas en contra de los cambios a la legislación penal en el Distrito Federal tendientes a una regulación menos estricta del aborto, y por otra se encuentran procedimientos de controversia constitucional y amparo indirectos en contra de la aprobación en las Constituciones estatales de disposiciones normativas tendientes a proteger la vida desde el momento de la concepción, algunos de los cuales a la fecha no han sido resueltos, por lo que habrá de mirar con atención de qué forma la SCJN decide en estos casos de muy próxima resolución.

La discusión constitucional respecto de la legislación en materia de aborto en México se centró en los alcances y límites del derecho a la vida y la definición del momento en el cual la legislación mexicana debe comenzar a protegerlo. Poco fue el espacio hasta el momento para incluir el tema de los derechos reproductivos de las mujeres. Si bien la labor de la Suprema Corte no ha sido restrictiva de los derechos reproductivos, sino que ratificó la constitucionalidad de las legislaciones locales en el Distrito Federal tendientes a menor punibilidad del aborto, en sus argumentaciones el tema de los derechos reproductivos se encontró ausente, por lo que sería esperable que en el futuro el tema del aborto tuviera mayor relación con estos derechos en las argumentaciones del tribunal constitucional mexicano, y así la Corte mexicana comience a elaborar jurisprudencia vinculante al respecto. Con la finalidad de hacer una descripción adecuada de los casos, en seguida se hace la descripción del contenido de los más relevantes.

a. Acción de inconstitucionalidad 10/2000

En 2000, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal reformó el Código Penal para el Distrito Federal con la finalidad de adicionar como excluyente de responsabilidad penal para el delito de aborto los casos en que éste sea producido debido a “alteraciones genéticas o congénitas en el producto”, si existiera consentimiento de

la mujer embarazada para practicar el aborto y dos dictámenes médicos que confirmaran el diagnóstico. Además de lo anterior, la reforma incluyó la obligación de los médicos, de “proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable”.

Para combatir la aprobación de esta reforma, la fracción parlamentaria del Partido Acción Nacional en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal promovió una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte, solicitando que fuera declarada la invalidez de la norma, por ser contraria a la Constitución y a los tratados internacionales, fundamentando su pretensión en la protección del derecho a la vida del producto de la concepción.

En la argumentación para resolver el caso, el tribunal analizó el derecho a la vida y su protección constitucional, en particular de la vida del producto de la concepción. Consideró que el derecho a la vida se encuentra protegido por los artículos 1o., 14 y 22 en el nivel constitucional, y en un segundo plano, por los tratados internacionales. Sobre la cuestión específica de la protección a la vida del producto de la concepción, el tribunal mexicano consideró que igualmente se encuentra protegido por la Constitución, por los tratados internacionales y por las leyes federales, ya que tanto de la legislación penal como de la civil

...se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario.

Establecido por el tribunal mexicano que el derecho a la vida del producto de la concepción se encuentra protegido por la legisla-

32 / Alberto Abad Suárez Ávila

ción nacional, se preguntó entonces sobre la posibilidad de que la nueva legislación penal del Distrito Federal al excluir de responsabilidad penal el caso de malformaciones congénitas o degenerativas violara este derecho. Su respuesta fue negativa, al establecer que “...se despenaliza la conducta por una excusa absolutoria, las cuales propiamente dichas, no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunibilidad, como es el caso extremo de este supuesto”. En la visión del tribunal, la reforma no despenalizaba el aborto, sino exclusivamente incluía una excusa absolutoria de la responsabilidad en un delito, por lo cual el derecho a la vida permanecía protegido, pero se otorgaba la posibilidad de que la conducta típica no fuera sancionada, cuestión que en su opinión es válida en la legislación penal. Con esta elaboración decidió declarar la constitucionalidad de la norma controvertida.

b. Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007

Este procedimiento es por demás *sui géneris* en la historia de la jurisdicción constitucional mexicana y en los casos de jurisdicción constitucional en América Latina. Junto con la resolución del caso C-355/2006 por la Corte Constitucional de Colombia, es posible que sean los que más han llamado la atención en la discusión jurisprudencial del aborto en la región. La historia del caso es la siguiente: el 24 de abril de 2007, después de ser trabajada en comisiones y de varios días de debates en el Pleno, se aprobó en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la reforma a los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, así como la adición de los artículos 16 bis 6, tercer párrafo, y 16 bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal. La intención principal de la reforma fue despenalizar el aborto voluntario realizado dentro de las primeras doce semanas de gestación, así como establecer la obligatoriedad de las instituciones públicas

de salud en el Distrito Federal para prestar los servicios médicos y de asesoría gratuitos para llevar a cabo los procedimientos.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y la Procuraduría General de la República (PGR), respectivamente, presentaron acciones de inconstitucionalidad ante la SCJN en contra de las reformas aprobadas por la ALDF y publicadas por el Gobierno del Distrito Federal (GDF). En resumen, los argumentos más importantes presentados por la CNDH se expresaron en el sentido de que la despenalización del aborto durante las primeras doce semanas de gestación violaba el derecho a la vida desde el momento de la concepción, que en su opinión se encuentra protegido por la Constitución mexicana, como el presupuesto fundamental que da vigencia a todos los demás derechos. Además de la Constitución, la demanda consideró que en el marco de tratados internacionales signados por México, también se contempla la existencia de ese derecho, citando en específico la Convención de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. Adicionalmente, la CNDH manifestó que la reforma violaba el derecho al proceso de gestación, argumentándolo desde los contenidos de los artículos 4o. constitucional, derechos reproductivos, de igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer y paternidad, y 123 constitucional, en lo que se refiere a los derechos laborales de la mujer embarazada y del producto de la concepción. Junto con lo anterior, se manifestó por la incompetencia de la ALDF para emitir una definición de embarazo, por invadir competencia exclusiva del órgano legislativo federal. La demanda presentada por la PGR tuvo una argumentación similar. Consideró que las reformas configuraban nueve conceptos de invalidez: *a) el derecho a la vida; b) invasión de facultades; c) planificación familiar; d) certeza jurídica en materia penal; e) garantía de no discriminación e igualdad; f) objeción de conciencia; g) exactitud de la norma penal; h) igualdad y dignidad humana, e i) supremacía constitucional.* Los argumentos de la PGR para considerar como inconstitucional la reforma se basaron en la idea de que el sistema constitucional mexicano protege la vida desde el momento

34 / Alberto Abad Suárez Ávila

de la concepción. Si bien consideró que no existe una disposición constitucional que contenga este derecho, sostiene que el mismo se encuentra implícito cuando se realiza la interpretación del texto. En su visión, ese derecho ha sido reconocido por la misma SCJN con anterioridad, cuando resolvió la Acción de inconstitucionalidad 10/2000, donde se determina que los artículos 1o., 4o., 14, 22 y 123 constitucionales tutelan el derecho a la vida. Además del reconocimiento del derecho en los contenidos de la Constitución, señala que los tratados internacionales también obligan al Estado mexicano a proteger la vida desde la concepción. Manifestó también que las reformas violaban el derecho a la planificación familiar del hombre al negarle la posibilidad de participar en la decisión. También consideró que la ALDF carece de facultades para legislar en cuestiones de salubridad general. Asumió que, en resumen, las reformas resultan contrarias al orden constitucional establecido por el artículo 133 constitucional, que establece el principio de supremacía constitucional.

El 28 de agosto de 2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) mexicana resolvió el juicio relativo a la Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, declarando válida la reforma aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) al Código Penal del Distrito Federal y a la Ley de Salud del Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 26 de abril de 2007, mediante la cual se despenalizó el aborto voluntario dentro de las primeras doce semanas de embarazo en el Distrito Federal, y se instruyó a las instituciones de salud pública del Distrito Federal para prestar los servicios médicos y de consejería al respecto.

Una vez recibidos los informes respectivos de la autoridad responsable, la SCJN procedió a la elaboración de la metodología a seguir para el caso. Después de fijar la litis del juicio, determinó que en la Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 se tendría que decidir sobre dos cuestiones. En primer lugar, respecto de la inconstitucionalidad de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal; 16,

bis 6, tercer párrafo, y 16 bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud de la misma entidad, publicado mediante decreto el 26 de abril de 2007, se refieren al tema de la interrupción del embarazo y a la configuración del delito de aborto. En segundo lugar, opinó que el caso planteaba también un cuestionamiento respecto del momento en el que se debe proteger la vida humana. En el momento de fijar la litis el tema de los derechos fundamentales de las mujeres no fue tomado en consideración como un tema principal a definir por la SCJN.

Para resolver estas dos cuestiones, la SCJN siguió técnicas diferentes. En cuanto a la primera, se consideró que el estudio y discusión que sobre el tema pudieran seguir los propios ministros desde su conocimiento y herramientas jurídicas serían suficientes para resolver los conceptos de invalidez presentados por los actores. Por el contrario, para resolver la segunda, la SCJN hizo el reconocimiento de su imposibilidad de llegar a una respuesta por sus propios métodos y recursos, y, por lo tanto, decidió recurrir a la información que pudiera proveerse desde el exterior. Con esto en mente, y pensando en encontrar elementos para resolver la cuestión sobre el momento en el que se debe proteger la vida humana, se ordenó la recopilación de pruebas que pudieran ayudar a dar luz en la materia, las cuales consistieron en: *a) informes en materia de salud; b) informes sobre causas penales; c) pruebas periciales, y d) comparecencias.* Fue en este último punto donde la SCJN abrió la discusión a la participación de la sociedad. La SCJN consideró que era indispensable contar con la participación de todos los actores posibles en la definición del momento en el que se protege la vida humana. Las asociaciones con un interés en promover la perspectiva de género supieron leer en esta situación una posibilidad para introducir la ponderación de los derechos fundamentales de las mujeres en el tema, cosa que la SCJN no había previsto específicamente. El evento más llamativo de este periodo probatorio lo constituyó la novedad de la celebración de estas audiencias frente al Pleno de la SCJN, que fueron transmitidas en vivo y en directo por

36 / Alberto Abad Suárez Ávila

televisión por cable, como muestra de la intención de la SCJN por realizar un proceso transparente.

La decisión fue tomada después de más de quince meses de proceso, resolviendo declarar la constitucionalidad de las reformas de la ALDF y absteniéndose de señalar el momento en el que inicia la protección de la vida humana, debido a que no encontró "...unanimidad en los criterios éticos, morales, filosóficos, científicos y legales sobre el momento a partir de cual empieza la vida humana y el momento a partir del cual debe protegerse por el Estado, sustentándose afirmaciones encontradas entre sí".

La resolución final es un documento largo, que incluye la sentencia definitiva del caso, al que hay que agregar los votos particulares y minoritarios de todos los ministros. La argumentación de la resolución indica que el derecho constitucional y los tratados internacionales, efectivamente reconocen la protección a la vida; sin embargo, establecen que dicha protección no puede considerarse absoluta, sino que es potestad del legislador establecer los casos en los cuales ese derecho se encuentra limitado. La resolución establece que hay consecuencias en el embarazo no deseado que sólo recaen en la mujer, teniendo una afectación negativa en su vida, por lo que es posible que el legislador, tanto nacional como local, establezca en la legislación ordinaria límites a la protección a la vida, por no ser este reconocido como un derecho absoluto. Cada uno de los ministros elaboró su voto particular, en donde quedó claro el desacuerdo existente respecto a la cuestión relativa a la protección del derecho a la vida por nuestra Constitución. Respecto de este tema, la misma sentencia aclara que los contenidos del considerando octavo, en donde se registra dicha discusión, no constituyen jurisprudencia aun cuando cuentan con la votación suficiente para hacerlo; esto, debido a ser un tema en el que no hubo acuerdo en la SCJN, y del cual se descartó que la información proporcionada por las partes y la sociedad civil en las audiencias aportara evidencia suficiente para manifestarse en algún sentido.

c. Los procesos en contra de las reformas constitucionales en los Estados que regulan la protección a la vida desde la concepción

Mientras que la tendencia que ha seguido el Distrito Federal en México relaja la legislación penal en materia de aborto, desde 2008 en diecisiete diferentes estados del resto del país se vivió el proceso contrario, mediante la inscripción en las Constituciones locales del derecho a la vida desde el momento de la concepción, como medida preventiva para legislaciones menos estrictas en materia de amparo en el nivel local y apoyadas por la falta de jurisprudencia emitida por la Suprema Corte. Lo anterior se ha acompañado de diferentes procesos jurisdiccionales que solicitan la inconstitucionalidad de dichas reformas, algunos de los cuales se han radicado dentro de la Suprema Corte de Justicia, la cual deberá decidir en próximas fechas si esas reformas son constitucionales o no. Entre los asuntos que tiene pendientes de resolución la SCJN se encuentran la Acción de inconstitucionalidad 11/2009 y la Controversia constitucional 62/2009, además del amparo indirecto en revisión atraído mediante la facultad de atracción 044/2010-SS, entre otros. Con el mismo motivo y para mantener la uniformidad en los criterios, ha ordenado a los tribunales inferiores no resolver ningún juicio que involucre la definición de constitucionalidad de estas reformas hasta en tanto no emita la Suprema Corte los criterios de jurisprudencia para hacerlo.

B. Colombia: Corte Constitucional

La Corte Constitucional colombiana es el tribunal constitucional latinoamericano que más activo se ha encontrado en la elaboración de jurisprudencia constitucional relacionada con la legislación penal del aborto. La historia de la Corte Constitucional ha ido desde decisiones fundamentadas en posturas religiosas en la década de los noventa, hasta el punto de rompimiento que representa la sentencia

38 / Alberto Abad Suárez Ávila

C-355/2006, mediante la cual incorporó a la legislación como excluyentes de responsabilidad el aborto por abuso sexual, el peligro de la vida o la salud física o mental de la madre y por malformaciones del producto. A esta trascendental sentencia le ha seguido el trabajo jurisdiccional adicional a través de la resolución de casos de acción de tutela, mediante los cuales ha dispuesto la prohibición de requisitos en exceso para el aborto, la obligatoriedad de los centros de salud para practicarlo, el reconocimiento de la objeción de conciencia para las personas y no para los entes públicos, y la necesidad de campañas masivas de información para dar a conocer a la población en general sus derechos reproductivos. Las sentencias recientes de la Corte Constitucional colombiana son las únicas en América Latina que han desarrollado una teoría de los derechos reproductivos de las mujeres en el caso del aborto.

a. Casos anteriores al C-355/06

La actividad de la Corte Constitucional colombiana en cuanto a definir la constitucionalidad de la legislación penal en materia de aborto ha sido intensa desde la década de los noventa. En 1994, la Corte Constitucional revisó la Acción de inconstitucionalidad C-133/94, presentada por Alexander Sochandamandou, mediante la cual se planteaba la inconstitucionalidad del artículo 334 del Código Penal promulgado en 1980, que en ese entonces regulaba el aborto de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 343. ABORTO. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior”.

Los argumentos de la parte actora se fundamentaron en que la regulación del aborto vulneraba los derechos constitucionales de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, así como sus libertades de conciencia y culto, para ordenar sus vidas “conforme a los juicios íntimos por los cuales disciernen

y aprecian el valor moral de los actos humanos". Además, consideró que la protección del derecho a la vida que consagra el inciso 2o. del artículo 2o. no se extiende a los no nacidos, en virtud de que no se les define como persona ante la ley, ya que esta considera persona solamente al ente físico nacido de la especie humana, que viva tan siquiera un minuto.

La Corte Constitucional, en su sentencia, decidió declarar exequible la norma del Código Penal controvertida.²⁴ El tribunal consideró que el hecho de que el producto de la concepción no sea aún persona humana no significa que la ley no lo proteja, sino que por el contrario, la ley establece una serie de medidas tendientes a proteger la “vida humana latente en el nasciturus”, por lo que no puede ser constitucional que el legislador lo proteja. La Corte se expresó así:

Es cierto, que nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho inviolable a la vida a quienes son personas pertenecientes al género humano; pero de allí no se sigue que la vida humana latente en el nasciturus, carezca de protección constitucional. En efecto, si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal.

En virtud de lo anterior, el Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional.

En la Carta Política la protección a la vida del no nacido, encuentra sustento en el Preámbulo, y en los artículos 2o. y 5o.,

²⁴ Las sentencias de la Corte Constitucional colombiana se expresan sobre la exequibilidad o inexequibilidad de una norma. La expresión “exequible” significa que una norma cabe dentro de una interpretación adecuada de la Constitución, mientras que la “inexequible” es aquella cuyo contenido no cabe dentro de una interpretación adecuada de la ley fundamental.

40 / Alberto Abad Suárez Ávila

pues es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecho a la vida de “todas las personas”, y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo, por ser condición para la viabilidad del nacimiento, que da origen a la existencia legal de las personas.

Además de las razones anteriores, la Corte Constitucional señaló que al contrario de los argumentos del actor, el hecho de legislar penalmente en materia del aborto para proteger la vida humana del *nasciturus* no vulnera el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, ni las libertades de conciencia y culto.

En 1997, la Corte Constitucional decidiría otra vez sobre el caso. En esta ocasión, mediante la Acción de inconstitucionalidad C-013/97, presentada por José Eurípides Parra, quien alegaba sobre la inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 328 del Código Penal, el cual contemplaba una punibilidad menor a la de aborto general, en el caso de que “...La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause...”, así como “el que causare el aborto por estas circunstancias”. Para el actor, la norma viola el derecho a la vida y a la igualdad, al establecer una penalidad distinta para el caso de un embarazo producto de un abuso sexual, porque, en sus palabras, “quien nace o está para nacer debe ser protegido en igualdad de condiciones y no se puede hacer distinción de partos”.

La Corte Constitucional colombiana resolvió declarando la exequibilidad de la norma desafiada. Para realizar esto, elaboró algunos controversiales argumentos, fundados, entre otras cosas, en las encíclicas *Humanae Vitae* del papa Pablo VI y *Evangelium Vitae* del papa Juan Pablo II, interpretando ampliamente el derecho a la vida. Como lo había realizado en el caso C-133/94, estableció que tanto el derecho interno como el derecho internacional protegen la vida del producto de la concepción. A pesar de

su interpretación amplia del derecho a la vida, la Corte reconoció la posibilidad del legislador para señalar excepciones a la pena. El siguiente párrafo es ilustrador respecto a la opinión de la Corte en este caso:

El aborto, a juicio de la Corte, es un acto en sí mismo repudiable, que, en cuanto cercena de modo irreparable la vida de un ser humano en formación, lesiona gravemente el derecho constitucional fundamental del que se trata y exige del Estado la consagración de normas que lo repriman y castiguen, si bien la ley tiene autonomía para prever causales de justificación o excusación, como ocurre con todos los delitos, o, en consideración a circunstancias como las contempladas en el artículo 345 del Código Penal, atenuar, por razones de justicia, la pena que haya de imponerse.

Finalmente, la Corte justificó que se reduzca la pena en el caso de aborto por violación, y no que este motivo sea una causal de exclusión de responsabilidad penal, debido a que si bien la mujer fue víctima de un delito, y de este delito es resultado el producto de la violación, “nadie puede alegar un derecho a cometer un crimen”. En una de las declaraciones más polémicas que ha realizado una sentencia de este tribunal, los jueces manifestaron que

La Corte desecha también el argumento según el cual la penalización –aun leve– de la voluntaria interrupción del embarazo en los eventos anotados afecta o degrada la dignidad de la mujer. Se confunde así el acto de la violación o de la inseminación abusiva con el de la maternidad. Mientras el primero ocasiona daños muy graves que se proyectan en la vida futura de la víctima, a veces de modo irreparable, y lesiona de veras la dignidad femenina, el segundo, en cuanto representa la transmisión de la vida a un ser humano, dignifica y enaltece a la madre. Nadie podrá tildar de indigna a la mujer que, no obstante haber sido violada y hallarse encinta como consecuencia de la violación, decide dar a luz. No reside la dignidad de la mujer en reconocerle un derecho que naturalmente no tiene.

42 / Alberto Abad Suárez Ávila

En 2001 entró en vigor un nuevo Código Penal en Colombia, que sustituyó al de 1980, y que precisó de nuevas interpretaciones de la Corte Constitucional colombiana. En el mismo año de 2001 resolvió con la sentencia C-047/01 la Acción de inconstitucionalidad presentada por Carlos Humberto Gómez en contra del parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

Artículo 124. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Par. *En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.*

El argumento central que expone el actor es que prescindir de la pena en el aborto cometido en “extraordinarias condiciones anormales de motivación” constituye un “repudiable” ataque contra la vida humana, considerando que “ninguna situación, por anormal que sea, justifica que un ser humano pierda la oportunidad de vivir por decisión unilateral de su progenitora, pues nunca el agravio sufrido justifica el crimen contra un ser humano en estado de gestación”, por lo cual es inconstitucional que el legislador exonere de la pena. La Corte Constitucional declaró exequible la norma impugnada debido a que consideró que el legislador puede prescindir de la pena sin que esto signifique que no se está protegiendo la vida del producto de la concepción. En palabras de la Corte:

No se trata de una potestad discrecional y absoluta para el juzgador, lo que dejaría la posibilidad o no de prescindir de la pena al arbitrio judicial, sino de una facultad reglada, pues es la propia ley la que señala de manera estricta los presupuestos que han

de aparecer probados para motivar la decisión que en la sentencia se adopte. El juez, como se ve, ha de establecer primero que el embarazo sea producto de un acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o que se haya producido una inseminación artificial no consentida por la mujer o que haya ocurrido una transferencia de óvulo fecundado sin su consentimiento; a continuación, debe emprender el análisis de las pruebas que obren en el expediente en relación con las condiciones de motivación de la determinación de abortar asumida por la mujer para establecer si ellas son ordinarias o extraordinarias, es decir, si se salen de lo común, si se encuentran fuera del actuar de otras mujeres puestas en las mismas condiciones de tiempo, de modo y de lugar según el medio económico-social, teniendo en cuenta siempre que lo extraordinario es la excepción y no la regla; y, por último, el juez, ha de emprender luego el análisis particular para el caso sometido a su juzgamiento sobre la necesidad o no de la pena, habida consideración de las finalidades de la misma, lo que implica que ha de tener en cuenta las funciones que está llamada a cumplir respecto de la sociedad y de la sindicada, para determinar si es de alguna utilidad o de ninguna dadas las circunstancias particulares y concretas.

En 2001 nuevamente la Corte resolvería otro caso sobre la misma legislación. La ciudadana Marcela Adriana Rodríguez Gómez interpondría una acción de inconstitucionalidad en contra del nuevo Código Penal, por tipificar de forma distinta al aborto del homicidio. En la sentencia recaída al caso, identificada con el número C-551/01, la Corte Constitucional declararía la exequibilidad de los artículos controvertidos, en virtud de que

El punible del homicidio preterintencional y el denominado parto o aborto preterintencional son comportamientos delictivos distintos con elementos y bienes jurídicos vulnerados diferentes, lo que justifica que los puntos de referencia para la estructuración de los tipos penales respectivos y la delimitación de las sanciones aplicables sean diversos, sin que ello vulnere el principio de igualdad.

44 / Alberto Abad Suárez Ávila

En 2002 se presentaría la sentencia C-198/02, mediante la cual se resolvió la Acción pública de inconstitucionalidad presentada por Fernando Sabogal Viana en contra del mismo párrafo anterior, alegando violaciones en el procedimiento legislativo. La Corte Constitucional, de igual forma, declararía exequible la norma, limitándose a resolver sobre la constitucionalidad del procedimiento legislativo mediante el cual fue aprobada.

En resumen, este periodo previo a la decisión C-355/06 muestra una Corte Constitucional colombiana centrada en la protección de la vida del producto de la concepción y los alcances de esta. En particular, la sentencia C-013/97 fue muestra de una visión conservadora de la Corte al hacer uso de documentos religiosos para fundar su dicho, como lo son las encíclicas papales, y establecer juicios de valor, enalteciendo el *heroísmo* de la mujer que completa un embarazo aun cuando este haya sido resultado de un abuso sexual.

b. La sentencia C-355/06

El tema de la revisión constitucional de la legislación penal del aborto en América Latina tiene un antes y después de la sentencia C-355/06. Con este caso, la Corte Constitucional incorporó a la discusión del tema los derechos reproductivos de la mujer, y con ello, una visión totalmente distinta del problema. Anterior a la resolución de este caso, la Corte Constitucional rechazó dos acciones de inconstitucionalidad, resueltas con las sentencias 1299/05 y 1300/05, que planteaban una problemática similar a la que se resolvería en la sentencia C-355/06, declarándose en ambos casos “inhibida de proferir un fallo de fondo respecto de la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal, por ineptitud sustancial de la(s) demanda(s)”.

La sentencia C-355/06 es resultado de la acumulación de tres acciones de inconstitucionalidad, que recibieron los números D-6122, D-6123, D-6124, presentadas cada una de ellas por dis-

tintos grupos ciudadanos. Las normas controvertidas fueron las siguientes:

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. ...

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

...

CAPÍTULO CUARTO

Del aborto

Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permite que otro se lo cause, incurirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

Artículo 123. Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

Artículo 124. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Par. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

En esta sentencia, la Corte Constitucional colombiana revisó sus decisiones anteriores en la materia y se propuso pronunciar una resolución que se distanciara de los criterios conservadores tomados en el pasado, siguiendo una metodología argumentativa distinta para resolver el caso. No solamente discutió sobre

46 / Alberto Abad Suárez Ávila

la protección a la vida del producto de la concepción, como tradicionalmente lo había hecho, sino que en esta ocasión sus argumentos se ampliaron a resolver sobre la dignidad humana, el derecho a la salud reproductiva de la mujer, los derechos humanos de la mujer y los límites del poder punitivo del Estado. Cada uno de estos temas fueron discutidos por la Corte Constitucional, fundándose para ello tanto en el derecho de producción nacional como de fuente internacional, dentro de lo que llama el “bloque de constitucionalidad”. Además de lo anterior, la sentencia incluyó fuentes de derecho comparado. Hizo un análisis de la forma en la que se regula la materia en América Latina y de las decisiones a las que en la materia han llegado la Suprema Corte estadounidense con el caso *Roe v. Wade*, el Tribunal Constitucional alemán con la sentencia 39, 1 de 1975, y finalmente el Tribunal Constitucional español en el caso de la sentencia 53-1985.

El primer tema sobre el que resolvió la Corte fue respecto a los alcances del derecho a la vida del producto de la concepción. Interpretó que, efectivamente, la Constitución como los tratados internacionales tienen el derecho a la vida como uno de los valores que asegura el orden constitucional; incluso de la forma en la que el artículo 11 señala que el derecho a la vida es *inviolable*. Sin embargo, continúa su argumento diciendo que lejos de ser un derecho absoluto, “el derecho a la vida debe ponderarse en una interpretación armónica con los demás derechos, principios y valores”. Como razonamiento adicional al respecto, consideró que además dicha ponderación tiene mayor justificación en el hecho de que la vida del *nasciturus* no puede considerarse vida humana.

Una vez establecida la necesidad de ponderar el derecho a la vida del producto de la concepción con otros derechos, la Corte Constitucional encuentra varios de ellos, que para el caso de la legislación penal en materia del aborto deben considerarse. Inicia con el reconocimiento de los derechos humanos que la Constitución le reconoce a la mujer, en donde se le contempla como “sujeto de especial protección” para poder conseguir la igualdad

de género. Además de lo anterior, señala que en el mismo fundamento de la dignidad humana en su triple vertiente como un principio fundante del ordenamiento jurídico, principio constitucional y con el carácter de derecho fundamental autónomo, generan la obligatoriedad para el Estado de proteger el derecho de la mujer a tomar “...las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o inflingirle sufrimientos morales deliberados”. Lo anterior, en función de considerar como inconstitucional la obligación de la mujer, de llevar a término un embarazo bajo condiciones peligrosas o denigrantes.

La sentencia señala que los derechos de la mujer, apreciados desde su dignidad humana, son varios, entre los que se encuentran el derecho a la autodeterminación reproductiva, el derecho a la libertad de matrimonio y a fundar una familia, el derecho a la igualdad y a la no discriminación (eliminar barreras entre géneros), el derecho a la educación relacionado con sus derechos reproductivos y el derecho a la salud reproductiva. De estos dos últimos derechos, la Corte colombiana deriva además la obligatoriedad del Estado para garantizar el acceso a ellos, como garantía de “la continuidad de la existencia de la persona en condiciones de dignidad”.

Hasta aquí la Corte Constitucional colombiana ha reconocido que el derecho a la vida del producto de la concepción se encuentra protegido por la Constitución y por el bloque de constitucional, pero no es absoluto, y no es tampoco igual al derecho a la vida humana, sino que acepta límites y ponderación de otros derechos y principios constitucionales. Derivado del principio de dignidad humana, la Corte Constitucional considera que los derechos de las mujeres, por ser un sujeto de especial protección en la Constitución, deben ser ponderados frente al derecho a la vida del producto de la concepción, reconociéndose entre ellos el derecho a la autodeterminación reproductiva y a la educación y

48 / Alberto Abad Suárez Ávila

salud reproductivas. Así entonces, después de su análisis doctrinario de los derechos, la Corte Constitucional reflexiona sobre los límites del poder punitivo del Estado, en el caso en específico, de la necesidad del legislador de observar estos derechos al momento de legislar en materia del aborto.

Para la Corte Constitucional, existe la obligación del Estado colombiano, de observar tres características del poder punitivo estatal. La primera es que el legislador no cuenta con una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos en el Código Penal, sino que “encuentra claros límites en los principios y valores constitucionales así como en los derechos constitucionales de las personas”. En segundo lugar, establece que en el caso del aborto “sus límites son la dignidad humana de las mujeres y el derecho al libre desarrollo de la personalidad”, derechos reconocidos por el bloque de constitucionalidad. Además de los anteriores, tiene obligación de legislar bajo los principios de “proporcionalidad y razonabilidad”.

Así entonces, la Corte Constitucional colombiana concluye que estos límites al poder punitivo del Estado le impiden considerar como conductas delictivas por lo menos tres circunstancias en las cuales una mujer decide practicarse un aborto. El primero de ellos es el caso en que la mujer que aborta lo realiza cuando el embarazo “es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas”. La legislación penal colombiana, en el artículo 124 del Código Penal, estableció que en este caso el delito de aborto debía atenuarse, reconociendo la afectación de “ciertos derechos fundamentales de la mujer embarazada, como su dignidad y su libre desarrollo de la personalidad”. Para la Corte Constitucional, el legislador se encuentra impedido de considerar el aborto como una conducta delictiva en “...tales hipótesis extremas de afectación de su dignidad y autonomía...”. Considera que contemplar este caso como conducta delictiva afecta “los bienes constitucio-

nalmente relevantes de la mujer gestante”, y por lo tanto debe excluirse del tipo penal.

El segundo y tercer caso refieren al aborto en un contexto en el cual está en peligro la vida o la salud física o mental de la mujer, y al caso de “cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida”, los cuales se encuentran penalizados en el Código Penal sin distinción alguna. De la misma forma que en el caso del aborto por abuso sexual, la Corte Constitucional considera que la prohibición y castigo en el Código Penal “es abiertamente desproporcionada porque anula completamente derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución de 1991 y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad”.

Además de lo anterior, consideró que en la redacción del artículo 123, referente a la práctica del aborto sin consentimiento o en mujer menor de catorce años por un tercero, la expresión “en mujer menor de catorce años” anula “los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad de la menor embarazada y adicionalmente, por no resultar adecuada para conseguir los fines que se propone”.

Con esta argumentación, la Corte Constitucional presentó sus resolutivos, los cuales se incluyen a continuación:

Primero. Negar las solicitudes de nulidad de conformidad con lo expuesto en el punto 2.3. de la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE el artículo 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia.

Tercero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca 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 malforma-

50 / Alberto Abad Suárez Ávila

ción del feto que haga inviable su vida, certificada 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 fecundado no consentidas, o de incesto.

Cuarto. Declarar EXEQUIBLE la expresión “...o en mujer menor de catorce años...” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.

Quinto. Declarar EXEQUIBLE el artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

El contenido más relevante de la sentencia se encuentra en el punto tercero, que declara que no existe el delito de aborto en los tres casos comentados, por lo cual, si bien el artículo 122 fue declarado exequible, se impuso el límite legislativo a la penalidad del aborto por abuso sexual, malformaciones del feto o por peligro para la vida o la salud de la mujer, cada una con ciertos requisitos. En el caso de abuso sexual, el requisito es que el abuso sexual estuviera “debidamente denunciado”. Para los casos de malformaciones del feto que hagan inviable su vida y el caso de peligro para la vida o salud de la mujer, es precisa la “certificación de un médico”. El resolutivo cuarto refiere a la ya comentada inconstitucionalidad de la distinción que incluye en el tipo penal el caso de “o en mujer menor de catorce años”. Finalmente, el resolutivo quinto declara inexequible la reducción de la sanción penal que se había establecido en la redacción del Código Penal para el caso del aborto por abuso sexual, ya que el mismo considerando tercero considera a ese aborto no punible. La Corte Constitucional concluye con su ejemplar sentencia expresando que

...se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 51

aborts no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública.

La sentencia C-355/06 representa un trascendental punto de quiebre en la forma en la cual no solamente la Corte Constitucional colombiana, sino los tribunales constitucionales latinoamericanos en general, han realizado la interpretación constitucional de la legislación penal en materia de aborto. Por primera vez en la región, el órgano jurisdiccional se alejó de la centralidad que ha guardado el tema de la protección del derecho a la vida del producto de la concepción para realizar un análisis de ponderación frente a los derechos fundamentales de las mujeres, partiendo de la relevancia de la concepción de dignidad humana de la mujer como “sujeto de especial protección” por la Constitución colombiana. La respuesta del gobierno colombiano a esta situación fue publicar, en diciembre de 2006, el “Decreto 4444 de fecha 13 de diciembre de 2006, *por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva*”, el cual se publicó con la finalidad de dar cumplimiento a la sentencia C-355/06, en particular en lo relativo a la interrupción voluntaria del embarazo, con la finalidad de instruir a las entidades prestadoras de servicios de salud sobre la mejor práctica de estos servicios.

c. El trabajo jurisprudencial posterior a la sentencia C-355/06

Con posterioridad a la sentencia C-355/06, el trabajo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana ha continuado a través de la resolución de distintas acciones de tutela que las ciudadanas colombianas han presentado para hacer cumplir los contenidos de la mencionada resolución. Diversos temas, como la objeción de conciencia de los prestadores de servicios de salud, la obligatoriedad de los centros de salud de practicar las in-

52 / Alberto Abad Suárez Ávila

terrupciones de embarazo, la necesidad de no imponer mayores requisitos a las solicitantes de la práctica del aborto que los que establece la sentencia, y la obligatoriedad de los organismos rectores del sistema de salud para dar a conocer a la población sus derechos reproductivos, incluyendo la posibilidad de practicarse un aborto bajo alguno de los tres supuestos despenalizados, han resultado en nuevas decisiones de la Corte Constitucional colombiana para garantizar los alcances sociales de su decisión.

El primer caso resuelto por la Corte Constitucional colombiana posterior a la sentencia C-355/2006 es indicado con la sentencia T-988/07. El caso refiere a la acción de tutela interpuesta por una madre a favor de su hija embarazada resultado de un abuso sexual, con una condición física de retardo psicomotor severo e hipotiroidismo, en contra de la entidad prestadora de servicios de salud SaludCoop E. P. S., porque esta última se negó “a practicar de inmediato la cirugía para interrumpir el embarazo que dadas las condiciones de la joven revestía una urgencia inminente”, solicitándole que la violación de la cual fue producto el embarazo se encontrara acreditada frente a un juez. SaludCoop E.P.S. solicitó como requisitos para practicar la interrupción del embarazo que la madre de la mujer embarazada presentara una sentencia judicial de interdicción y guarda y una prueba psicológica por medio de la cual se comprobara que el aborto no fue consentido.

La actora, antes de acudir ante la Corte Constitucional, agotó las instancias judiciales correspondientes. En la primera instancia recibió una sentencia negativa a su solicitud. Si bien la jueza instructora del caso resolvió que la negativa de SaludCoop E.P.S. “a dar el trámite oportuno a la solicitud hecha por la accionante, dilató de manera innecesaria la toma de una decisión que posiblemente hubiere evitado los riesgos que se presentan ahora”, consideró que el embarazo ya se encontraba muy avanzado (en su decimoquinta semana), y que la práctica del aborto representaría un grave riesgo para la salud de la mujer, por lo cual ordenó no conceder la tutela ni ordenar la práctica del aborto. La accionante recurrió la sentencia, y en la segunda instancia el órgano

revisor negó de nueva cuenta la tutela, esta vez adicionando a la decisión de la jueza de primera instancia, argumentos sobre al derecho de la vida del producto de la concepción, fundamentados en jurisprudencia previa al caso C-355/06.

La Corte Constitucional colombiana resolvió otorgarle la tutela a la accionante. En su considerando tercero resolvió:

ADVERTIR a la E. P. S. SALUDCOOP que debe abstenerse de elevar obstáculos de orden formal cuando se solicite la interrupción de embarazo en mujer discapacitada –con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que le imposibilitan la manifestación libre y directa del consentimiento– cuando ha sido víctima de acceso carnal violento, no consentido o abusivo. ADVERTIR asimismo que en esa eventualidad la solicitud de interrupción del embarazo puede efectuarla cualquiera de los padres de la mujer que se halle en esta situación u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales al denuncio penal por acceso carnal violento o no consentido o abusivo.

El principal argumento utilizado para resolver el caso fue que las entidades promotoras de salud no pueden imponer mayores requisitos para realizar la interrupción del embarazo que los que señaló la Corte Constitucional en su sentencia C-355/06. Para el caso en concreto, el aborto por abuso sexual tiene como requisito que el hecho punible hubiera sido “debidamente denunciado ante las autoridades competentes” sin imponer ninguna carga adicional a la mujer que se encontrara en el supuesto, por ser desproporcionada. Además de lo anterior, consideró que dado su limitado estado de salud físico y mental, la entidad promotora de salud había también violentado la protección especial reforzada que la Constitución colombiana da a las personas discapacitadas. Concluyó la Corte Constitucional señalando que

La actuación de la E. P. S. SALUDCOOP encaminada a dilatar y a obstaculizar la interrupción del embarazo apoyándose en excusas inadmisibles para el caso concreto, significó desconocer también

54 / Alberto Abad Suárez Ávila

el derecho de la joven a preservar su integridad física y moral e implicó someterla a los sufrimientos adicionales que le produjo el estado de embarazo. Al omitir la E. P. S. efectuar de modo inmediato la interrupción del embarazo, sometió a la joven a una situación bajo la cual le era imposible vivir libre de dolores y humillaciones e implicó, en ese orden, un claro desconocimiento de su derecho a la garantía de la dignidad humana.

En 2008, la Corte Constitucional resolvió otro caso, indicado con el número T-209/08, esta vez resultado de la negativa generalizada a la práctica de un aborto de todos los profesionales de salud de una institución fundada en la objeción de conciencia a una mujer, cuyo embarazo fue resultado de una violación. La argumentación de la Corte Constitucional para resolver el caso fue mediante el uso de los instrumentos de derecho internacional que regulan la objeción de conciencia, así como la ponderación de este con los derechos reproductivos de la mujer. La conclusión de la Corte Constitucional en este caso fue que la objeción de conciencia generalizada a la práctica de la interrupción del embarazo es violatoria de los derechos de la mujer. Siendo así, dispuso los límites que debe observar la objeción de conciencia. En opinión de la Corte,

En resumen, a fin de garantizar los derechos fundamentales de las mujeres, protegidos por la Constitución y la Sentencia C-355 de 2006, asegurándoles la prestación del servicio público esencial y legal de salud de interrupción voluntaria del embarazo, y evitar barreras de acceso al mismo, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional o colectiva, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo; además, la objeción de conciencia debe presentarse por escrito debidamente fundamentada, siguiendo la obligación del médico que se acoja a ella remitir inmediatamente a la madre a un médico que pueda practicar el procedimiento, a fin de impedir que aquella se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo.

En ese mismo año de 2008, la Corte Constitucional resolvió un caso más relacionado con la negativa a practicar un aborto en una mujer embarazada, en un sentido similar a la sentencia T-988/07. La historia del caso es similar: una acción de tutela promovida frente a la negativa de una entidad promotora de salud de practicar el aborto en una mujer embarazada resultado de una violación, porque le solicitó requisitos adicionales a la presentación de la denuncia de los hechos delictivos. La resolución expresa lo siguiente:

La Corte debe reiterar que cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto basta con la presentación de la denuncia ante la autoridad competente para que las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud autoricen la realización del aborto en las condiciones mencionadas en la parte considerativa de la sentencia. La solicitud, de cualquier otro requisito, en el evento descrito constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En efecto, bajo el supuesto del acceso carnal no consentido, la negativa o la dilación injustificada en la autorización del procedimiento de IVE vulnera los derechos a la integridad, a la libertad, a la dignidad, entre otros, de las mujeres que no son remitidas de forma oportuna y adecuada a un centro de servicios médicos en donde los profesionales de la salud les aseguren la interrupción del embarazo. Por ello, no es de recibo la alegación del médico relacionada con la imposibilidad de establecer si el embarazo era producto de una violación puesto que ante la presentación de la denuncia correspondiente lo que procedía era la IVE. Ahora bien, si como en el caso objeto de estudio el médico invoca la objeción de conciencia es su deber remitir a la mujer gestante a un centro médico donde le realicen la IVE.

En 2009, la Corte Constitución resolvió otra acción de tutela, con el número de sentencia T-388/09, en esta ocasión rela-

56 / Alberto Abad Suárez Ávila

cionada con la negativa de una entidad promotora de salud a practicar la interrupción voluntaria del embarazo por razones de “grave malformación del feto”, recibiendo el diagnóstico médico de “polimalformación y probable displasia ósea del feto”. La institución médica SaludCoop E.P.S. que certificó la grave malformación, autorizó la práctica de la interrupción inmediata del aborto con carácter urgente, pero el médico que debía practicarlo se negó a hacerlo sin autorización judicial. Además de lo anterior, SaludCoop E.P.S. se negó a practicar otros estudios en el feto, debido a que los mismos no estaban incluidos en el plan obligatorio de salud de la demandante, y ésta no había demostrado su incapacidad de pago.

El juez que conoció de la primera instancia se declaró incompetente. Alegó objeción de conciencia para resolver el caso, pero la entidad judicial superior negó la razón de incompetencia y obligó al juez a resolverlo. En su segunda opinión del caso, el juez volvió a argumentar que el derecho de objeción de conciencia se extiende hacia la autoridad judicial, y decidió no otorgar la tutela fundado en ese razonamiento. El juez de segunda instancia revocó la resolución y decidió conceder el amparo y ordenar a SaludCoop E.P.S. a practicar inmediatamente la interrupción del embarazo dentro de las siguientes cuarenta y ocho horas, así como practicarle los exámenes médicos solicitados y brindar atención psicológica a la mujer embarazada. Cuando SaludCoop E.P.S. finalmente practicó la interrupción del embarazo, la misma tuvo que realizarse vía cesárea, ya que para entonces la mujer tenía seis meses de embarazo. La Corte Constitucional concluyó que los hechos narrados importaban la resolución de tres cuestiones constitucionales:

i. Qué mandatos se derivan del contenido de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos para las mujeres? ii. Qué consecuencias prácticas surgen para las EPSs, las IPSs y el personal médico que en ellas labora en cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006? y

iii. Pueden los funcionarios judiciales declararse objetores de conciencia en desarrollo de sus funciones y, en consecuencia, abstenerse de resolver un caso que les haya sido asignado para su conocimiento, máxime cuando el mismo involucre la garantía de derechos fundamentales?

En su análisis argumentativo, la Corte dio respuesta a cada uno de estos planteamientos. Respecto de los puntos i y ii, estableció ocho características de estos, las cuales por su trascendencia se reproducen a continuación:

i) Las mujeres puestas bajo las hipótesis contenidas en la sentencia C-355 de 2006 gozan del derecho a decidir libres de presión, coacción, apremio, manipulación y, en general, cualquier suerte de intervenciones inadmisibles respecto de la interrupción voluntaria de su embarazo. Es este un derecho de las mujeres quienes aún colocadas en los supuestos allí determinados también pueden elegir con libertad llevar a término su embarazo. (ii) Todas las mujeres deben poder contar con la información suficiente, amplia y adecuada que les permita ejercer a cabalidad y en libertad sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye, el derecho a estar plenamente enteradas respecto de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como en el Decreto 4444 de diciembre 13 de 2006 “Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva”. (iii) Los servicios de interrupción del embarazo bajo las hipótesis contempladas en la sentencia C-355 de 2006 deben estar disponibles en todo el territorio nacional –bajo estricto seguimiento de los postulados de referencia y contrarreferencia– y las mujeres en estado de gravidez han de poder acceder a los mismos en todos los niveles de complejidad que lo requieran. (iv) Las personas profesionales de la salud y, en general, el personal de salud que atienda la solicitud de las mujeres relativa a la interrupción voluntaria de su embarazo están obligados a ofrecer plena garantía de confidencialidad y, en consecuencia, a respetar el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad. Guardar el secreto profesional se convierte en una obligación de primer orden para los prestadores de servicios

58 / Alberto Abad Suárez Ávila

de salud en relación con este tópico. (v) Ni las mujeres que optan por interrumpir voluntariamente su embarazo bajo las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, ni quienes atienden su solicitud, pueden ser víctimas de discriminación o de prácticas que limiten de alguna forma o impidan su acceso al lugar de trabajo o a centros educativos o su afiliación al sistema general de salud o riesgos profesionales. (vi) Los departamentos, distritos y municipios están obligados a asegurar la suficiente disponibilidad de servicios de la red pública con el propósito de garantizarles a las mujeres gestantes el acceso efectivo al servicio de interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de calidad y de salubridad. (vii) Ninguna entidad prestadora de salud –sea pública o privada, confesional o laica– puede negarse a la interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer se encuentra bajo los supuestos establecidos en la sentencia C-355 de 2006 –cualquiera que sea el tipo de afiliación a la seguridad social que tenga la mujer y con independencia de su condición social, económica, edad, capacidad de pago, orientación sexual o etnia– (viii) Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la referida sentencia C-355 para la práctica del aborto en los supuestos allí previstos. Entre las barreras inadmisibles se encuentran, entre otras: 1. Realizar juntas médicas, de revisión o de aprobación por auditores que ocasionan tiempos de espera injustificados para la práctica del aborto inducido. 2. Impedir a las niñas menores de 14 años en estado de gravidez exteriorizar libremente su consentimiento para efectuar la interrupción voluntaria del embarazo, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con dicha interrupción. 3. Imponer requisitos adicionales, verbigracia, exigir: (a) dictámenes de medicina forense; (b) órdenes judiciales; (c) exámenes de salud que no son practicados de manera oportuna; (d) autorización por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores, médicos y pluralidad de galenos. 4. Alegar objeción de conciencia colectiva que desencadena, a su turno, objeciones de conciencia, institucionales e infundadas. 5. Suscribir pactos –individuales o conjuntos– para negarse a practicar la interrupción del embarazo. 6. Acogerse a formatos o plantillas de adhesión que incidan en

que las entidades hospitalarias no cuenten en su planta de personal con médicos dispuestos a prestar los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, sea por cuanto estos (as) profesionales de la medicina son víctimas de discriminación en el momento en que se efectúa su vinculación laboral o por cuanto, una vez vinculados(as), reciben presiones en el sentido de abstenerse de practicar abortos. 7. Descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos a quienes Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud. 8. Ser reticentes en cumplir a cabalidad con las reglas de referencia y contrarreferencia imprescindibles para atender eventos en los que el servicio médico –en este caso la práctica del aborto inducido– no está disponible en el centro hospitalario al que acude la paciente. 9. No disponer dentro de algunas redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal del servicio de interrupción voluntaria del embarazo.

Por lo que hace a su tercer planteamiento, respecto de la objeción de conciencia por parte de la autoridad judicial, la Corte Constitucional estableció también una serie de lineamientos tendientes a resolver las posibles tensiones entre la objeción de conciencia y la despenalización del aborto. Las conclusiones a las que llega la Corte Constitucional siguen el camino jurisprudencial que los casos de tutela anteriormente citados iban marcando en la materia, expresándose por la negativa a que una autoridad judicial pueda ser objetora de conciencia. Los lineamientos establecidos por este caso son los siguientes:

(i) La objeción de conciencia es un derecho constitucional fundamental que como todo derecho dentro de un marco normativo que se abre a la garantía de protección y estímulo de la diversidad cultural (artículo 10. y artículo 70. constitucionales) no puede ejercerse de manera absoluta. (ii) El ejercicio del derecho constitucional fundamental a la objeción de conciencia recibe en la esfera privada por la vía de lo dispuesto en el artículo 18 Superior una muy extensa protección que solo puede verse limitada en el

60 / Alberto Abad Suárez Ávila

evento en que su puesta en práctica interfiera con el ejercicio de derechos de terceras personas. (iii) Sólo el personal médico cuya función implique la participación directa en la intervención conducente a interrumpir el embarazo puede manifestar objeción de conciencia; contrario sensu, ésta es una posibilidad inexistente para el personal administrativo, el personal médico que realice únicamente labores preparatorias y el personal médico que participe en la fase de recuperación de la paciente. (iv) La objeción de conciencia se debe manifestar por escrito y debe contener las razones que impiden al funcionario llevar a cabo la interrupción del embarazo. (v) En lo relativo a la práctica del aborto inducido, la Corporación mediante la sentencia C-355 de 2006 destacó la necesidad de asegurar que el ejercicio prima facie admisible de la objeción de conciencia de personas profesionales de la medicina que obran como prestadores directos del servicio, pudiera restringirse cuando su ejercicio trae como consecuencia imponer una carga desproporcionada a las mujeres que colocadas bajo las hipótesis establecidas en la mencionada sentencia optan por la interrupción del embarazo. (vi) En cuanto es manifestación de íntimas e irrenunciables convicciones morales, filosóficas o religiosas, la objeción de conciencia es un derecho de cuya titularidad se encuentran excluidas las personas jurídicas. (vii) Las personas que ostentan voluntariamente la calidad de autoridades judiciales no pueden excusarse en la objeción de conciencia para dejar de cumplir una norma que ha sido adoptada en armonía con los preceptos constitucionales y que goza, en consecuencia, de legitimidad y validez pues ello supone desconocer el mandato establecido en el artículo 20. Superior de acuerdo con el cual dentro de los fines estatales se encuentra “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” así como proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” La objeción de conciencia resulta, pues, en este entorno inadmisible, por cuanto se traduce en una denegación injustificada de justicia y se liga con una seria, arbitraria y desproporcionada restricción de derechos constitucionales funda-

mentales, tanto más, cuanto varios de estos derechos han sido el resultado de luchas libradas por sectores de la sociedad históricamente discriminados cuyos logros suelen no ser bien recibidos por amplios sectores sociales quienes escudados en el ejercicio de la objeción de conciencia pretenden proyectar en la esfera pública sus convicciones privadas con una lógica impositiva y excluyente que contraría por entero el mandato de protección y estímulo de la diversidad cultural consignado de manera especial en la Norma de Normas (artículos 1o. y 7o Superiores).

Con estos razonamientos, la resolución del caso T-388/09 a la que llega la Corte Constitucional fue confirmar el otorgamiento de la tutela y además, muy importante, obligar a diferentes entidades públicas a generar campañas de educación y comunicación masiva para asegurar el ejercicio de los derechos reproductivos de las mujeres. Este caso es por demás relevante, porque instrumentaliza la despenalización del aborto hecha en la sentencia C-355/06. En sus resolutivos tercero, cuarto y quinto dijo la Corte lo siguiente:

TERCERO. ORDENAR al Ministerio de la Protección Social así como al Ministerio de Educación Nacional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para que de manera pronta, constante e insistente diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos que contribuyan a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos y, en tal sentido, el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como lo desarrollado en la presente providencia y URGIR a estas mismas entidades para que hagan el debido seguimiento de tales campañas con el objetivo de poder constatar su nivel de impacto y eficacia. Que las campañas se enfoquen a transmitir información completa sobre la materia en términos sencillos, claros y suficientemente ilustrativos.

CUARTO. ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud para que de manera pronta adopte las medidas indispensables con el

62 / Alberto Abad Suárez Ávila

fin de que las EPS e IPS –independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales– cuenten con las personas profesionales de la medicina así como el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 así como se abstengan de incurrir en exigencias adicionales inadmisibles, como las enumeradas por la Sala en el fundamento jurídico número 8 de la presente sentencia y bajo entera observancia de las exigencias determinadas en el fundamento jurídico 31 de la misma. Lo anterior deberá suceder en todos los niveles territoriales con estricta consideración de los postulados de referencia y contrarreferencia asegurando, de esta manera, que dentro de las redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal se garantice el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis establecidas en la sentencia C-355 de 2006.

El último caso del que se tiene conocimiento resuelto por la Corte Constitucional relacionado con la materia de aborto es el resuelto por la sentencia T-585/10. De una forma similar a los casos anteriores, una entidad promotora de salud, en esta ocasión el hospital departamental de Villavicencio, se negó a practicar la interrupción voluntaria del embarazo en una mujer solicitante por la causal de peligrar su salud y su vida con la continuación del embarazo. En el caso, la mujer solicitó verbalmente en repetidas ocasiones que se le practicara el aborto; sin embargo, los médicos del hospital alegaron objeción de conciencia para no realizar la interrupción. La paciente presentó una acción de tutela ante el juez de instancia única, quien ordenó la práctica de una valoración médica para conocer su estado de salud. La valoración médica concluyó que la paciente no contaba con una condición física que pusiera en peligro su vida, pero sí una situación mental no idónea para continuar con su embarazo. Al momento de resolver el caso, la mujer ya no se encontraba embarazada. En su resolución, la Corte Constitucional argumenta que:

en definitiva, (i) el hecho de no proceder a un diagnóstico oportuno e integral ante la reiterada manifestación de la peticionaria de su deseo de someterse a la IVE debido a los graves síntomas que padecía, aunado a (ii) la falta de remisión inmediata de la accionante a una consulta psicológica, desconocieron la fase de diagnóstico del derecho fundamental de la actora a la interrupción voluntaria del embarazo.

La resolución tomada con la sentencia T-585/10 tendría un nuevo impacto en la política pública de salud colombiana, al ordenar la Corte Constitucional diversas obligaciones para el Estado colombiano en la materia. Dice la resolución:

...a la Superintendencia Nacional de Salud que de manera pronta adopte las medidas indispensables con el fin de que las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud –independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confessionales– cuenten con un protocolo de diagnóstico rápido para aquéllos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure la hipótesis de peligro para la vida o la salud de la madre o en los que la mujer gestante alega estar incursa en ella y desea someterse a la IVE; ello con el objetivo de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica. Tal protocolo debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental. La Superintendencia Nacional de Salud deberá vigilar el cumplimiento de lo anterior por parte de las EPS e IPS.

El trabajo de la Corte Constitucional después de la sentencia 355/06 ha estado encaminado a promover los lineamientos necesarios para motivar al sistema de salud colombiano a dar cumplimiento a las disposiciones previstas por la sentencia C-355/06. La Corte Constitucional ha llegado a conformar un comportamiento activista en la promoción de los alcances de dicha sentencia, para lo cual ha incluso realizado mandatos de política

64 / Alberto Abad Suárez Ávila

pública para las entidades coordinadoras del sector de salud, con la finalidad de hacer que estas promuevan campañas de información entre las entidades prestadoras de salud de los derechos reproductivos de las mujeres, así como las mejores prácticas para el caso. El trabajo de la Corte Constitucional colombiana en material de aborto es el único con ese nivel de activismo en favor de los derechos reproductivos de las mujeres dentro de la muestra de dieciocho órganos con jurisdicción constitucional en la región latinoamericana hasta el momento.

C. Costa Rica: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

En muchos aspectos el trabajo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense representa la otra cara de la moneda en la defensa de los derechos reproductivos de las mujeres, comparado con el caso colombiano. La Sala Constitucional costarricense ha guiado su labor jurisprudencial desde una amplia noción del derecho a la vida del producto de la concepción, que no ha admitido la ponderación de otros derechos frente a este. El principal tema a discutir por la Sala Constitucional ha sido la protección que debe dar a la vida del producto de la concepción, la cual ella misma en una sentencia de 2000 resolvió que tiene el mismo valor que la vida humana, porque considera al producto de la concepción como persona.

El primer caso relevante en el cual la Sala Constitucional resolvió sobre la constitucionalidad de la legislación penal en materia de aborto fue la Acción de inconstitucionalidad 02-007331-0007-CO, promovida por Gustavo González Solano en contra de los artículos 118, 119, 120, 121 y 122 del Código Penal y 31 del Código Civil. El actor demandó que los mismos resultaban contradictorios con la resolución 2306-2000 de la Sala Constitucional, de la que se hablará en el capítulo correspondiente a las resoluciones en materia de planificación familiar y anticoncep-

ción. La resolución estableció que los no nacidos se consideran personas, de modo que la distinción que las normas sancionadoras establecen en cuanto a la pena son contrarias al artículo 33 constitucional, por tratar de manera distinta a una misma categoría de sujetos. Las normas controvertidas tratan normativamente como sujetos distintos a la persona y al feto, al regular con tipos penales distintos actos cometidos contra sujetos de igual protección constitucional. El centro del argumento del accionante es que

al pretender tratar a seres iguales (dado que pertenecen a una misma categoría que es la categoría de persona, con el mismo bien jurídico vida), de modo desigual, se produce una violación del artículo 33 de la Constitución Política que establece el principio de igualdad (y de justicia) que como derecho fundamental tienen todos los individuos nacidos o no nacidos.

Además de lo anterior, en su demanda, el actor establece la inconstitucionalidad de la no punibilidad del aborto practicado con consentimiento de la mujer, por médico, cuando se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la salud de la madre, que establece el artículo 121 constitucional.

La Sala Constitucional declaró sin lugar la acción, para lo cual elaboró los siguientes razonamientos: el argumento inicial de la Sala Constitucional es el derecho a la vida como un derecho inviolable protegido tanto por la Constitución costarricense en su artículo 21 como por los instrumentos internacionales vigentes. Este derecho a la vida lo considera “a favor de todos, sin excepción —cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho— debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe”. Para la Sala Constitucional, la normativa internacional, “sin ser muy prolífica”, tiene diversos instrumentos que lo protegen, y cita para ello el artículo 10. de la Declaración Americana

66 / Alberto Abad Suárez Ávila

de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 30. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 60. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 40. del Pacto de San José, que tiene “una protección mucho más elaborada”. Además, la Sala Constitucional señala que de acuerdo con este instrumento, persona es todo ser humano, y toda persona “tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, siendo estos los fundamentos jurídicos del derecho a la vida a partir del momento de la concepción. Además de estos instrumentos, cita a la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorgan “debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

De acuerdo con esta protección internacional que la Sala Constitucional costarricense considera que existe a favor de la vida del producto de la concepción como persona humana, la legislación penal en materia de aborto queda plenamente justificada. Ahora bien, respecto del problema a dilucidar en este caso, correspondiente a si el trato diferente que dan el Código Penal y el Código Civil al no nacido es inconstitucional, la Sala Constitucional establece que la técnica de tipificación penal permite distinguir diferentes tipos penales para las diferentes circunstancias en las cuales se ejecuta el evento de “dar muerte a una persona”, ejemplificando lo anterior con la existencia de tipos penales en donde la relación entre autor y víctima define al hecho punible como parricidio o infanticidio, o la particular condición del sujeto pasivo define un magnicidio. Esto le lleva a concluir que

...es perfectamente factible rescatar y tomar en cuenta diferentes circunstancias y aspectos que, sumados al núcleo básico de la acción lesiva del bien jurídico vida, sirvan para el establecimiento de penas que sean el reflejo de la mayor y más ajustada proporcionalidad posible entre el disvalor que representa para la sociedad cada concreta acción delictiva en cada una de sus variantes, por un lado, y por otro, la pena con que se le ha de sancionar.

Ahora bien, respecto a la inconstitucionalidad de la exclusión de la pena en el caso en el cual se practica un aborto por existir un peligro para la salud de la madre, la Sala estableció que conforme a la doctrina, cuando se habla de un peligro para la salud de la madre, se trata de una amenaza grave y seria, que aun cuando no pone directamente en riesgo su vida (caso en que sería de aplicación el otro supuesto normativo), representa un peligro de lesión a su dignidad como ser humano de tal magnitud, que —por ello mismo— el cuerpo social no está en situación de exigirle que la soporte, bajo la amenaza de una penalización. Es necesario entender entonces que la exclusión de penalidad operará en el caso de darse una confrontación de dos bienes jurídicos y dos valores constitucionales, no de diferente rango, sino de rango equivalente.

Lo anterior sirve de fundamento para considerar que no existe inconstitucionalidad en la norma, pues está plenamente justificado que el legislador deje sin punición una conducta cuando se encuentra un choque de bienes de igual valor, en este caso la vida del producto de la concepción y la dignidad de la madre.

En 2004, la Sala Constitucional resolvió una casación con el número 00-200086-0456-PE, interpuesta por un enfermero obstetra en contra de la sentencia penal que recibió bajo el cargo de homicidio culposo por la muerte del producto de la gestación durante el parto, siendo que se encontraba aún dentro del seno materno. El recurrente alegó que el tipo penal bajo el que fue condenado es erróneo, al considerarse un homicidio culposo y no, como él alega, un aborto. La razón que dio para considerar que el tipo penal adecuado es el de aborto es que el producto de la gestación expiró aún dentro del seno materno, por lo cual no puede considerarse que su calidad de sujeto pasivo configure el delito de homicidio. La Sala Constitucional resolvió el no ha lugar del recurso, debido a que en su opinión la asignación del tipo penal de homicidio culposo fue correcta. En sus palabras, consideró que

...si bien es cierto —tal y como se alega en el recurso— se tuvo por demostrado que la conducta culposa del acusado produjo como

68 / Alberto Abad Suárez Ávila

resultado que el menor ofendido muriese *dentro* del seno materno, es decir, *antes* de su expulsión, no podría perderse de vista que ello ocurrió cuando ya había dado inicio el proceso de parto, es decir, cuando el producto de la gestación ya había adquirido la madurez necesaria para nacer.

Para la Sala Constitucional, existe el nacimiento desde el momento en que el producto de la gestación tiene la madurez necesaria y, por lo tanto, se da inicio al proceso de alumbramiento, por lo cual considera que el nacimiento no debe considerarse como un “acto único, concreto y determinado, sino todo un *proceso* que da inicio cuando el infante ha adquirido la madurez necesaria y se presentan las contracciones uterinas; cuando éstas se inducen artificialmente; o cuando se da inicio al proceso de extracción quirúrgica”. Para tomar su decisión, la Sala Constitucional realizó nuevamente una interpretación amplia del derecho a la vida en los instrumentos internacionales, además de que se apoyó en jurisprudencia comparada de la Corte Suprema argentina, la cual estableció dicho criterio respecto al momento del nacimiento.

Uno de los casos más relevantes resueltos en la materia, y que permite una comparativa directa con la jurisprudencia constitucional que en la materia ha elaborado la Corte Constitucional colombiana, refiere al amparo 07-007740-0007-CO, presentado por una ciudadana en contra del Hospital México, que se negó a practicarle un aborto “a pesar de que los exámenes practicados y las entrevistas realizadas a la paciente corroboran que cursa un embarazo de alto riesgo por presentar producto con encefalocele posterior que pone en riesgo su vida y su salud”. La resolución de la Sala fue considerar inadmisible el recurso, argumentando nuevamente la inviolabilidad del derecho a la vida. En su opinión, sin bien la legislación penal establece la posibilidad de que un aborto sea practicado cuando se encuentra en peligro la salud de la madre sin configurar un hecho delictivo, nada habla respecto a las malformaciones del producto de la concepción. Para la Sala Constitucional, en este caso existe “un alto nivel de incerti-

dumbre, fundado en criterio médico, no puede esta jurisdicción tomar una decisión que inevitablemente incide en un valor tan importante como la inviolabilidad de la vida humana". Por lo tanto, la Sala Constitucional decidió que dicha situación excedía el ámbito de competencia de la Sala, por lo que lo mejor era declararlo inadmisible.

*D. El Salvador: Sala de lo Constitucional
Corte Suprema de Justicia*

El Salvador es uno de los países de la región en los cuales no existe ninguna excluyente de responsabilidad para el delito de aborto, el cual se encuentra penado en cualquier supuesto, situación que ha provocado que la Sala Constitucional haya tenido que decidir al respecto en dos casos. Al igual que el trabajo de la Sala Constitucional costarricense, el órgano de jurisdicción constitucional salvadoreño ha interpretado la existencia de vida humana desde el momento de la concepción, y por lo tanto la protección de la vida de la persona desde entonces.

El primero de los dos casos refiere a la Acción de inconstitucionalidad 118-1998, interpuesta por Roxana Ivonne Martí Montalvo en contra de la legislación penal de 1997, por no contener las "llamadas indicaciones tradicionales del delito de aborto" al legislarlo como un tipo penal absoluto, sin incluir ninguna excepción a la penalidad. La Sala Constitucional, en su resolución, analizó los alcances del derecho a la vida. Señaló que "la nueva vida humana ha de ser objeto de protección por el Estado y por sus instituciones". Al respecto, en su opinión, la "vida prenatal" no tiene una diferencia con la "vida postnatal", ya que la "vida humana lo es, desde el momento de la concepción, con idéntica naturaleza antes y después del nacimiento, en un proceso con saltos únicamente morfológicos, pero no de naturaleza". Para el órgano constitucional, la vida es "un derecho único e invariable, por lo que no puede admitirse que una vida humana valga en sí

70 / Alberto Abad Suárez Ávila

menos que otra". Concluye la Sala que estos razonamientos no permiten señalar que el derecho a la vida es absoluto, sino que efectivamente admite límites.

Posteriormente, la Sala Constitucional revisó si, como lo alega la demandante, el hecho de que no se incluyan excepciones a la legislación penal, en especial las relativas a los llamados aborto terapéutico, eugenésico y ético, es violatorio de los derechos de las mujeres. Al respecto, la Sala decidió sobreseer y no discutir el posible conflicto de derechos entre los derechos de la mujer y el derecho a la vida, debido a que la demandante no realizó un término de comparación planteado, en donde resulte evidente este posible conflicto de derechos, ya que solo presentaron afirmaciones de que "el conflicto entre los derechos de la mujer y el *nasciturus* tiene un contenido psicológico y emocional especialmente afflictivo".

Así entonces, habiendo establecido la Sala el reconocimiento al derecho a la vida del producto de la concepción como persona humana, y dada la oportunidad de considerar que dicho derecho establecía límites, decidió no valorar si los derechos de las mujeres imponían límites, por considerar que había deficiencias en la formación de la demanda, por lo que procedió a resolver sobre si el legislador se encuentra obligado a realizar una distinción de los diferentes tipos y penalidades tradicionales en el aborto, y por lo tanto si incurrió en una omisión. Al respecto, la Sala Constitucional decidió que no existía dicha omisión, debido a que de una interpretación articulada del texto normativo se puede desprender que el Código Penal regula efectivamente los supuestos del aborto en su conjunto. Por los argumentos anteriores, la Sala Constitucional salvadoreña decidió declarar que no existe inconstitucionalidad por omisión.

La sentencia de la Sala Constitucional termina con una narrativa interesante. Señala los graves problemas sociales del aborto y la necesidad de "más allá del castigo penal, coordinar una protección integral de vida humana intrauterina, con una ayuda igualmente eficaz en el caso de la embarazada, mejorando con ello la forma en que la sociedad salvadoreña resuelva sus con-

flictos sociales". Para la Sala Constitucional, utilizar sólo la vía penal para resolver las malas prácticas relacionadas con el aborto es una irresponsabilidad del Estado al atender "sólo sus efectos y no sus causas". Por lo anterior, la Sala Constitucional consideró relevante concluir que existen otras vías a la penal para solucionar la problemática del aborto, y señaló que

...el legislador tiene la libertad para considerar la posibilidad de regular, dentro del sistema jurídico salvadoreño, la posibilidad que un conflicto entre los derechos de la madre y los del nasciturus sea resuelto de manera previa a toda acción perjudicial a los derechos del segundo y que no sea objeto de enjuiciamiento dentro de un proceso penal; es decir, legislación en la que se establezca que puede conocerse y decidirse del supuesto conflicto fuera de un proceso penal y sin que la acción que afectará uno o varios derechos se haya consumado.

En 2011, la Sala Constitucional resolvería otro caso muy similar al primero, en el cual, mediante una Acción de inconstitucionalidad 67/2010 se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad por vicio de contenido de la legislación penal en materia de aborto. El centro de la demanda era similar a la anterior: el hecho de que los derechos de las mujeres se encontraban violentados por la omisión legislativa de establecer diversas penalidades y excepciones para los tipos penales y regularlos como un solo delito genérico. La resolución de la Sala Constitucional fue declarar improcedente el recurso, por referirse a una situación juzgada como anterioridad. En esta ocasión de nueva cuenta decidió no analizar el conflicto que puede existir entre los derechos de las mujeres y la protección a la vida del producto de la concepción. Concluyó diciendo que "la decisión legislativa por cualquier sistema de penalización en materia de abortos es un marco que compete a las valoraciones sociales y de política criminal que rigen en un país en un determinado momento histórico, que no pueden ser sustituidas por esta Sala".

72 / Alberto Abad Suárez Ávila

E. Argentina: Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema argentina no ha sido particularmente activa en la materia; sin embargo, tiene un par de casos de los cuales vale la pena hacer un breve análisis, ya que en ellos ha mantenido en principio la vigencia de la protección del derecho a la vida de la persona humana desde la concepción, pero ha permitido la interrupción del embarazo en dos casos de anencefalia del feto, sin nombrarlos aborto, sino redefiniéndolos como “adelanto del parto”.

El primer caso refiere a una acción de amparo presentada por T. S. en contra del gobierno de la ciudad de Buenos Aires y del Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires para que autoricen “a la dirección del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá para que proceda a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la amparista”. En su resolución, la Corte Suprema argentina dio autorización para “adelantar el parto, sin que esto se considere aborto”. La argumentación realizada por la Corte Suprema fue la siguiente: en principio, analizó el alcance del derecho a la vida en el constitucionalismo argentino, señalando que se encuentra protegido desde el momento de la concepción tanto en el texto constitucional como en los instrumentos internacionales, citando en particular la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 4o. de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Ahora bien, consideró que la solicitud, al no implicar un aborto, sino un adelanto del parto, no puede considerarse violatorio del derecho a la vida, por lo que decidió otorgarla bajo la condición de que se ajuste a las reglas del arte de la medicina “con el mayor respeto hacia la vida embrionaria”. En su opinión, el adelanto del parto no tiene como efecto perseguir la muerte del feto, por lo que de ninguna manera debe considerarse el caso como un aborto.

El segundo caso refiere a un recurso extraordinario de apelación de la ciudadana B. A. en contra del Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires solicitando

Autorización a la dirección del Hospital Italiano para que proceda a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la peticionaria, quien se hallaba en estado de gravidez de un feto anencefálico, enfermedad clínica extrema que excluye —según los informes médicos examinados— capacidad para la vida extrauterina independientemente del tiempo de gestación.

En este caso resuelto en 2001 la Corte Suprema resolvió de igual forma que en el anterior; sin embargo, dado que para el momento que resolvió el embarazo ya había concluido su decisión, se limitó a ser una decisión formal. En su argumentación final del caso, la Corte Suprema ordenó que todos los casos similares fueran resueltos con este criterio para evitar la caducidad de los mismos por la falta de objeto. Al respecto, se cita a la Corte Suprema:

Como lo ha subrayado este Tribunal, dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas.

F. Venezuela: Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

El último de los órganos jurisdiccionales latinoamericanos estudiados que tiene algún criterio relevante en la interpretación constitucional de la legislación penal en materia de aborto es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Venezuela. En 2001 resolvió un recurso de nulidad parcial interpuesto por razones de inconstitucionalidad en contra de la legislación penal que considera una

74 / Alberto Abad Suárez Ávila

atenuante de responsabilidad penal en el aborto, el llamado aborto “honoris causa”, contenido en el artículo 436 del Código Penal.²⁵ El actor señaló que bajo la protección al llamado honor de la abortante se justificaba la violación al derecho a la vida del producto de la concepción.

La Sala Constitucional resolvió declarar la improcedencia del recurso fundado en la validez que existe en el hecho de establecer atenuantes específicas en la legislación penal, atendiendo a la reprochabilidad de las causas determinantes de este. Para el caso del aborto “honoris causa”, la atenuante de responsabilidad penal se encuentra relacionada con el grado de la intolerancia social existente. Se considera que la mujer que incurre en este tipo penal ha tenido que decidir entre “el sentimiento de maternidad y el desprecio público, optando por el delito en aras de conservar su honra”. Por lo tanto, se considera que es constitucional que la ley atenúe la pena obedeciendo a causas sociales “para no mantenerse indiferente a la realidad existente”.

G. Conclusiones respecto de la labor de los órganos con jurisdicción constitucional en América Latina

La labor de los tribunales constitucionales latinoamericanos en la interpretación constitucional de la legislación penal en materia del aborto es hasta el momento, con excepción del caso colombiano, bastante discreta en cuanto a la defensa de los derechos reproductivos de las mujeres. La mayor parte de los tribunales permanecen a la fecha en silencio, sin tener mayor intención de participar de estas discusiones.

Dentro de los tribunales que ya han emitido análisis constitucionales en la materia, solamente la Corte Constitucional colom-

²⁵ “Artículo 436. Las penas establecidas en los artículos precedentes se disminuirán en la proporción de uno a dos tercios y el presidio se convertirá en prisión, en el caso de que el autor del aborto lo hubiere cometido por salvar su propio honor o la honra de su esposa, de su madre, de su descendiente, de su hermana o de su hija adoptiva”.

biana ha hecho un verdadero examen de los derechos reproductivos de las mujeres y un trabajo de ponderación entre el valor normativo de estos frente al derecho a la vida del producto de la concepción. El trabajo de la Corte Constitucional colombiana no sólo ha dado estas definiciones constitucionales, sino que ha avanzado hacia establecer obligaciones de política pública a las entidades participantes del sistema de salud para que incorporen las buenas prácticas en los procesos de interrupción del embarazo. Por estas razones, es posible considerarlo el único tribunal activista en materia de derechos fundamentales de las mujeres cuando se realiza la interpretación constitucional de la legislación penal de aborto.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana ha tenido por su parte una labor más irregular. Si bien en todas sus resoluciones ha decidido respetar la legislación progresista que ha ido avanzando la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, hasta la fecha ha fallado en establecer jurisprudencia válida que resuelva las tensiones que la materia plantea entre los derechos reproductivos de las mujeres y el derecho a la vida del producto de la concepción. Los casos sobre el derecho a la vida que resolverá en fechas próximas pueden ir estableciendo la forma en que la Corte mexicana definirá el rumbo de esta discusión.

Por su parte, las salas constitucionales de El Salvador y Costa Rica no han podido incorporar a la discusión el tema de los derechos reproductivos de las mujeres debido a que han considerado, como lo han hecho sus legisladores nacionales, un derecho a la vida demasiado amplio, que cubre constitucionalmente la vida humana desde la concepción. En particular, en Costa Rica se ha elaborado toda una jurisprudencia alrededor de esta visión, negándose a incorporar una visión de respeto a los derechos reproductivos en la legislación penal del aborto. La Sala Constitucional de El Salvador ha sido un poco más abierta a considerar por lo menos que el derecho a la vida del producto de la concepción no es absoluto, y que el problema del aborto requiere de mayores soluciones además de la legislación penal.

76 / Alberto Abad Suárez Ávila

La Corte Suprema argentina ha dado cierta respuesta favorable al aborto por malformaciones genéticas bajo un esquema creativo de considerar a la interrupción del embarazo no como una práctica abortiva, sino como un adelantamiento del embarazo. Si bien pragmáticamente la resolución de la Corte ha permitido superar la rígida protección del derecho a la vida que existe en el constitucionalismo argentino, esta solución no ha permitido discutir con la amplitud necesaria la cuestión de los derechos reproductivos de las mujeres.

Las resoluciones que en próxima fecha tomarán los órganos de jurisdicción constitucional en Brasil y Nicaragua ayudarán a tener un mejor entendimiento de la labor de interpretación constitucional de la legislación del aborto en América Latina. Por lo pronto, el panorama existente hasta 2011 habla de tribunales constitucionales muy poco activos en la integración de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en la discusión.

5. Anticoncepción de emergencia en la jurisdicción constitucional de América Latina

Otro de los temas que involucran los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que han llegado a los organismos con jurisdicción constitucional en América Latina es el referente a la anticoncepción de emergencia (AE). La AE, según la Organización Mundial de la Salud, “se refiere a métodos de respaldo que las mujeres pueden usar en caso de emergencia dentro de los primeros días posteriores a una relación sexual sin protección, con el objetivo de prevenir un embarazo no deseado”.²⁶

De acuerdo con la misma OMS, los métodos anticonceptivos de emergencia no son adecuados para uso regular, porque su nivel de efectividad es menor al de otros métodos anticonceptivos. La Organización recomienda su uso para evitar un embarazo no deseado en mujeres en edad reproductiva en situaciones como:

- a) cuando no se ha usado ningún método anticonceptivo; b) cuando ha ocurrido una falla del método anticonceptivo o éste ha sido usado de manera incorrecta, incluyendo casos en que: el condón se ha roto, deslizado o se ha usado de manera incorrecta; la mujer ha olvidado tomar tres o más píldoras anticonceptivas orales combinadas consecutivas; la mujer se ha atrasado más de tres horas en tomarse una píldora de progestágeno solo (minipíldora); ha habido un retraso de más de dos semanas en la administración de la inyección anticonceptiva de progestágeno solo (acetato de medroxiprogesterona de depósito o enantato

²⁶ Organización Mundial de la Salud, Boletín Informativo, marzo de 2005.

78 / Alberto Abad Suárez Ávila

de noresterona); ha habido un retraso de más de siete días en la administración de la inyección mensual combinada de estrógenos más progestágeno; el parche transdérmico o anillo vaginal se han desplazado, ha habido un retraso en su colocación o se han extraído antes de lo debido; el diafragma o capuchón cervical se han desplazado o roto, o se han extraído antes de lo debido; el coito interrumpido ha fallado (por ejemplo, eyaculación en la vagina o en los genitales externos); una tableta o película espermicida no se han derretido antes de la relación sexual; ha ocurrido un error en el cálculo del método de abstinencia periódica o no ha sido posible practicar la abstinencia en los días fértiles del ciclo; ha ocurrido una expulsión del DIU; y c) cuando ha ocurrido una agresión sexual y la mujer no está protegida con un método anticonceptivo eficaz.

La OMS considera que las píldoras anticonceptivas de emergencia (PAE) que contienen levonorgestrel previenen la ovulación y que no tienen un efecto detectable sobre el endometrio (revestimiento interno del útero) o en los niveles de progesterona cuando son administradas después de la ovulación. Las PAE no son eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado y no provocarán un aborto. La dosis que recomienda es de 1.5 mg de levonorgestrel administrado en una sola dosis. Según sus estadísticas, el uso de la anticoncepción de emergencia reduce entre el sesenta y el noventa por ciento del riesgo de embarazo dentro de los cinco días siguientes a la relación sexual, siendo más efectivo mientras más rápido se administre. Como criterios médicos de elegibilidad, la OMS considera que no debe administrarse una vez confirmado el embarazo. Asimismo, señala que según los expertos, su uso, aun cuando la mujer tenga algunas semanas de embarazo si consume la dosis señalada, no se produce un daño al feto ni a la mujer embarazada. Señala como efectos secundarios a un uso frecuente, irregularidades menstruales, sin tenerse demostrado que ese uso pueda tener daños importantes a la salud.

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 79

Los países de la región latinoamericana regulan de diversa forma lo relativo a la AE. De acuerdo con la clasificación elaborada por el Consorcio Latinoamericano de Anticoncepción de Emergencia, la regulación de la AE en América Latina es la que se trascibe en la siguiente tabla.

TABLA 3
La regulación de la anticoncepción de emergencia
en América Latina

País	Constitución	Leyes o decretos		Normas y reglamentos	Entrega por los servicios de salud
	<i>Derecho a la salud reproductiva y/o planificación familiar</i>	<i>Salud reproductiva y/o planificación familiar</i>		AE	AE
Argentina	No	Sí	No	Sí	Sí
Bolivia	Sí	Sí	No	Sí	Sí
Brasil	Sí	Sí	No	Sí	Sí
Chile	No	Sí	Sí	Sí	Sí
Colombia	No	Sí	Sí	Sí	Sí
Costa Rica	--	--	--	--	--
Ecuador	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
El Salvador	No	Sí	No	Sí	Sí
Guatemala	Sí	Sí	No	Sí	Sí
Honduras	--	--	--	--	--
México	Sí	Sí	No	Sí	Sí
Nicaragua	No	No	No	Sí	Sí
Panamá	No	No	No	Sí	Sí

80 / Alberto Abad Suárez Ávila

País	Constitución	Leyes o decretos		Normas y reglamentos	Entrega por los servicios de salud
	<i>Derecho a la salud reproductiva y/o planificación familiar</i>	<i>Salud reproductiva y/o planificación familiar</i>			
Paraguay	Sí	No	No	Sí	Sí
Perú	--	--	--	--	--
República Dominicana	No	Sí	No	Sí	Sí
Uruguay	No	Sí	No	Sí	Sí
Venezuela	Sí	Sí	No	Sí	Sí
TOTAL	7	12	3	15	15

Tabla elaborada con información obtenida de la página web del Consorcio Latinoamericano de Anticoncepción de Emergencia, www.clae.info.

En la tabla 3 se incluye como primer criterio la inclusión de los derechos a la salud reproductiva y a la planificación familiar, desde el entendimiento que la AE encuentra sustento constitucional en el ejercicio de dichos derechos. Se observa que siete de los dieciocho países consideran a la salud reproductiva o a la planificación familiar como derechos fundamentales en sus Constituciones, mientras que doce de ellos llevan ese reconocimiento a la legislación ordinaria. Sólo Chile, Colombia y Ecuador han regulado la AE en sus leyes generales, mientras que quince países los tienen considerados en normas y reglamentos, lo que hace concluir que es en ese tipo de instrumentos jurídicos secundarios en los cuales los Estados han preferido la materia.

Respecto de Costa Rica, Honduras y Perú, la razón de que no aparezcan los datos en la tabla es que o bien no está regulada la materia, como en el caso costarricense, lo que no necesariamente implica su prohibición, o bien su uso y distribución ha sido pros-

crito por decisión de algún órgano de gobierno, como lo señala el siguiente párrafo:

La situación de los países en donde la AOE no se entrega en el sistema público de salud es muy disímil. En Honduras, su distribución gratuita y comercialización fue prohibida mediante la publicación del Acuerdo Ministerial No. 2744 de la Secretaría de Salud el día 21 de octubre de 2009. En Perú, si bien la AOE se encontraba reglamentada en la “Guía de Atención Integral de Salud Sexual y Reproductiva”, el “Manual de orientación y consejería en salud sexual y reproductiva” y la “Norma técnica de planificación familiar”, luego del Fallo del Tribunal Constitucional que ordenó al Ministerio de Salud abstenerse de desarrollar como política pública la entrega gratuita de la AOE a nivel nacional, se publicó la Resolución Ministerial 652/2010 prohibiendo cualquier actividad referida al uso del Levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia. En Costa Rica en cambio, la AOE no se encuentra normada, por lo que si bien su distribución no está expresamente prohibida, la inexistencia de un producto dedicado registrado impone la su acceso, tanto en el sistema de salud como en el mercado.

Volviendo al centro de nuestro tema, en los casos estudiados, en donde la jurisdicción constitucional ha resuelto sobre la constitucionalidad de diversos temas alrededor de la anticoncepción de emergencia, se ha argumentado que la anticoncepción de emergencia es en realidad un procedimiento abortivo, por lo cual su registro, prescripción, comercialización o distribución gratuita, según el procedimiento y la regulación del país del que se trate, atentan en contra del derecho a la vida del producto de la concepción. Sólo excepcionalmente se ha encontrado que a través de la jurisdicción constitucional se ha intentado reforzar la normatividad y las políticas públicas tendientes a que la anticoncepción de emergencia sea disponible para las mujeres que así decidan utilizarla conforme a sus derechos sexuales y reproductivos.

82 / Alberto Abad Suárez Ávila

Los órganos de jurisdicción constitucional que han revisado estos casos han tenido que analizar entre otras cuestiones el alcance del pretendido derecho a la vida del producto de la concepción; el inicio de vigencia de su protección mediante la definición del momento en el que comienza la vida a través de estudios técnicos y si la anticoncepción de emergencia provoca algún daño a estos derechos. La forma en la que los diversos órganos han resuelto no ha sido igual; sin embargo, en algunos de ellos se ha observado una tendencia a, basándose en una cuestionable evidencia científica, considerar que no se tiene fundamento suficiente para considerar que la píldora no es abortiva, y, por lo tanto, proceder a declarar su inconstitucionalidad por la “duda razonable” de que la anticoncepción de emergencia pueda efectivamente atentar contra la vida del producto de la concepción. Lamentablemente, en la argumentación constitucional de la AE ha estado ausente casi en su totalidad la discusión sobre los derechos reproductivos de las mujeres.

De los dieciocho órganos con jurisdicción constitucional que se incluyeron en la investigación, se ha encontrado evidencia de discusiones relevantes en casos resueltos por la Corte Constitucional chilena, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, la Suprema Corte de Justicia de la nación mexicana y por el Tribunal Constitucional de Ecuador, los cuales se describen en los incisos siguientes de este tema.

A. Chile: Corte Constitucional

En enero de 2007, la Corte Constitucional chilena resolvió un proceso de inconstitucionalidad iniciado por una minoría de diputados en contra de la Resolución exenta 584, expedida por el Ministerio de Salud, el 10. de septiembre de 2006, mediante la cual se aprobaron las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad. La minoría legislativa demandó en específico que las

Normas eran violatorias de la Constitución porque autorizan “por una parte, el otorgamiento de consejería a menores a partir de los 14 años de edad sin el consentimiento ni el conocimiento de sus padres y, por otra, la utilización de la llamada Píldora del Día Despues, en los Servicios de Salud Municipalizados del país, bajo la modalidad de libre disposición”.

Ésta es una peculiar sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, porque fundó sus razonamientos para decretar la inconstitucionalidad de las Normas Nacionales, en cuestiones puramente formales y de competencia del Ministerio de Salud. La resolución considera que el Ministerio de Salud incumplió con las formalidades que le requiere emitir un decreto de esta naturaleza. En particular, señaló que este tipo de ordenamiento jurídico precisa de ser suscrito por la presidenta de la República, además de la toma de razón de la Contraloría General de la República, por su carácter reglamentario. El argumento principal del Tribunal Constitucional para decretar la inconstitucionalidad de la Resolución exenta fue el siguiente:

En efecto, ese acto administrativo contiene un conjunto de normas; cuyo alcance es nacional o de aplicación general a todos los destinatarios de ellas; y dotadas de carácter permanente, es decir, que no agotan o pierden vigencia por su aplicación en un caso determinado. Sin embargo, tal Resolución Exenta carece de las demás exigencias que la Constitución contempla para los decretos supremos reglamentarios, porque fue dictada por la Ministra de Salud, en circunstancias que hacerlo se halla prohibido, pues correspondía que fuese suscrita por la Presidente de la República y, además, debió ser sometida previamente al trámite de toma de razón en la Contraloría General de la República, atendida su naturaleza esencialmente reglamentaria. Habiéndose omitido estos dos requisitos esenciales para la formación válida de un reglamento, fuerza es concluir que la Resolución Exenta No. 584 quebranta la Constitución, en su aspecto formal, lo que así será declarado por este Tribunal.

84 / Alberto Abad Suárez Ávila

De este modo, la resolución resulta ser más bien, desde un punto de vista material, esto en cuanto a su contenido, como señala la doctrina italiana, una “falsa resolución” o más propiamente una “resolución de carácter reglamentaria”.

En 2008, la Corte Constitucional resolvería una nueva controversia respecto de la inconstitucionalidad de un ordenamiento regulador del uso de la anticoncepción de emergencia. En esta ocasión, de igual forma que con el caso citado anteriormente, una minoría legislativa integrante de la Cámara de Diputados demandaría la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de las recientemente aprobadas Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, por el Decreto Supremo 48, de 2007, del Ministerio de Salud. A requerimiento específico de la Corte para que señalaran los textos normativos controvertidos, los diputados centraron su disputa en los contenidos del apartado 1. “Sección C: Tecnología anticonceptiva”: a) punto 3.3. “Anticoncepción hormonal de emergencia”, y b) párrafo 4 “anticoncepción no hormonal”, punto 4.1.1. “Dispositivos intrauterinos”.

En esta ocasión, el Tribunal Constitucional sí resolvió fundándose en un análisis de fondo, específicamente, desde la evaluación de los alcances de la protección del derecho a la vida y diversos principios interpretativos constitucionales. Para realizarlo, utilizó diversas fuentes de derecho nacional, internacional y comparado. El tema con el que inició su argumentación fue el derecho a la vida y el alcance de su protección en Chile. En su opinión, el derecho a la vida en el sistema constitucional chileno se encuentra protegido desde el momento de la concepción, conforme al artículo 19, numeral primero, de la Constitución chilena, y al artículo 4.1 de la Convención Americana. Además de lo anterior, utilizó como fuentes de derecho comparado resoluciones que la Corte Suprema argentina y la Sala Constitucional colombiana han sostenido respecto al derecho a la vida desde la concepción. Una vez definida la existencia del derecho a la vida desde el momento de la concepción, el Tribunal se dispuso a re-

solver la cuestión de a partir de cuándo se produce la vida, para lo cual concluyó que

...si al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre –como ha sido afirmado en estos autos–, es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto sujeto de derecho. La singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona.

La conclusión del Tribunal Constitucional chileno respecto del momento en que comienza la vida es muy amplia, como se puede observar del párrafo anterior. Una vez que determinó el tribunal que constitucionalmente la vida se protege desde el momento de la concepción y señaló que el momento de inicio de la misma, y, por lo tanto, de su protección, el órgano constitucional chileno revisó si para el caso en concreto la anticoncepción de emergencia resultaba en una violación de ese derecho a la vida desde la concepción, para lo cual solicitó y recibió la opinión de diversos científicos. Frente a las opiniones vertidas por estos, el Tribunal Constitucional concluyó que “la evidencia que provee la ciencia médica es contradictoria y no aparece rodeada de elementos que convenzan definitivamente en orden a que ella no afectará la vida de un ser humano concebido aunque no nacido que merece plena protección constitucional”. Así, entonces, la posición del Tribunal Constitucional frente a la anticoncepción de emergencia fue que la falta de evidencia científica de que la anticoncepción de emergencia no afecta el derecho a la vida genera un estado de incertidumbre, en donde se abre la posibilidad de que su uso pueda violentar los derechos fundamentales de lo que llama “un ser humano concebido aunque no nacido”. Ante

esta incertidumbre científica, que cabe agregar que frente a otras instancias como la OMS no es tal, el Tribunal Constitucional decidió resolver, bajo el principio *pro homine* o *favor libertatis*, que debía declarar inconstitucionales las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad. El principio *pro homine* lo rescata de la jurisprudencia elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo contenido es que “entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido... debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985).

La argumentación final del Tribunal Constitucional chileno sigue la lógica que establece el cuerpo de la sentencia. En tres párrafos concluye lo desarrollado en el caso para llegar a tomar su decisión. La argumentación final es la siguiente:

Que de los razonamientos que preceden, esta Magistratura sólo puede constatar que la evidencia científica allegada al presente proceso no permite excluir, en términos categóricos y concluyentes, la posibilidad de que la ingestión de la denominada “píldora del día después”, ya sea en su versión de progestina pura o en la del método combinado o de Yuzpe, no sea capaz de afectar la implantación de un óvulo fecundado o de un embrión o, en definitiva, de un ser humano, en los términos que se han definido por la propia ciencia médica.

Por el contrario, si se sigue la tesis de quienes sostienen –como además lo entendió nuestro propio Constituyente– que la vida comienza con la concepción, esto por la unión del óvulo y del espermatozoide, un eventual efecto de las píldoras del día después que impidiera la implantación de un ser vivo –o de una persona– se transformaría en un aborto del todo contrario a la protección constitucional de la vida del que está por nacer que ha impuesto la Constitución al legislador, y que, como todo derecho fundamental, impone a todos los órganos del Estado la obligación de respetar y promover.

Que de todo lo expuesto sólo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera, porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del *nasciturus*, obliga al juez constitucional a aplicar el principio “favor persona” o *pro homine* en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la carta fundamental de estar al “servicio de la persona humana” y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el *nasciturus* participa en plenitud. Dice la sentencia:

En consecuencia, este Tribunal sólo puede concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 50., inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 19 No 1 de la misma, conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del D.S. No. 48, de 2007, del Ministerio de Salud, en la parte contenida en el acápite 3.3 de la Sección C, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”. Asimismo, debe estimarse inconstitucional, por derivación, la sección D de las mismas Normas Nacionales, referida a la “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, en la parte que se refiere a la “anticoncepción de emergencia”.

La resolución del tribunal chileno es una de las resoluciones que más activamente se han mostrado para proteger el derecho a la vida desde la concepción, y, que por contraparte, se han olvidado de proteger el derecho a la autonomía reproductiva y otros derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que convergen en este tema. En la intención del Tribunal Constitucional de dar una amplia protección a la vida humana cayó en diversas impre-

88 / Alberto Abad Suárez Ávila

cisiones respecto a la evidencia científica que existe alrededor de la anticoncepción de emergencia. Con esta resolución, el Tribunal Constitucional chileno se ubicó dentro del sector más conservador en la región latinoamericana en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de las mujeres.

B. Argentina: Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha sido otro de los tribunales constitucionales que en el periodo estudiado ha resuelto casos que involucran la anticoncepción de emergencia. El más importante de ellos es el conocido como *Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo* resuelto en 2002. Los conceptos y definiciones alcanzados por esta resolución han sido fuente de derecho comparado de otros tribunales de la región, como el chileno, y se ha posicionado como uno de los documentos legales en donde se ha defendido con mayor amplitud el derecho a la vida y con menor interés los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, cuando ambos casos se encuentran en conflicto.

La historia del caso es la siguiente: la Asociación civil Portal de Belén demandó en vía de amparo al Ministerio de Salud para que “se le ordene revocar la autorización y se prohíba la fabricación, distribución y comercialización del fármaco de Laboratorios Gabor S. A., cuyo nombre comercial es Imediat, pues se trata de una píldora con efectos abortivos, encubierta bajo la denominación eufemística de anticoncepción de emergencia”. En el centro de la argumentación de la asociación se encuentra la idea de que la AE tiene efectos abortivos, y por lo tanto viola el derecho a la vida.

La metodología escogida por la Corte Suprema argentina fue iniciar con un análisis argumentativo del contenido y alcance del derecho a la vida, reconociendo que tanto el derecho constituci-

cional interno argentino como el derecho internacional del que forma parte protegen el derecho a la vida desde el momento de la concepción. De acuerdo con la resolución, y basada en la opinión de algunos expertos de la ciencia médica, la vida comienza desde el momento de la fecundación, y por lo tanto la obligación del Estado para protegerla comienza también desde ese momento.

Con estos razonamientos previos respecto al alcance del derecho a la vida desde el momento de la concepción, la Corte Suprema ordenó que a través de diversas opiniones científicas se concluyera respecto de la posible afectación que la AE pudiera tener sobre el derecho a la vida. De las diversas opiniones recogidas, algunas de ellas sostuvieron que el fármaco Imediat impide la anidación en el endometrio, lo que en opinión de la Corte constituye, si es que es el caso que efectivamente así sucede, una práctica “abortiva”. Por lo anterior, y fundándose en el principio *pro homine*, la Corte Suprema concluyó:

Que el último de los efectos señalados ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior. En efecto, todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo. Se configura así una situación que revela la imprescindible necesidad de ejercer la vía excepcional del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental en juego (Fallos: 280:238; 303:422; 306:1253, entre otros).

Basado en estos argumentos, la Corte Suprema en su resolución expresa:

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada, se hace lugar a la acción de amparo y se ordena al Estado Nacional —Ministerio Nacional de Salud y Acción Social, Administración Nacional de

90 / Alberto Abad Suárez Ávila

Medicamentos y Técnica Médica—, que deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación distribución y comercialización del fármaco “Imediat” (artículo 16, segunda parte, ley 48).

La resolución argentina es otra de las sentencias en el continente en las cuales el órgano constitucional se ha expresado por la inconstitucionalidad de la anticoncepción de emergencia en virtud de las posibles implicaciones que su uso podría tener al derecho a la vida del producto de la concepción. Al igual que en otras sentencias de sus pares latinoamericanos, la Corte argentina no realizó una valoración respecto de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

C. México: *Suprema Corte de Justicia de la Nación*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación recientemente revisó un caso de controversia constitucional presentado por el gobernador del estado de Jalisco en contra de la autoridad de salud federal por la emisión de la modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, “Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar,” para quedar como NOM-046-SSA2-2005 “Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención”, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el dieciséis de abril de dos mil nueve.

El proceso de controversia constitucional en México se tiene contemplado por la Constitución para resolver problemas de competencia entre diversos órganos de gobierno en los niveles horizontal y vertical. Pese a lo anterior, la misma Corte mexicana ha establecido que a través de la controversia constitucional, cuando se trata de derechos fundamentales, es posible estudiarlos siempre y cuando se encuentren relacionados con el argumento central de la violación de las facultades de un órgano por el otro. Para resolver este caso, la parte actora hizo dos tipos de

planteamientos, unos dirigidos a combatir la inconstitucionalidad de la norma por violentar los derechos fundamentales, entre ellos destacando el derecho a la vida, y otros para combatir la inconstitucionalidad de la norma en virtud de violaciones al procedimiento constitucional establecido.

Respecto de los argumentos en cuanto a que la norma violentaba los derechos fundamentales del derecho a la vida al incluir la anticoncepción de emergencia, el tribunal constitucional mexicano consideró que dicha situación no era parte del tema de esta resolución, por no encontrarse relacionadas con los conceptos de violación alegados por el actor. Dice en su resolución:

Son infundadas las alegaciones en las cuales se hacen valer violaciones a derechos fundamentales, porque de los conceptos de invalidez no se desprende que esas infracciones se encuentren relacionadas con alguna vulneración a la esfera de competencias del ente actor en la controversia constitucional. Los conceptos de invalidez que nos ocupan se dirigen a tachar de inconstitucional la norma impugnada, pues, a juicio de la parte promovente, su contenido genera violación a las garantías tributarias de los gobernados, al derecho de igualdad y a la libertad laboral. Sin embargo, esas presuntas infracciones no implican el rompimiento del principio de división de poderes o conllevan una intromisión en el ámbito de atribuciones del actor.

Conforme a lo anterior este Alto Tribunal considera que en la vía de controversia constitucional no procede analizar los argumentos de los conceptos de invalidez sintetizados, pues de hacerlo se desnaturalizaría el sistema procesal de ese medio de control constitucional, el cual, principalmente, está dirigido a preservar las competencias de cada orden de gobierno previstas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En consecuencia los conceptos referidos resultan infundados.

Con esta resolución, la Corte mexicana evitó entrar al análisis de las tensiones entre los diversos derechos que colisionan en el caso de la AE, fundado básicamente en la idea de que no es el

92 / Alberto Abad Suárez Ávila

procedimiento adecuado para hacerlo. De esta forma, su decisión se restringió a analizar los argumentos presentados por la parte actora respecto de la presunta inconstitucionalidad de la modificación a la norma por incompetencia de la autoridad emisora y fallas en el procedimiento de modificación de la misma. La Corte mexicana consideró que al contrario de la opinión demandante, la modificación a la norma cumplió con el procedimiento legal exigido para este tipo de instrumentos jurídicos, además de que su emisión se encuentra dentro de la esfera de facultades de la autoridad sanitaria. Citando la resolución, se expresó de esta forma:

De este modo, de esta estructura constitucional y legal de la materia de salubridad general se desprende que la Federación puede establecer normas técnicas vinculantes para todas aquellas entidades, ya sean federales o locales, pero que integren el Sistema Nacional de Salud, encargadas por la Ley General de algunos de los rubros de la materia constitucionalmente concurrente de salubridad general.

El procedimiento de modificación de la norma que ahora nos ocupa se llevó a cabo, se publicó en el Diario Oficial y después se dio vista a todos los interesados para que participaran con los comentarios respectivos, incluyendo a muchas asociaciones civiles y personas en particular, y el gobierno del Estado de Jalisco que tuvo su participación en la elaboración de esta norma y propuso la modificación de alguna parte del contenido.

La resolución de la Corte mexicana no tuvo una afectación negativa en el tema de la anticoncepción de emergencia para la protección de los derechos sexuales y reproductivos, pero tampoco tiene trascendencia jurídica respecto a las ponderaciones que en materia de colisión de derechos se pueden hacer en el sistema constitucional mexicano. Esta es una resolución que sitúa a la Corte mexicana lejos de los tribunales latinoamericanos que han hecho esfuerzos activos por construir una idea amplísima de la

protección del derecho a la vida desde la concepción, pero que por su falta de trascendencia jurídica y de análisis constitucional de fondo tampoco sirve para ubicarla como un trabajo de protección explícita de derechos fundamentales de las mujeres.

D. Perú: Tribunal Constitucional

La labor del Tribunal Constitucional peruano respecto de la anticoncepción de emergencia es una de las más activas y contradictorias de la región con respecto del tema que nos ocupa. Dos resoluciones recientes, una de 2006 y una de 2009, enfrentan en un periodo corto de tiempo el lugar que en la reflexión constitucional de la nación andina encuentran los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Mientras que la decisión de 2006 garantizó el acceso a la salud reproductiva de las mujeres con la excitativa a la autoridad de salubridad para cumplir con los programas de apoyo al acceso a la AE, la decisión de 2009 es un salto para atrás en la materia, al resolver el Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de la AE fundándose en el derecho a la vida desde la concepción.

En 2006, un grupo de mujeres acudieron ante el Tribunal Constitucional a solicitar que se ordenara el cumplimiento de las resoluciones ministeriales 465-99-SA/DM y 399-2001-SA/DM, “que al aprobar las normas sobre planificación familiar, dispusieron la incorporación del AOE como uno de los métodos anticonceptivos, así como su difusión y reparto en los hospitales y centros de Salud bajo la dirección del Ministerio de Salud”, el cual constantemente se había mostrado renuente a cumplir con estas obligaciones. La solicitud, además de haber sido negada en las instancias inferiores, se enfrentó a la dilación judicial, que no permitió resolverla mientras las normas se encontraban vigentes. Al solicitar el recurso de agravio constitucional, las actoras solicitaron que dado que las resoluciones no se encontraban vigentes, mas sus contenidos se encuentran contenidos en la Resolución 536-

94 / Alberto Abad Suárez Ávila

2005/MINSA que las sustituyó, redirigieron su demanda fundándola en esta última resolución, bajo la misma solicitud.

El Tribunal Constitucional resolvió favorablemente a la solicitud de las ciudadanas fundando su resolución en los siguientes argumentos: el primero de ellos fue tendiente a establecer su competencia y resolver la subsistencia de la materia demandada aun cuando en las pretensiones originales se expresaron las demandantes sobre una norma que en el momento de resolver ya se encuentra derogada. Al respecto, el Tribunal señaló:

De una simple comparación de las normas citadas se advierte que el mandato y las obligaciones que de ella se derivan para el Ministerio de Salud subsisten y en la práctica siempre se mantuvieron. Por ello, este Colegiado considera que, en el presente caso, no se presenta el supuesto de sustracción de la materia, porque esta no sólo debe ser formal sino material, es decir, que para que aquella resulte aplicable el mandato debe ser derogado en su integridad (material y formalmente), supuesto que no se ha dado en el caso de autos.

Adicionalmente a la razón expuesta, debe considerarse que la tramitación de la demanda fue objeto de una innecesaria dilación, por la aplicación de un excesivo formalismo del *a quo*, corregido por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima. Sin embargo, este hecho produjo que después de un año, dos meses y quince días, la demanda recién fuera admitida. En tal sentido, persistir en la tesis de la sustracción llevaría a que las recurrentes, después de cuatro años de litigio, tuvieran que iniciar un nueva demanda de cumplimiento para exigir lo mismo que en la presente demanda, lo cual no se condice con la finalidad de los procesos constitucionales.

Sobre la base del principio de economía procesal y teniendo en cuenta que el mandato materialmente sigue vigente, este Colegiado estima que no hay sustracción de materia y que corresponde un pronunciamiento de fondo acerca de los mandatos contenidos y actualizados en la “Norma Técnica de Planificación Familiar”, aprobada por la Resolución Ministerial No. 536-2005-MINSA.

Una vez decidida la cuestión de la subsistencia de su jurisdicción en la materia, la resolución señala que el Ministerio de Salud se encuentra obligado a cumplir con los mandatos establecidos por las normas respecto de la información relativa a métodos anticonceptivos y la puesta a disposición a la ciudadanía de los insumos de AE y otros métodos anticonceptivos. La resolución es bastante escueta; sin embargo, contiene como fuentes de sustento de la resolución las normas debidamente aprobadas, el mandato constitucional, los informes que vía *amicus curiae* llegaron a la Corte para informar sobre el estatus actual de la ciencia médica respecto a la anticoncepción de emergencia. Dice la resolución:

En efecto, este Colegiado estima que el primer extremo del petitorio debe ser amparado, en el sentido de que el Ministerio de Salud debe poner la información sobre el AOE al alcance de los ciudadanos al igual que la información relativa a otros métodos anticonceptivos. Igualmente, las recurrentes también han probado que el Ministerio de Salud no cumple el mandato de poner permanentemente a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita, al igual que otros métodos anticonceptivos.

22. Por tanto, este Colegiado, en estricto acatamiento de las normas debidamente aprobadas por el Ministerio de Salud, de sus mandatos vigentes, del mandato constitucional de eficacia de las normas legales y de los actos administrativos, teniendo en cuenta los diversos informes *amicus curiae* así como de las instituciones involucradas (los cuales han determinado que en el estado actual de la medicina los efectos del AOE son anticonceptivos), estima que las pretensiones de las recurrentes deben ser amparadas, toda vez que se ha evidenciado que, después de cinco años y tres meses de vigencia de los mandatos exigidos, el Ministerio de Salud se ha mostrado renuente a su cumplimiento.

Esta primera resolución del Tribunal Constitucional peruano en la materia muestra en sus conceptos más cercanía a la defi-

96 / Alberto Abad Suárez Ávila

nición de AE de la OMS, cuando habla de la evidencia científica que las resoluciones argentina, chilena y, lamentablemente, la que más tarde el mismo Tribunal adoptaría, distingue la anticoncepción de emergencia de ser una “práctica abortiva”. Además, contiene una importante defensa de la obligación gubernamental de proveer tanto la información respecto de los métodos de anticoncepción como la disponibilidad de la AE, ante un evidente incumplimiento de dichas obligaciones y un enérgico rechazo a la dilación judicial de este tipo de procedimientos como argucia legal para impedir la defensa de los derechos fundamentales.

En 2009, el Tribunal Constitucional resolvería de nueva cuenta un asunto relacionado con la AE. En esta ocasión la organización no gubernamental “Acción de Lucha Anticorrupción” solicitó del Ministerio de Salud abstenerse de

a) de iniciar el programa de distribución de la denominada “Píldora del Día siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita, b) de distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República.

El fundamento constitucional para hacer esta solicitud de la parte actora fue la pretendida violación al derecho a la vida que se produce con la AE. La metodología utilizada para resolver el caso por el Tribunal peruano es similar a la utilizada en otros casos, como el argentino y el chileno. Inicia por definir los alcances y fundamentos del derecho a la vida en el Perú, para lo cual utiliza tanto derecho interno como derecho internacional de los derechos humanos. Entre los documentos internacionales utilizados se encuentran el artículo 1o. de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo tercero de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo sexto del Pacto Internacional de Derechos Civiles, el artículo 4o. inciso

10., de la Convención Americana sobre Derechos y, asimismo, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, y asegura que todos estos documentos prevén la protección de la vida desde el momento de la concepción. Al respecto, concluye diciendo que “resulta evidente que la vida es protegida desde la concepción; siendo ésta, por lo menos desde la perspectiva del Derecho aplicable a nuestro país, una cuestión ya determinada, y sobre la cual no tendría utilidad hacer en este momento disquisiciones mayores”.

Establecido lo anterior, el Tribunal Constitucional peruano se preocupó por resolver el momento en el que inicia la vida. En su opinión, existen dos teorías muy populares al respecto: la *teoría de la fecundación*, que señala que la vida comienza desde el momento de unión entre un espermatozoide y un óvulo, y la *teoría de la implantación*, que se inclina a considerar que la vida comienza con la “viabilidad del embrión y la certeza del embarazo”. El Tribunal Constitucional se inclinó por considerar que la vida comienza conforme a la primera postura teórica, bajo la siguiente argumentación:

...la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. Por lo demás, aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo, se trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente; pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición de concebido.

98 / Alberto Abad Suárez Ávila

Así entonces, para el Tribunal Constitucional es desde la fecundación cuando inicia la vida, y por lo tanto es desde ese momento en el que inicia la protección constitucional del derecho a la vida. La siguiente preocupación que encuentra es definir si la AE genera un daño, para lo cual convocó a la opinión de diversos científicos y consultó, entre otros, los informes de la Agencia Norteamericana para el Control de Medicamentos y Alimentos (FDA), y la información misma de los diferentes productos en el mercado. La conclusión a la que arriba el Tribunal Constitucional es que existe “una duda razonable respecto a la forma en la que actúa el AOE sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio, lo que afectaría fatalmente al concebido en la continuación de su proceso vital”. La idea de duda razonable le permitirá entonces analizar cuál es su función al respecto, y hasta dónde llega el alcance de su protección bajo un caso así. Como varios de sus pares latinoamericanos lo realizaron anteriormente, se expresaría a favor de la aplicación del principio *pro homine*, agregando a este el principio *pro debilis*. En su opinión, de la conjunción de los dos principios se configura el principio de centralidad del ser humano, el cual “manda que ante situaciones de derechos fundamentales en conflicto, debe tenerse especial consideración con aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra”.

En su conclusión del caso, el Tribunal Constitucional sintetiza su argumentación de la siguiente forma:

Por lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta, por un lado, que la concepción se produce durante el proceso de fecundación, cuando un nuevo ser se crea a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos materno y paterno, proceso que se desarrolla antes de la implantación; y, por otro, que existen dudas razonables respecto a la forma y entidad en que la denominada “Píldora del Día Siguiente” afecta al endometrio y por ende el proceso de implantación; se debe declarar que el derecho a la vida del concebido se ve afectado por acción del citado producto. En conse-

cuencia, el extremo de la demanda relativo a que se ordene el cese de la distribución de la denominada “Píldora del Día Siguiente”, debe ser declarado fundado.

Hasta aquí, como lo señala la última línea del párrafo citado anteriormente, la argumentación del caso permite al Tribunal Constitucional peruano declarar fundada la distribución de la AE por las autoridades de salud. Sin embargo, su resolución no se detiene ahí, y se extiende a resolver sobre la procedencia de cancelar los registros y patentes de los medicamentos. Para realizar esto, efectúa una serie de razonamientos mercantiles poco satisfactorios para cualquiera de las partes. Establece que bajo el principio de *mercados perfectos* se busca que el Estado tenga una participación mínima de la regulación de las transacciones comerciales; sin embargo, afirma que esta situación se ve alterada por los desequilibrios en la información que tiene el consumidor. Desde ahí expone que la acción gubernamental debe enfocarse a que las partes cuenten con mayor equilibrio en la información y dejar a elección del consumidor la adquisición y el uso del producto. Dice en su argumentación:

Entonces surge la interrogante sobre la legitimidad del Estado para intervenir de alguna manera frente a esta situación. El razonamiento económico alega que en los “mercados perfectos” se debe permitir a los compradores y vendedores interesados llevar a cabo sus transacciones comerciales sin interferencia del gobierno. Pero los productos farmacéuticos y la atención de salud son diferentes de otros bienes de consumo, por lo que varias consideraciones apoyan la necesidad de participación del gobierno. Uno de estos supuestos habilitantes es el desequilibrio de información, pues a entender de este Colegiado queda acreditado que las mujeres destinatarias, y a menudo los profesionales de la salud, tienen dificultades para tener información completa acerca de la calidad, inocuidad, eficacia e idoneidad de este producto.

En consecuencia, todo ello exige que el consumidor disponga de información suficiente sobre la seguridad y efectividad del

100 / Alberto Abad Suárez Ávila

producto. Son las autoridades competentes las que deben efectivamente cerciorarse, hasta tener un grado de certeza, que el fármaco tiene propiedades benéficas para la salud y que no produce efectos secundarios mortales o dañinos. Sin embargo, una vez que esas autoridades efectúen tales exámenes y autoricen el fármaco sin grados de dudas sobre ello, los terceros que sostengan que las autoridades se han equivocado, deben probar el efecto dañino que alegan (inversión de la carga de la prueba).

Con los argumentos presentados anteriormente, el Tribunal Constitucional resolvió: *a)* declarar fundada la solicitud de impedir la distribución de forma gratuita de la AE por las autoridades sanitarias, y *b)* ordenar que los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen la denominada “píldora del día siguiente” incluyan en la posología la advertencia de que dicho producto podría inhibir la implantación del óvulo fecundado. La resolución del Tribunal Constitucional es un tanto confusa en sus términos y hace una distinción mercantilista en la disponibilidad de la AE, que genera condiciones de desigualdad en la accesibilidad a la AE, ya que por una parte restringe el acceso gratuito a ella, pero por otra permite la comercialización del producto.

El cambio en el comportamiento del Tribunal Constitucional peruano respecto de la AE que se observa en la sentencia del Expediente 02005-2009-PA/TC respecto de su sentencia de 2006 debe considerarse como un importante retroceso no sólo en el entendimiento de los derechos reproductivos de las mujeres, sino incluso en la misma conceptualización de la vida. Además de lo anterior, su resolución deja un sentimiento de inequidad en la accesibilidad a los métodos anticonceptivos, al permitir que la AE se comercialice, pero prohíbe su distribución gratuita, lo que contradice sus mismos argumentos. En la resolución de 2009 se nota una fuerte influencia de órganos constitucionales como el chileno y el argentino, que en años anteriores resolvieron casos similares. Si con la resolución de 2006 el Tribunal Constitucional se había puesto a la vanguardia en

la defensa del derecho de acceso a los servicios de salud reproductiva, esta resolución lo ubicó en el lugar contrario.

E. Ecuador: Corte Constitucional

Otro de los tribunales constitucionales que ha resuelto cuestiones respecto de la anticoncepción de emergencia es el Tribunal Constitucional de Ecuador. Bajo el expediente 0014-2005-RA, el Tribunal Constitucional resolvió un amparo promovido por José Fernando Rosero Rhode en contra del director de Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Izquierdo Pérez” y el ministro de Salud Pública, para “suspender definitivamente la inscripción del medicamento y certificado de registro sanitario 25.848-08-04 del producto denominado Postinor 2 y a todos los productos que contengan Levonorgestrel 0.75 comprimidos”.

La metodología para resolver el caso hizo que el Tribunal comenzara sus razonamientos por la fundamentación y el alcance del derecho a la vida en América Latina. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, este derecho se encuentra protegido desde el momento de la concepción, fundado en los contenidos del artículo 49 constitucional y en el artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia.²⁷

Una vez establecido esto, el tribunal hace una mención respecto a los derechos reproductivos de la mujer y la probable colisión entre ellos, que el caso de la AE plantea, siendo al momento el único órgano constitucional en América Latina que se ha planteado este conflicto. La resolución a la que llega el Tribunal se inclina por defender el derecho a la vida por encima de los derechos reproductivos. Brevemente dice que

²⁷ “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde la concepción. Derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo. Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral”.

102 / Alberto Abad Suárez Ávila

esta Sala considera necesario anteponer el principio de la integración de la concordancia práctica, que obliga a realizar una ponderación de los valores contenidos en los principios constitucionales, de la que resulta en forma indubitable que en este caso se debe dar prioridad al bien jurídico constitucional de la vida por sobre el valor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de la libertad individual, pues si ninguna persona puede disponer de su propia vida, mal podría disponer sobre la vida ajena o sobre la del que esta por nacer. Además de que sin el derecho efectivo a la vida, no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales.

Después de estas elaboraciones conceptuales de derechos, el Tribunal analizó el caso concreto de la AE y sus implicaciones para el derecho a la vida desde la concepción. De acuerdo con las opiniones consultadas, el Tribunal concluyó que el medicamento impide la implantación del óvulo en el cigoto. Motivado por lo anterior, se preguntó si impedir la implantación del óvulo atenta en contra del derecho a la vida. Para responder este cuestionamiento, manifestó que existe desacuerdo en el momento en el que inicia la vida, y, que, por lo tanto, ante la falta de evidencia del momento en el cual inicia la vida humana y la posibilidad de que esta comience desde la fecundación, debía utilizarse el principio *pro homine*. De acuerdo con su propio texto, “se declara obligado a decidir a favor de la persona y la vida ante la duda razonable del momento en el cual comienza la vida y porque el artículo 20 y el 49 establecen la fecundación del óvulo como momento de inicio de la protección”. Así entonces, en su resolución declara “conceder la acción de amparo constitucional suspendiendo definitivamente la inscripción del medicamento y certificado de registro sanitario n 25.848-08-04 del producto denominado Postinor 2 y a todos los productos que contengan Levonorgestrel 0.75 comprimidos”.

La resolución del tribunal ecuatoriano se parece en mucho a la de otros tribunales latinoamericanos, en cuanto elabora una amplia protección del derecho a la vida desde la concepción, muestra

una duda razonable respecto al centro de la litis y decide utilizar el principio *pro homine* para resolver el caso. La diferencia se encuentra en dos aspectos. El primero es que la resolución del tribunal ecuatoriano hace una ponderación entre el derecho a la vida desde la concepción y los derechos reproductivos de las mujeres, y se manifiesta a favor del primero. El segundo es que la duda razonable la plantea no respecto de los efectos de la AE, la cual para él “impide la implantación del óvulo en el cigoto”, sino respecto del momento en el que empieza la vida. Aun cuando los efectos de la sentencia sean similares a los de sus pares sudamericanos, estas distinciones hablan de un discurso presentado a distinto nivel con afirmaciones médicas más radicales, pero con mayor espacio para la discusión filosófica de los conceptos, aun cuando desafortunadamente sus dudas le sirvan para sostener posturas contrarias a los derechos reproductivos de las mujeres.

F. Guatemala: Corte de Constitucionalidad

En el caso de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, se han resuelto dos casos que tratan el asunto de la anticoncepción de emergencia. Son dos procesos, uno el resultado de la acumulación de los expedientes 1202-2006, 1288-2006 y 1451-2007, relativo a la solicitud de inconstitucionalidad general de la Ley de Acceso Universal y Equitativo de Servicios de Planificación Familiar y su Integración en el Programa Nacional de Salud Reproductiva, promovidos por Álvaro Estuardo Castillo Monge, y otro archivado bajo el número 3004-2007, promovido por Ana Lucrecia Palomo Marroquín de Ortiz contra la misma norma. Las demandas se presentaron en contra de varios de los contenidos de la nueva Ley, entre ellos la información y educación sexual. Por lo que toca a la AE, en estos expedientes los ciudadanos solicitaron la declaración de inconstitucionalidad general de la norma, fundándose en el temor de que la Ley, al incluir el acceso a los métodos anticonceptivos, estuviera haciendo una inclusión implícita de la anticoncepción de

104 / Alberto Abad Suárez Ávila

emergencia, la cual, en voz de los denunciantes, es “abortiva”. La inconstitucionalidad, en su opinión, se origina cuando el legislador no distinguió los métodos anticonceptivos de los métodos abortivos.

La Corte de Constitucionalidad guatemalteca rechazó ambas peticiones fundándose en que no existe omisión por el legislador ni obligación para distinguir entre métodos anticonceptivos. Manifiesta que no es obligación del legislador, sino de la autoridad sanitaria, determinar el registro sanitario de los diferentes medicamentos, siendo este el momento adecuado para hacer la distinción que buscan los promoventes. En su resolución, la Corte es más explícita respecto de los expedientes acumulados 1202-2006, 1288-2006 y 1451-2007, por lo que sus contenidos se traducen a continuación:

En nuestro ordenamiento legal, decidir cuál de todos los métodos a que se refieren los artículos impugnados, pueden ingresar al ámbito nacional bajo la denominación de “anticonceptivos” y establecer cuáles en realidad no son métodos para evitar la concepción sino abortivos, según la teoría que científicamente se maneje sobre el inicio de la vida, es una tarea que no corresponde al legislador. Tampoco es necesario que éste, al legislar, aclare que están prohibidos los métodos que atentan contra la vida del que está por nacer o acaban con ella, como lo pretenden los impugnantes, pues ello se impone del propio texto del artículo 3o. de la Constitución como mandato que el aplicador de la norma debe cumplir y que le vincula al momento de autorizar los productos que se pretendan ingresar en el mercado nacional como inhibidores del embarazo. En Guatemala, es al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social al que corresponde la regulación del registro sanitario de los medicamentos, inscripción sanitaria, fabricación, fraccionamiento, control de calidad, distribución, comercialización, importación, almacenamiento, prescripción, dispensación, evaluación de conformidad de los medicamentos, así como lo referente a su uso racional y su intervención en aspectos relacionados a estupefacientes, psicotrópicos y sus precursores (artículo 2 del Reglamento para el Control Sanitario de los Medicamentos y

Productos Afines, Acuerdo Gubernativo 712-99). El procedimiento de registro está a cargo específicamente del Departamento de Regulación y Control de Productos Farmacéuticos y Afines de la Dirección General de Regulación, Vigilancia y Control del citado Ministerio. Es a dichos entes públicos a los que corresponde la evaluación de los productos que se pretendan registrar como anticonceptivos y los que, conforme el conocimiento de las ciencias involucradas, deberán apreciar cuáles constituyen abortivos del producto de la concepción a efecto de descalificarlos, pues, siendo objeto de tal control y regulación los productos que puedan afectar la salud y bienestar de los habitantes, se entiende que tal actividad administrativa se dirige a la preservación de dichos estados y, por ende, es lógico que la preservación de la vida también es su objetivo.

Si bien la resolución de la Corte carece de trascendencia en la discusión de derechos, las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca sirven para ratificar la preferencia que en el orden jerárquico de las normas se ha dado por regular la anticoncepción de emergencia en el nivel de ordenamientos secundarios. Reafirma además que es un tema en el cual los sistemas constitucionales han otorgado facultades a la autoridad sanitaria para regular la materia en específico.

G. Conclusión respecto de la jurisprudencia constitucional de la AE

En el tema de la AE los órganos con jurisdicción constitucional de América Latina que hemos estudiado han tenido un desempeño paupérrimo en la materia de derechos reproductivos de las mujeres. Para elaborar sus resoluciones, solamente el Tribunal Constitucional ecuatoriano hizo mención a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, ubicándolos en un rango inferior al del derecho a la vida desde la concepción. Los órganos constitucionales chileno, argentino, peruano y ecuatoriano se han manifestado abierta-

106 / Alberto Abad Suárez Ávila

mente por la defensa al derecho a la vida desde la concepción, y en su activismo han caído en el error y en la simulación de considerar a la AE como “abortiva”, olvidando la opinión que sostienen la OMS y los organismos expertos.

Hace falta que en el futuro próximo el tema de los derechos reproductivos de las mujeres se incorpore a la agenda de estas discusiones. Además, como una cuestión urgente, es necesario que los órganos constitucionales en América Latina se distancien de las posturas filosóficas que han acompañado sus decisiones y abran los ojos frente a la evidencia científica de que la AE no es un procedimiento abortivo, y, por lo tanto, la discusión respecto al derecho a la vida en este contexto es estéril. Frente a la incipiente jurisprudencia que la región ha elaborado en materia de aborto con las resoluciones de la Corte Constitucional colombiana y la Suprema Corte mexicana en menor medida, en el caso de los derechos fundamentales de las mujeres, cuando el contexto involucra la AE hay aún mayor retraso.

6. La reproducción asistida en la jurisdicción constitucional latinoamericana

El tercero de los temas que se analizaron corresponde a la labor de los organismos con jurisdicción constitucional respecto de la regulación de la reproducción asistida. La reproducción asistida, o, en términos médicos más específicos, la reproducción médicaamente asistida, se define como la “Reproducción médicaamente asistida (RMA): reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante”.²⁸

La regulación de la reproducción asistida en la región latinoamericana es escasa. De ahí que algunos autores señalen que “los intentos de regulación del uso de las técnicas de reproducción no han sido fructíferos”.²⁹ Aún así, en algunos países de la región sí se ha avanzado en construir una regulación al respecto. En el único país en la región que la reproducción asistida se encuentra prohibida es en Costa Rica, por las razones que se verán en este apartado. La escasez en la regulación de la materia ha generado también que la cantidad de casos revisados por los órganos constitucionales latinoamericanos también sea escasa. En la discusión constitucional en donde se han presentado, se enfrentan nuevamente las visio-

²⁸ F. Zegers-Hochschild *et al.*, *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*, versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) y traducido y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en 2010.

²⁹ Motta, Cristina y Saez, Macarena, *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, p. 460.

108 / Alberto Abad Suárez Ávila

nes que buscan una amplia protección del derecho a la vida que incorpore incluso fases previas a la concepción y los derechos reproductivos de las mujeres. Para este tema el caso brasileño resulta paradigmático en la defensa de los derechos reproductivos de las mujeres.

A. Sala de Constitucionalidad de la Corte Suprema de Costa Rica

El 15 de marzo de 2011 la Corte costarricense resolvió una acción de inconstitucionalidad presentada por Hermes Navarro del Valle en contra del Ejecutivo por la expedición del Decreto 24029-S, del 3 de febrero de 1995, publicado en *La Gaceta* 45 del 3 de marzo de 1995, que autorizaba en el artículo 10. la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, así como las reglas para su realización. Las normas controvertidas fueron los artículos 20., 9o., 10, 11, 12 y 13 de dicho decreto. La argumentación del ciudadano para promover su acción se basó fundamentalmente en que el decreto era violatorio del derecho a la vida, porque a través de la fecundación *in vitro* son desechados embriones humanos.

En el artículo 20. define las técnicas de reproducción asistida como “todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio”. A continuación se transcriben las normas que regulan específicamente la técnica de fertilización *in vitro*, cuestionadas por el accionante.

Artículo 9. En casos de fertilización *in vitro*, queda absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento.

Artículo 10. Todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar

embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes.

Artículo 11. Quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo.

Artículo 12. Queda absolutamente prohibido comerciar con células germinales —óvulos y espermatozoides— para ser destinados a tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean éstas homólogas o heterólogas.

Artículo 13. El incumplimiento de las disposiciones aquí establecidas faculta al Ministerio de Salud para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento en el que se cometió la infracción, debiendo remitirse el asunto en forma inmediata al Ministerio Público y al Colegio Profesional respectivo, para establecer las sanciones correspondientes.

La Sala de Constitucionalidad, en la que probablemente ha sido a la fecha su resolución más polémica, decidió declarar la inconstitucionalidad del decreto, y declaró su invalidez. La argumentación de la Sala estuvo fundamentada en una restringida interpretación del derecho a la vida y en su muy particular opinión de lo que la reproducción asistida, en específico la técnica de fertilización *in vitro*, representa para la vida, al considerar que los embriones son seres humanos.

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

Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos.

...

110 / Alberto Abad Suárez Ávila

El desarrollo de técnicas de reproducción asistida han posibilitado que muchas parejas estériles alrededor del mundo consigan tener hijos. Sin embargo, es preciso cuestionarse si todo lo científicamente posible es compatible con las normas y principios que tutelan la vida humana, vigentes en Costa Rica, y, hasta qué punto, la persona humana admite ser objeto o resultado de un procedimiento técnico de producción. Cuando el objeto de la manipulación técnica es el ser humano, como en la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones el análisis debe superar el plano de lo técnicamente correcto o efectivo. Debe prevalecer el criterio ético que inspira los instrumentos de Derechos Humanos suscritos por nuestro país: el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraria permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desechado.

Así entonces, desde el paralelo que hace del embrión con la persona humana en esta resolución, la Sala concluye que cualquier práctica en donde el embrión como sujeto de derecho no sea protegido adecuadamente debe considerarse inconstitucional. En su resolución, la Sala Constitucional, sin más, considera a la fecundación *in vitro* como atentatoria contra la vida. En una de las últimas líneas de su argumentación final, la Sala manifiesta que mientras la técnica de fecundación *in vitro* no se desarrolle para no hacer un daño consciente de vidas humanas, se considera inconstitucional. La razón principal para considerar que atenta contra la vida humana fue que la técnica de fecundación *in vitro*, tal como se encuentra hoy, requiere de la transferencia de múltiples embriones que no resultaran en un embarazo. Dice la resolución:

...En relación con lo expresado, cabe concluir que tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A juicio de este Tribunal no basta con establecer las restriccio-

nes que contiene el Decreto, pues la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. Ha quedado claro a este Tribunal que durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal, pues no se implantan, o bien se implantan pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo. No es casual que se intente fecundar más de un óvulo por ciclo, pues la transferencia de múltiples embriones al útero de la madre –generalmente no más de cuatro– aumenta las posibilidades de lograr un embarazo. La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la FIVET implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia

112 / Alberto Abad Suárez Ávila

y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos –voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta– viola su derecho a la vida, por lo que la Técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas.

La sentencia de la Sala Constitucional costarricense se dirige en el mismo sentido que muchas otras sentencias de tribunales constitucionales han tomado hacia ampliar el derecho a la vida desde la concepción. Así como algunos tribunales constitucionales de la región, como Ecuador, Perú o Chile se decantaron por considerar que la anticoncepción de emergencia atentaba en contra del derecho a la vida, contradiciendo los criterios médicos establecidos por la Organización Mundial de Salud, el tribunal costarricense utilizó inadecuadamente el concepto a la vida para declarar la inconstitucionalidad de la fecundación *in vitro*.

B. Brasil: Supremo Tribunal Federal

Uno de los pocos casos que a la fecha ha resuelto el Supremo Tribunal Federal brasileño, relacionado con los derechos reproductivos de las mujeres, es la Acción directa de inconstitucionalidad 3510, resuelta en 2008. Mediante este procedimiento, el tribunal brasileño resolvió sobre la pretendida inconstitucionalidad de la

Ley de Bioseguridad promovida por el procurador general de la República, por permitir la investigación con células madre. Los argumentos del actor consistían en considerar que la investigación con células madre obtenidas de embriones atentaban en contra del derecho a la vida humana, en una argumentación similar a la del caso costarricense.

En esta resolución, el Supremo Tribunal Federal rechazó la idea de que el embrión pueda tener la misma protección constitucional que la vida de la persona humana, estableciendo que tanto el embrión como el feto y la persona humana son sujetos distintos para el derecho constitucional, de los cuales el primero no recibe la protección de éste. Además de lo anterior, para elaborar su resolución se fundó en el derecho a la protección de la salud y en la autonomía de la voluntad, en el derecho de planificación familiar y en el derecho a la maternidad. La resolución del caso fue cerrada, con una votación de seis en contra de la inconstitucionalidad y cinco ministros a favor de la inconstitucionalidad de la norma, por lo que la decisión final fue declarar la constitucionalidad de la investigación con células madre.

El primer tema que resolvió el tribunal brasileño fue determinar la forma en la que el derecho protege el derecho a la vida del embrión preimplantado. En su argumentación, consideró que la protección constitucional a la vida no se extiende a cualquier estadio de la vida humana, por lo que el embrión no debe entenderse como “persona humana embrionaria” con el goce de la protección constitucional del derecho a la vida, sino como “embrión de la persona humana” que no se encuentra constitucionalmente protegido, sino que como bien jurídico, puede ser sujeto a protección de la legislación ordinaria. La argumentación del Tribunal en este tema fue la siguiente:

El Magno Texto Federal no dispone sobre el inicio de la vida humana o el preciso instante en que ella comienza. No hace de todo y cualquier estadio de la vida humana un bien jurídico autónomo, sino de la vida que ya es propia de una persona concreta porque

114 / Alberto Abad Suárez Ávila

ha nacido (teoría “natalista” en contraposición a las teorías “concepcionista” o de la “personalidad condicional”). Y cuando se refiere a “derechos de la persona humana y hasta de los “derechos y garantías individuales” como cláusula pétrea, esta hablando de derechos y garantías constitucionales del individuo-persona, que se hace destinatario de los derechos fundamentales “a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad”, entre otros derechos y garantías igualmente distinguidos con el timbre de fundamentalidad (como derecho a la salud y a la planificación familiar). El silencio constitucional hermenéuticamente constituye el traspaso de poder normativo para la legislación ordinaria, la potencialidad de algo para tornarse persona humana ya es lo batante meritoria para protegerla, infraconstitucionalmente, contra intentos livianos o frívolos de obstruir su natural continuidad fisiológica. Pero las tres realidades no se confunden: el embrión es el embrión, el feto es feto y la persona humana es persona humana. Así no existiría persona humana embrionaria sino embrión de la persona humana. El embrión referido en la Ley de Bioseguridad (“in vitro” apenas) no es una vida en camino de otra vida virginalmente nueva, porque le faltan posibilidades de obtener las primeras terminales nerviosas, sin las cuales el ser humano no tiene factibilidad como proyecto de vida autónoma e irrepetible. El derecho Infra constitucional protege de modo variado cada etapa del desarrollo biológico del ser humano. Los momentos de vida humana anteriores al nacimiento deben ser objeto de protección por el derecho común. El embrión pre implantado es un bien protegido, más no es una persona en el sentido biográfico al que se refiere la Constitución.³⁰

³⁰ En la redacción original de la sentencia: III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estádio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do individuo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre

Así entonces, haciendo la distinción entre la forma en que el derecho constitucional brasileño protege a la vida de la persona humana y no del embrión, el Supremo Tribunal rechazó la idea de que la fecundación *in vitro* pueda considerarse abortiva. La razón de esto es que en tanto los embriones humanos son fecundados fuera del vientre materno, no es susceptible de “progresión reproductiva”, sin que eso signifique que no es “embrión de la persona humana”. Al considerar que la Ley de Bioseguridad no permite la extracción de embriones del útero, sino que autoriza la investigación en embriones preimplantados, el resultado no genera la interrupción de ningún embarazo, y por lo tanto no puede hablarse de aborto. Dice el Tribunal:

La investigación con células tronco no caracterizan aborto. Materia extraña a la presente acción directa de inconstitucionalidad. Es constitucional la proposición de que toda gestación humana comienza con un embrión igualmente humano, claro, más no todo embrión humano desencadena una gestión igualmente humana, tratándose de experimentos “*in vitro*”. En esa situación dejan de coincidir concepción y nasciturus, por lo menos en cuanto el ovocito (óvulo ya fecundado) no fuera introducido en el seno del útero femenino. El modo de surgir en laboratorio y permanecer confinado “*in vitro*” es para el embrión no suscep-

da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermenêuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“*in vitro*” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

116 / Alberto Abad Suárez Ávila

tible de progresión reproductiva. Esto sin perjuicio de reconocimiento de que el cigoto así extra corporalmente producido y también extra corporalmente cultivado y almacenado es entidad embrionaria del ser humano, no por eso, ser humano en estado de embrión. La Ley de Bioseguridad no introduce autorización para extirpar del cuerpo femenino tal o cual embrión, eliminar o desentrañar ese o aquel cigoto hacia el endometrio o ya fijo en él. No se trata de interrumpir la gravidez humana, pues de ella aquí no se puede inferir. La “controversia constitucional en examen no tiene vinculación alguna con el problema de aborto” (Ministro Celso de Mello).³¹

La argumentación elaborada por el Supremo Tribunal Federal, como se ha mencionado, además de elaborar un derecho a la vida restringido a la persona humana, es de las pocas en América Latina que hace expresa y efectiva referencia a los derechos reproductivos, estableciendo claramente que una protección demasiado extensa del derecho a la vida humana que cubra la etapa embrionaria provocaría “tratar al género femenino de modo deshumano o degredante”. Para el tribunal brasileño, los derechos reproductivos de la mujer que concurren en este caso son tres: la autonomía de la voluntad, la planificación familiar y el derecho a la maternidad, los cuales tienen valor constitucional frente a la infraconstitucional

³¹ IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento “in vitro”. Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado “in vitro” é, para o embrião, insusceptível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e almacenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo femenino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A “controvérsia constitucional em examen não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto” (ministro Celso de Mello).

valor de protección del embrión humano. Al respecto, se expresó de la siguiente forma:

La decisión de tener una descendencia o filiación contiene un tipo de autonomía de la voluntad individual que la propia constitución inscribe como “derecho a la planificación familiar, fundado éste en los principios igualmente constitucionales de “dignidad de la persona humana” y de la “paternidad responsable”. La conjugación constitucional de laicidad del estado y de la primicia de la autonomía de la voluntad privada, en las palabras del ministro Joaquim Barbosa. La opción de la pareja de un proceso “in Vitro” de fecundación de óvulos es un derecho implícito de idéntico origen constitucional, sin acarrear para la pareja el deber jurídico del aprovechamiento reproductivo de todos los embriones eventualmente formados o que se rebelen genéticamente viables. El principio fundamental de la persona humana opera por modo binario, lo que propicia la base constitucional para que una pareja de adultos recurran a técnicas de reproducción asistida que incluyan la fertilización artificial o “in Vitro”. Por una parte para otorgar a la pareja con el derecho público subjetivo a la “libertad” (preámbulo de la Constitución y artículo quinto), aquí entendida como autonomía de la voluntad. De otra parte para contemplar los componentes venideros de la unidad familiar, si por ellos optará la pareja, con condiciones planificadas de bienestar y asistencia físico-afectiva (art. 226 de la Constitución Federal). La planificación familiar, más que el “fruto de la libre decisión de la pareja”, está “fundado en los principios de dignidad de la persona humana y de paternidad responsable” (párrafo 7 del emblemático artículo constitucional 226). Recurrir a procesos de fertilización artificial no implica el deber de la intención de anidación en el cuerpo de la mujer de todos los óvulos fecundados. No existe tal deber (inciso II del artículo 5 de la Constitución Federal), porque es incompatible con la propia institución de la “planificación familiar en la citada perspectiva de “paternidad responsable. La imposición de lo anterior, además de todo, implicaría tratar al género femenino de modo deshumano o degradante, en contraposición al derecho fundamental que se lee en el inciso II del

118 / Alberto Abad Suárez Ávila

artículo 5 de la Constitución. Para que al embrión “in vitro” le fuese reconocido el pleno derecho a la vida, sería necesario reconocerle el derecho a un útero. Proposición no autorizada por la Constitución.³²

Además de los reconocidos derechos reproductivos, el Supremo Tribunal Federal fundó su sentencia en lo que llama “Derecho a la salud como corolario del derecho fundamental a la vida digna”. El Tribunal consideró que la Ley de Bioseguridad es un instrumento de encuentro del derecho a la salud con la ciencia y el avance tecnológico, que garantiza el mejor aprovechamiento de estas en beneficio de una vida digna. Al permitir investigación con sustancias

³² V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como “direito ao planejamento familiar”, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da “dignidade da pessoa humana” e da “paternidade responsável”. A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo “in vitro” de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou “in vitro”. De uma parte, para aquinhar o casal com o direito público subjetivo à “liberdade” (preâmbulo da Constituição e seu art. 5o.), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, “fruto da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (§ 7o. desse emblemático artigo constitucional de no. 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5o. da CF), porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5o. da Constituição. Para que ao embrião “in vitro” fosse reconocido o pleno derecho à vida, necessário seria reconocer a ele o derecho a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

humanas con fines terapéuticos, se dirige a un mejor ejercicio de la salud y la vida digna. Dice la resolución:

VI. Derecho a la salud como corolario del derecho fundamental a la vida digna. El párrafo 4 del artículo 199 de la Constitución, que versa sobre investigaciones con sustancias humanas para fines terapéuticos, es parte de la sección normativa dedicada a la Salud (sección II del Capítulo II del Título VIII). El derecho a la salud, positivado como uno de los primeros derechos sociales de naturaleza fundamental (artículo 6 de la CF) es también como el primero de los derechos constitutivos de seguridad social (cabeza del artículo constitucional número 194). La Salud que “es derecho de todos y deber del Estado (final del artículo 196 de la Constitución), garantida mediante acciones y servicios calificados como “de relevante pública (parte inicial del artículo 197). La Ley de Bioseguridad como instrumento de encuentro del derecho a la salud con la propia ciencia. Es el caso de ciencias médicas, biológicas y correlacionadas, directamente puestas por la Constitución al servicio de ese bien inestimable del individuo que es su propio estado de salud físico-mental.³³

La argumentación expresada le permite al Supremo Tribunal Federal brasileño concluir sobre la constitucionalidad de la investigación en células madre y rechazar los pedimentos de una protección a la vida desde la etapa embrionaria. Con esta resolución, el Supremo Tribunal Federal brasileño se ubica entre los órganos con

³³ En el original de la sentencia “VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4o. do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à “SAÚDE” (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6o. da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da segurança social (cabeça do artigo constitucional de no. 194). Saúde que é “direito de todos e dever do Estado” (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como “de relevância pública” (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

120 / Alberto Abad Suárez Ávila

jurisdicción constitucional latinoamericanos que han hecho una efectiva protección de los derechos reproductivos de las mujeres y han evitado la conservadora intención de varios de los tribunales de la región de proteger la vida de la persona humana desde etapas previas siquiera a la concepción y el embarazo.

C. Colombia: Corte Constitucional

Otro de los órganos con jurisdicción constitucional que ha tratado el tema de la reproducción asistida es la Corte Constitucional colombiana, a lo largo de diversos asuntos resueltos. El centro de las discusiones al respecto ha estado no en la constitucionalidad de la reproducción asistida, la cual ha sido considerada constitucional, pero no regulada por la legislación nacional, sino sobre el acceso a ella y los casos en los cuales el Estado colombiano se encuentra obligado a garantizarlo. El tema ha sido promovido en múltiples ocasiones frente al órgano constitucional, lo que ha permitido desarrollar una jurisprudencia al respecto. Son varios los casos que han llegado vía acción de tutela a la Corte Constitucional y en los cuales la Corte ha reiterado criterios o adicionado nuevos supuestos en los que existe la obligación estatal de la práctica de la reproducción asistida.

Al respecto, es posible identificar que la Corte Constitucional ha generado un criterio mediante el cual ha establecido que el Estado colombiano, como regla general no se encuentra obligado a proporcionar los servicios de reproducción asistida de forma gratuita. La argumentación al respecto puede observarse en la negativa a la acción de tutela T-935-10, promovida por una ciudadana en contra de una entidad promotora de la salud que se negó a cubrir los exámenes relativos a este servicio:

La justificación de que el Estado no tenga dicha obligación a su cargo deviene de los siguientes argumentos: (1) el alto costo de este tipo de tratamientos supone una disminución en el cobertura de otras prestaciones prioritarias; (2) el derecho a la ma-

ternidad en la constitución implica un deber de abstención del estado de intervenir en la decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas, como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, que no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación (3) la exclusión del POS (Plan Obligatorio de Salud) de los tratamientos de fertilidad es un ejercicio legítimo de la libertad de configuración normativa.

Pese a lo anterior, la Corte Constitucional colombiana ha establecido algunas excepciones a la regla general en las cuales considera que existe la obligación gubernamental de proveer los servicios de salud orientados a la reproducción asistida, las cuales se han elaborado a través de la resolución de distintas acciones de tutela. Las excepciones a la regla se encuentran también mencionadas en la resolución del caso T-935/10, y se expresan a continuación:

Ahora bien, la Corte ha identificado varias excepciones a efectos de conceder el tratamiento de fertilidad de acuerdo con el principio de continuidad en el servicio o, cuando la afección no es originaria sino que se deriva de otros problemas de salud que, en sí mismos, hacen viable la intervención del juez de tutela. En tal sentido ha señalado tres casos mediante los cuales se debe conceder el tratamiento por existir circunstancias adicionales que justifican que no se aplique la regla, (i) procede la protección cuando el tratamiento de fertilidad, una vez iniciado, es suspendido sin que medien razones científicas que justifiquen dicho proceder (en estos casos se ha ordenado continuar con el tratamiento iniciado) [13], (ii) cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad (en estos casos se ha ordenado la práctica del examen diagnóstico no el tratamiento de fertilidad) y (iii) cuando la infertilidad es en realidad un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer [15].

122 / Alberto Abad Suárez Ávila

Si bien estas disposiciones no refieren directamente a la constitucionalidad de la reproducción asistida, sí son muestra de la jurisprudencia elaborada a favor de garantizar el derecho a la salud reproductiva de la mujer cuando se encuentra en relación con los procedimientos de reproducción asistida, siendo una muestra de la importancia que da en este rubro la Corte Constitucional colombiana.

D. Conclusiones sobre la jurisdicción reproducción asistida

En el tema de la reproducción asistida es poco lo que ha hecho la jurisprudencia de la región; sin embargo, como en los casos del aborto y de la anticoncepción de emergencia, existen posturas encontradas y diversas argumentaciones. La Sala Constitucional costarricense en su resolución ha llegado al extremo de proteger el derecho a la vida de los embriones humanos considerándolos personas, extendiendo inadecuadamente la protección del derecho a la vida a instancias tales que están resultando en la afectación, entre otros, de los derechos reproductivos de las mujeres. El caso ha generado tal atención, que las instancias regionales, Comisión Interamericana y Corte Interamericana, han admitido a estudio el caso, abriendo la posibilidad de que se dé una sentencia, la primera en materia de derechos reproductivos, por el órgano interamericano de protección de los derechos fundamentales.

Afortunadamente, el tema de la fecundación *in vitro* ha permitido también que el Supremo Tribunal Federal brasileño se pronuncie en una resolución que expresa adecuadamente los contenidos de los derechos reproductivos de las mujeres, abriendo a la escasa elaboración jurisprudencial que en la materia existe hasta el momento. Adicionalmente, la jurisprudencia colombiana para el caso de la prestación de los servicios de salud

de reproducción asistida ayuda a entender problemas que trascienden la constitucionalidad en el nivel abstracto de la reproducción asistida, permitiendo avanzar hacia cuáles son los límites y responsabilidades del Estado en la prestación de los servicios de salud.

7. Epílogo jurisprudencial: la resolución del caso de fecundación *in vitro* por la Corte IDH

La fecundación *in vitro* (FIV) es un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, luego son fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio. Una vez concluido esto, el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer; en Costa Rica era regulado por un decreto desde 1995 hasta 2000, año en el que se declaró inconstitucional a raíz de que un particular interpuso una acción de inconstitucionalidad, permitido en este país, quien alegó que se violaba el derecho a la vida.

En la acción de inconstitucionalidad se arguyó, entre otras cosas, que “el negocio de la fecundación *in vitro* [es] un negocio... no cura... una enfermedad[,] ni [es] un tratamiento de emergencia para salvar una vida”, y “vi) tan violatorio es el eliminar concebidos[,] o sea niños[,] tirándolos al basurero, como eliminarlos de forma deliberada debido a la falta de técnica en el proceso, pretendiendo jugar una especie de ‘ruleta rusa’ con los seis niños introducidos en la madre”, por lo que la Sala Constitucional determinó que las prácticas de FIV “atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano” quedando prohibida la práctica de la FIV en este país.

El caso llegó a la Corte IDH, toda vez que varias parejas de este país, al no poder procrear hijos de manera natural, y después de haber intentado varios métodos, como la inseminación artificial, sin obtener resultados, decidieron realizar la fecundación *in vitro*; sin embargo, al acudir a las instancias de salud de Costa Rica se encontraron con que estaba prohibida, teniendo algunas

126 / Alberto Abad Suárez Ávila

que viajar al extranjero para realizar este procedimiento, lo que provocó que realizaran grandes gastos económicos.

El hecho de que el caso llegara a instancias internacionales provocó un linchamiento social y mediático hacia las víctimas, ya que se emitían constantemente mensajes ofensivos en contra de las mismas y de las personas estériles en general, lo que les provocó un daño moral.

Finalmente, la Corte IDH concluyó que los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la vida privada, a la intimidad, a la autonomía reproductiva, al acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa fueron anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV; asimismo, determinó que la Sala Constitucional de Costa Rica partió de una protección absoluta del embrión, que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraría y excesiva intervención en la vida privada y familiar, lo que además provocó discriminación a las víctimas.

La Corte declaró en su sentencia emitida el 28 de noviembre de 2012, la violación de diversos artículos de la Convención Americana, y se le impuso al Estado responsable la obligación de reparar el daño provocado a las víctimas, con obligaciones como la de brindar atención psicológica a las víctimas y volver a regular la FIV e incluir la misma en los programas gubernamentales de tratamiento a la esterilidad.

El fallo de la Corte IDH causó opiniones divididas, ya que organizaciones pro vida y religiosas se pronunciaron en contra, señalando que daba pie a una cultura de muerte, y que incentivaba el aborto, mientras que otros se manifestaron a favor, señalando que el fallo de los jueces cambiará la vida de las parejas que sufren de infertilidad y que están esperando la oportunidad de practicarse la FIV en este país.

8. Conclusiones sobre laicidad y jurisdicción constitucional de los derechos reproductivos de las mujeres en América Latina

Diversas conclusiones pueden elaborarse de los contenidos de la investigación realizada. Se encontraron datos muy interesantes de los rasgos del comportamiento de los órganos con jurisdicción constitucional en América Latina respecto de los derechos fundamentales de las mujeres. La región, lejos de tener criterios unificados respecto de los derechos fundamentales de las mujeres, es un mosaico de variadas respuestas jurisprudenciales, en donde convive la labor jurisprudencial de tribunales que reconocen la necesidad de garantizar los derechos reproductivos de las mujeres, junto con tribunales que no han dado espacio a la protección de estos derechos, debido a que se han inclinado por hacer interpretaciones amplias del derecho a la vida.

En general, se incrementaron los casos constitucionales que involucran derechos reproductivos que se resuelven en la región, pero no de manera uniforme, ni por todos los tribunales. Algunos de ellos rebasaron la decena de casos resueltos en la materia, como la Corte Constitucional colombiana o la Suprema Corte de Justicia mexicana. La mayoría de los otros órganos con jurisdicción constitucional incrementaron su participación con respecto a años anteriores, en particular durante la década de 2001 a 2010. Otros recibieron la jurisdicción para resolver casos que involucran estos derechos, pero dilataron los plazos para resolver, como en el caso nicaragüense y brasileño del aborto. Finalmente, algunos más no resolvieron casos que involucren el análisis constitucional de los derechos reproductivos de las mujeres. Dentro

128 / Alberto Abad Suárez Ávila

de este grupo están los tribunales de reciente creación, como la Corte Constitucional dominicana, creada en 2009, y aquellos que vivieron procesos políticos violentos recientes, como Honduras, pero también otros tribunales, como el uruguayo, que a pesar de no haber tenido jurisdicción en la materia se mostraron deseosos de participar. La tendencia que se observa en la región es de mayor participación en los temas, por lo que en el futuro próximo es muy probable que los casos se incrementen. Por lo menos la Suprema Corte mexicana, el Supremo Tribunal Federal brasileño y la Corte Suprema de Justicia nicaragüense en los próximos meses deberán decidir casos que involucran derechos reproductivos de las mujeres.

Solamente la Corte Constitucional colombiana mostró una abierta vocación de protección y garantía de los derechos reproductivos de las mujeres en la región, mediante la elaboración de una jurisprudencia continuada orientada a la protección y acceso efectivo a los derechos reproductivos de las mujeres. En particular, su jurisprudencia relacionada con el aborto y con la obligación estatal para informar y garantizar el acceso al mismo en los supuestos despenalizados es ejemplar en la región. La Suprema Corte mexicana tuvo una actitud ambigua, con la cual no ha violentado derechos reproductivos, pero se abstuvo de declarar con firmeza los contenidos y alcances de ellos, ya que no elaboró un verdadero análisis jurisprudencial de los contenidos de los derechos reproductivos de las mujeres. Por su parte, el Supremo Tribunal Federal brasileño dio algunas muestras jurisprudenciales de considerar la importancia de los derechos reproductivos de las mujeres, en particular en su decisión respecto de la investigación en células madres embrionarias; sin embargo, su falta de decisión en el tema del aborto, que dejó pendiente desde 2004, no permite ubicarlo aún con una vocación activa de defensa de los derechos reproductivos de las mujeres.

En muchos de los tribunales de la región, entre ellos la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense y salvadoreñas, las cortes constitucionales chilena, peruana y ecuatoriana,

así como en la Corte Suprema argentina, se ha interpretado de forma amplia el derecho a la vida, tanto de sus Constituciones como del bloque de constitucionalidad, lo que se ha traducido en la restricción de los derechos reproductivos de las mujeres. Las posiciones de estos tribunales se identificaron con los principios normativos de la Iglesia católica. En materia de aborto generó la permanencia de una dura tipificación penal; en materia de anti-concepción de emergencia, mediante el error y desconocimiento de los procesos en que actúa este método anticonceptivo, interpretó el derecho a la vida desde la concepción, incluso más allá de sus conceptualizaciones tradicionales, provocando que se tenga la noción de que debe protegerse al embrión en etapas previas a la implantación de éste en el endometrio. En materia de reproducción asistida, se llegó al extremo por la Sala Constitucional de la corte costarricense, de considerar abortiva la práctica, siendo el único país en el mundo con una restricción tan amplia al respecto.

El derecho internacional de la defensa de los derechos reproductivos de la mujer se ha utilizado escasamente, con muy ocasionales menciones a los documentos internacionales normativos y de política pública, que obligan a los países latinoamericanos a respetar y garantizar los derechos reproductivos de las mujeres. El derecho internacional en la región, mediante la recurrente interpretación del artículo 4.1 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, sirvió para imponer el derecho a la vida en una visión muy amplia frente a los derechos reproductivos de las mujeres, cercana a las posiciones de la religión católica. Además de lo anterior, principios de derecho internacional de los derechos humanos, como el principio *pro homine*, se usaron para ampliar el derecho a la vida, en ninguna ocasión favoreciendo los derechos reproductivos de las mujeres. Tribunales constitucionales como el ecuatoriano explícitamente expresó que los derechos reproductivos de las mujeres se encuentran en un nivel inferior al derecho a la vida desde la concepción. Las excepciones a esto fueron las interpretaciones hechas por la Corte Constitucional

130 / Alberto Abad Suárez Ávila

colombiana, la Suprema Corte de Justicia mexicana y el Supremo Tribunal Federal brasileño, los cuales sostuvieron que el derecho a la vida del producto de la concepción no puede interpretarse de forma absoluta porque violenta la dignidad y los derechos de las mujeres.

Es problemático para la región que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dilatara en resolver casos que involucraran trabajo con los derechos reproductivos de las mujeres. Durante el periodo estudiado no resolvió ningún asunto, por lo cual el trabajo de los tribunales constitucionales no pudo apoyarse por las resoluciones de la Corte IDH. Hasta el caso de fecundación *in vitro*, la Corte IDH se abstuvo de emitir criterios que pudieran auxiliar en la interpretación de los derechos reproductivos de las mujeres. La falta de interés por el tema se convirtió en un cómplice silencioso de los abusos que en la interpretación del derecho a la vida desde la concepción han realizado algunos de los tribunales regionales, permitiendo nutrir sus resoluciones de principios cercanos a la religión católica. La falta de liderazgo en la interpretación de derechos reproductivos de las mujeres de la Corte Interamericana puede ser uno de los factores que expliquen la distancia que existe entre la labor de los diferentes órganos en la región.

Los tribunales constitucionales fueron poco propensos a buscar el apoyo científico para sus decisiones. De la misma forma, demostraron falta de confianza en los organismos expertos en la materia médica que tienen trabajo avanzado en la materia. Algunos de los tribunales de la región, omitiendo los criterios médicos existentes, fundaron sus resoluciones en “dudas razonables” respecto a la probable violación del derecho a la vida. Siendo la tecnología y la ciencia algunos de los procesos más difíciles de comprender por los tribunales, sus resoluciones han sido tímidas y restringieron no solamente el avance de la ciencia a favor de la salud reproductiva de las mujeres, sino que estancan el progreso científico negándole la posibilidad de que por esta vía se consigan mayores resultados que beneficien a la sociedad, y en

específico en el ejercicio y protección de los derechos reproductivos de las mujeres.

La labor de los órganos con jurisdicción constitucional en esta temática continuará en los siguientes años. Es obligación de los órganos con jurisdicción constitucional llevar el tema de los derechos reproductivos a un nivel fundamental, así como reducir el carácter de absoluto que han dado al derecho a la vida desde la concepción, lo que genera un conflicto, que ha ganado en la mayoría de las veces el derecho a la vida. Lo anterior es necesario para que su labor se enmarque en el ámbito de laicidad que requiere la vida democrática latinoamericana. Para conseguir esto, los tribunales deben trabajar hacia dos objetivos: el primero es hacer una ponderación adecuada de los derechos reproductivos y el derecho a la vida cuando se encuentran en conflicto, como en el caso del aborto. Es necesario que observen que el derecho a la vida no es absoluto, y que para hacer una verdadera defensa de los derechos reproductivos de la mujer debe tomarse en cuenta la dignidad y condiciones físicas y sociales de ella, así como los límites punitivos del Estado, abriendo la mente a regular el aborto de una forma distinta a la penal y liberándose de la forma tradicional de construir el derecho cercano a los principios católicos. El segundo objetivo es distinguir cuándo el derecho a la vida y los derechos reproductivos no se encuentran en conflicto, como en el caso de la anticoncepción de emergencia y la reproducción asistida, y así entonces quitar límites al ejercicio de los derechos reproductivos en estas materias. Para lograr esto precisan de un mejor entendimiento del avance científico y tecnológico, que sólo se conseguirá abriendo a discusiones democráticas deliberativas con la sociedad y olvidando prejuicios y formaciones ideológicas, apoyándose en las herramientas jurídicas y de política pública que la comunidad internacional ha elaborado. En el tema de los derechos reproductivos, como se observa, los órganos con jurisdicción constitucional latinoamericanos tienen aún un largo camino por recorrer para construir un contexto de laicidad que corresponda a los principios democráticos en América Latina.

Bibliografía

- ÁVILA GARCÍA, Virginia, “Escuelas formadoras de mujeres subordinadas e invisibles”, *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, vol. 2, núm. 2, julio-diciembre de 2006.
- CABAL, Luisa *et al.*, *Cuerpo y derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*, Bogotá, Temis, 2001.
- EPP, Charles R., *The Rights Revolution*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.
- GARCÍA, Carmen Teresa y VALDIVIESO, Magdalena, “Una aproximación al movimiento de mujeres en América Latina”, *OSAL*, Buenos Aires, año VI, núm. 18, 2006.
- GARGARELLA, Roberto *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006.
- GINSBURG, Tom, *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- GLOPPEN, Siri *et al.*, *Courts and power in Latin America and Africa*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2010.
- HIRSCHL, Jan, *Towards Juristocracy: the Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.
- KELSEN, Hans, “La garantie jurisdictionnelle de la Constitution”, *Revue du Droit Public*, vol. 45, núm. 197, 1928 (existe una traducción al español de Rolando Tamayo y Salmorán).

134 / Alberto Abad Suárez Ávila

- MC MANN, Michael, *Law and Social Movements: International Library of Law and Society*, vol. 15, Dartmouth/Ashgate series, 2006.
- MOTTA, Cristina y SÁEZ, Macarena, *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008.
- NAVIA, Patricio y RÍOS FIGUEROA, Julio, "The Constitutional Adjudication Mosaic in Latin America", *Comparative Political Studies*, vol. 38, núm. 2, marzo de 2005.
- ORTIZ MESA, Luis Javier, *La Iglesia católica y la formación del Estado-nación en América Latina en el siglo XX. El caso colombiano*, documento de trabajo, Medellín, Universidad Nacional de Colombia, s.a.
- PÁSARA, Luis (ed.), *En busca de una justicia distinta. La reforma judicial en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- PATIÑO REYES, Alberto, *Libertad religiosa y principio de cooperación en Hispanoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- RÍOS, Julio y GRETCHEN, Helmke, *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César *et al.*, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Laicidad y Constitución*, México, UNAM-IIIDC, Colección de Cuadernos Jorge Carpizo para Entender y Pensar la Laicidad, núm 8, 2013.
- SHAPIRO, Martin, *Courts, a Comparative and Political Analysis*, Chicago, The University of Chicago Press, 1981.
- SOÑORA SOTO, Ivette, "Feminismo y género: el debate historiográfico en Cuba", *Anuario de Hojas de Warmi*, núm. 16, 2011.
- TATE, Neal y VALLINDER, Torbjon, *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York, New York University Press, 1995.

TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Nueva York, Princeton University Press, 1999.

VALADÉS, Diego, “Eutanasia. Régimen jurídico de la autonomía vital”, en CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.

ZEGERS-HOCHSCHILD, F. et al., *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*, versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) y traducido y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en 2010.

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres en la jurisdicción constitucional latinoamericana, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 20 de marzo de 2015 en Desarrollo Gráfico Editorial, S. A. de C. V., Municipio Libre 175-A, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03300 México, D. F. Se utilizó tipo *Rotis Semi Serif Std* en 8.5, 9.8 y 10.8 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 cm de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 250 gr. para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión offset).