

AL HONORABLE JUEZ PRESIDENTE DR. MILTON RAY GUEVARA Y MAGISTRADOS
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

El Consorcio Latinoamericano contra el Aborto Inseguro¹ (CLACAI) es una articulación integrada por activistas, investigadores/as, proveedores/as de servicios de salud y profesionales que contribuye a la disminución del aborto inseguro en Latinoamérica. A su vez, la Red Jurídica de CLACAI es la articulación de diferentes abogados y abogadas de América Latina y el Caribe con experticia en derechos reproductivos. A través de la Red Jurídica se aporta a los objetivos de CLACAI, concretamente a la generación de espacios de intercambio para contribuir a acciones de promoción, defensa, información, investigación y desarrollo de servicios de atención integral del aborto seguro, así como a fortalecer acciones orientadas a la disminución del aborto inseguro desde el punto de vista de salud pública y del ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos.

Dado nuestro conocimiento del tema de los derechos reproductivos, y con base en los artículos 23 y 24 del Reglamento Jurisdiccional de este Honorable Tribunal Constitucional, solicitamos respetuosamente ser aceptadas como amigas del mismo, y por consecuencia, que los argumentos expuestos en el presente documento sean de recibo dentro del debate de trascendencia constitucional e importancia pública, a que se refieren las acciones públicas de inconstitucionalidad TC-01-2015-0001, TC-01-2015-0002 y TC-01-2015-0004, presentadas contra las reformas penales contenidas en los artículos 107 a 110 de la Ley 550-14, Código Penal de la República Dominicana.

Dado que en el presente caso se discute la constitucionalidad de las provisiones del código penal dominicano, Ley 550-14 por la cual se establecieron eximentes de responsabilidad penal en materia de aborto, alegando que con estas se viola el derecho a la vida, establecido en el artículo 37 de la Constitución de República Dominicana, este escrito se dividirá en tres partes principales: i) estándares internacional de protección a la vida prenatal y a los derechos humanos reproductivos, ii) el test de proporcionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente al aborto legal y iii) estándares jurisprudenciales del Derecho Constitucional comparado en América Latina frente al aborto legal y seguro.

¹ Ver: www.clacai.org

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

Presentamos respetuosamente a continuación, los principales fundamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el caso “Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) c/ Costa Rica”, en que estableció la recta interpretación del artículo 4.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Convención Americana), especialmente frente a los derechos sexuales y reproductivos, de mujeres y varones.

En esta controversia, un conjunto de personas y parejas que se consideraron afectados por la prohibición total a la utilización de técnicas de fertilización in vitro (en adelante FIV) vigente en Costa Rica desde el año 2000, solicitaron, en enero de 2001, que la Corte Interamericana, reconociera la violación de sus derechos humanos.

En su decisión, la Corte estableció que la prohibición de la FIV, vulneraba los derechos a la integridad física, psíquica y moral, a la libertad personal, a la vida privada y familiar, y a contraer matrimonio y a fundar una familia, en perjuicio de los demandantes. Así mismo, con ocasión de este caso, la Corte Interamericana estableció la interpretación con autoridad del artículo 4.1 de la Convención Americana, toda vez que la violación de este artículo fue el principal argumento de la Corte Constitucional de Costa Rica para prohibir la FIV.

En efecto, la Corte Interamericana determinó que *“el embrión no puede ser entendido como persona”*² para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana, y que *“es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino que es gradual e incremental, según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”*³.

La Corte Interamericana analizó la disposición desde diversos ángulos para concluir, al igual que otros Tribunales nacionales e internacionales⁴, que la protección de la vida prenatal no puede implicar la negación total de otros derechos⁵. Recalca que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente las mujeres⁶.

² pár. 259 voto de la mayoría

³ pár. 264 voto de la mayoría

⁴ Corte Constitucional Colombiana sentencia C-355/06, Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana sentencia de 28 de agosto de 2008 acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, Corte Suprema de Justicia Argentina F.,A.L s/Medida Autosatisfactiva de 13/03/12, Corte Constitucional Boliviana, sentencia constitucional Plurinacional 0206/2014;

⁵ párr. 258

⁶ par. 260

Adicionalmente, la Corte Interamericana realizó un ejercicio de interpretación sistemática a partir de la revisión de las disposiciones que protegen el derecho a la vida en todos los tratados de derechos humanos, incluyendo la Convención Americana. En relación con este instrumento, comenzó por hacer una interpretación originaria, remitiéndose a los trabajos preparatorios para la aprobación de la CIDH, de donde surge claramente que la expresión “en general” se incorporó como reconocimiento a la autonomía de los Estados que permitían el aborto en ciertos eventos⁷. La Corte reconoce además que el objeto directo de protección del art. 4.1 CADH es la mujer embarazada.

Esta conclusión tiene un antecedente en el caso *Baby Boy vs. EUA*⁸, abordado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el que el demandante alegaba que los Estados Unidos de América habían violado el derecho a la vida, consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, al permitir el aborto en un caso particular. La CIDH consideró que la cláusula “en general” había sido incluida justamente para subsanar los conflictos que pudieran darse entre la obligación de los Estados de proteger la vida del producto de la concepción y las circunstancias en que los países consideraran lícita la interrupción del embarazo, como forma de proteger y garantizar los derechos de las mujeres. En este sentido, la CIDH ha considerado que la protección de la vida desde la concepción no es absoluta, porque de lo contrario no sería necesario incluir la frase “en general”.⁹

Continuando con su análisis, la Corte Interamericana indicó que ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tratan al no nacido como persona ni le otorgan el mismo nivel de protección que a las personas nacidas¹⁰, y que ni de la Convención de los Derechos del Niño, ni de ninguna observación de su Comité se puede deducir la existencia de un derecho a la vida prenatal¹¹.

Citando a la Corte Constitucional colombiana, en su sentencia C-355/06, la Corte Interamericana estableció que el legislador nacional no puede considerar a la vida como un valor absoluto, vulnerando derechos e intereses en juego, y refiriéndose a la Corte Suprema de Justicia Argentina, recordó que la interpretación adecuada de los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto de sistema regional como universal, no supone de ninguna manera una obligación de protección absoluta de la vida en gestación.¹²

⁷ (par. 220).

⁸ CIDH, Caso 2141. Baby boy vs. Estados Unidos de América. Resolución 23/81, 6 de marzo de 1981. Disponible en <<http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>> [consulta: 26 de abril de 2012].

⁹ Ibidem, párrafo 25 de los considerandos.

¹⁰ par. 224, 225

¹¹ par. 232 y 233

¹² (par.262)

La Corte Interamericana estableció que el sujeto de protección del artículo 4.1. de la Convención Americana es la mujer embarazada, y que la protección de la vida prenatal tiene que darse a través de los derechos de la mujer. Para la Corte, la mejor forma de garantizar los derechos en juego es la realización de un juicio de ponderación que reconozca el valor incremental de la vida en gestación pero que respete y proteja los derechos de las mujeres, especialmente sus derechos sexuales y reproductivos, y los demás intereses en juego.

En el mismo sentido, hay que recordar que la CIDH también ha reforzado la conclusión de que la vida prenatal no tiene una protección absoluta bajo la Convención Americana. Por ejemplo, en 2010, la CIDH concedió medidas cautelares a una mujer embarazada en Nicaragua que padecía cáncer y requería quimioterapia. Ante la negativa de las autoridades públicas de salud para autorizar un aborto terapéutico y tratar el cáncer de la mujer, la CIDH ordenó al Estado proteger su vida y su salud, garantizando el acceso al tratamiento médico¹³. Así mismo, la Corte Interamericana concedió medidas provisionales en el caso de B., una mujer que padecía lupus y a la que se le negó la provisión de un tratamiento para salvar su vida, porque éste afectaba el embarazo. En este caso la CIDH concedió medidas cautelares, y la Corte Interamericana respaldó esa decisión, a través de la concesión de medidas provisionales para salvar la vida e integridad de esta mujer.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (conocida como Convención de Belém do Pará), establece que “[t]oda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida.”¹⁴ En este sentido, los órganos de derechos humanos han establecido que la mortalidad materna constituye una violación al derecho a la vida de las mujeres. En el mismo sentido, es relevante referirse a los pronunciamientos de organismos internacionales de derechos humanos, como los órganos de monitoreo y supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos. De acuerdo con éstos, la protección incondicionada de la vida en gestación puede generar limitaciones o barreras para el ejercicio y disfrute de los derechos humanos de las mujeres, de forma contraria a lo que establecen los tratados internacionales de derechos humanos¹⁵. Por ejemplo, el

¹³ CIDH, Caso “Amelia” vs. Nicaragua. Medidas cautelares. MC 43-10, 26 de febrero de 2010. Disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/proteccion/cautelares.asp>> [consulta: 2 de mayo de 2012].

¹⁴ Artículo 4, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. “Convención de Belém do Pará”, celebrada el 6 de septiembre de 1994, ratificada por el Estado mexicano el 19 de junio de 1998.

¹⁵ European Court of Human Rights, Case of Tysiak vs. Poland. Application N° 5410/03. Sentencia, 20 de marzo de 2007. European Court of Human Rights, Case of A, B and C vs. Ireland. Application N° 25579/05. Comité de Derechos Humanos, L.M.R. vs. Argentina. Dictamen. Comunicación N° 1608/2007, 101° período de sesiones, 28 de abril de 2011, [CCPR/C/101/D/1608/2007], disponible en <<http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Jurisprudencia/Argentina/DictamenLMR-CIDH.pdf>> [consulta: 2 de mayo de 2012].

Comité CEDAW ha considerado que las normas que criminalizan el aborto constituyen disposiciones discriminatorias, ya que sólo afectan a las mujeres y ha recomendado a los Estados Partes adoptar las medidas necesarias para promover y garantizar el acceso a servicios de salud reproductiva a las mujeres que soliciten una interrupción del embarazo¹⁶.

Según la interpretación adoptada en los sistemas regional y universal, las normas internacionales no otorgan una protección absoluta a la vida prenatal y tampoco otorgan personalidad jurídica al embrión. Por el contrario, al realizar un análisis de los derechos humanos de las mujeres reconocidos en estos instrumentos, los organismos de derechos humanos han reconocido reiteradamente a las mujeres como sujetos de derechos, y han declarado la violación de sus derechos humanos cuando el Estado les niega la prestación de servicios de aborto en casos en que el embarazo es producto de una violación o pone en riesgo la salud de la mujer; o cuando el Estado mantiene leyes que criminalizan el aborto a pesar de sus las altas tasas de mortalidad materna causadas por abortos inseguros.¹⁷

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), reconoce el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental en su artículo 12.¹⁸ Este derecho entraña:

2012]. European Court of Human Rights, Case of Vo vs. France. Application N° 53924/00, 8 de julio de 2004, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887>> [consulta: 6 de julio de 2012].

¹⁶ Ver Comité CEDAW, Recomendación General 24. Artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La mujer y la salud, 20° período de sesiones (1999). Al respecto, también el Comité de Derechos Humanos, en una de sus observaciones finales, estableció que la criminalización de la interrupción del embarazo en casos —por ejemplo— de violación es incompatible con el reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el PIDCP. Ver Comité de Derechos Humanos, Observación General 28 (ver supra, nota 74); Observaciones finales a Argentina, 2000, párrafo 14; Observaciones finales a Colombia, 1997, párrafo 24; Observaciones finales a Paraguay, 2011, párrafo 31.a; Observaciones finales a Guatemala, 2001, párrafo 19.

¹⁷ Ver Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a: Bolivia, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.74 (1997), párrafo 22; Camerún, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.116 (1999), párrafo 13; Chile, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.104 (1999), párrafo 15; Colombia, U.N. Doc. CCPR/CO/80/COL (2004), párrafo 13; Costa Rica, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.107 (1999), párrafo 11; Ecuador, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.92 (1998), párrafo 11; Guatemala, U.N. Doc. CCPR/CO/72/GTM (2001), párrafo 19; Malí, U.N. Doc. CCPR/CO/77/MLI (2003), párrafo 14; Marruecos, U.N. Doc. CCPR/CO/82/MAR (2004), párrafo 29; Perú, U.N. Doc. CCPR/CO/70/PER (2000), párrafo 20; Polonia, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.110 (1999), párrafo 11; Polonia, U.N. Doc. CCPR/CO/82/POL (2004), párrafo 8; Senegal, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.82 (1997), párrafo 12; Sri Lanka, U.N. Doc. CCPR/CO/79/LKA (2003), párrafo 12; Venezuela, U.N. Doc. CCPR/CO/71/VEN, (2001), párrafo 19.

¹⁸ **Artículo 12** 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Este derecho

“un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.[...] En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva”.¹⁹

En el caso *KL v. Perú*, el Comité de Derechos Humanos encontró que el estrés emocional y la depresión de KL, una mujer de 17 años, eran resultado de haberle denegado el procedimiento de aborto de un feto anencefálico y de haber violado el derecho de ser libre de trato denigratorio e inhumano.²⁰ Nótese también que el Comité de Derechos Humanos, en la Recomendación General N° 28 encontró que negarles a las mujeres el acceso al aborto en casos de violación o incesto puede violar su derecho a ser libres de trato denigrante o inhumano.²¹

Por su parte, el Relator Especial del Derecho a la Salud, emitió recomendaciones en torno al impacto que las leyes penales y otras restricciones jurídicas, tienen sobre la salud sexual y reproductiva, y el derecho a la salud. Así, “[l]as leyes penales que castigan y restringen el aborto inducido son el ejemplo paradigmático de las barreras inaceptables que impiden a las mujeres ejercer su derecho a la salud y, por consiguiente, deben eliminarse. Estas leyes atentan contra la dignidad y autonomía de la mujer al restringir gravemente su libertad para adoptar decisiones que afecten a su salud sexual y reproductiva. Asimismo, generan invariablemente efectos nocivos para la salud física, al ser causa de muertes evitables, morbilidad y mala salud, y para la salud mental, entre otras cosas porque las mujeres afectadas se arriesgan a caer en el sistema de justicia penal.”²²

también se encuentra reconocido en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 12 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" artículo 10.

¹⁹ Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo (CIPD) en Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, Cairo, Egipto, 5-13 de septiembre, 1994, A/CONF.171/13/Rev.1 (1995), párrs. 7.2 y 7.3; Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Beijing, China, 4-15 de septiembre, 1995, Doc. de la O.N.U. A/CONF.177/20 (1995). Párrs 94 y 95.

²⁰ Ver Comité de Derechos Humanos, *K.L. vs. Perú*. Dictamen. Comunicación N° 1153/2003, 85° período de sesiones, 17 de noviembre de 2005, [CCPR/C/85/D/1153/2003], disponible en <http://www.mimdes.gob.pe/files/DIRECCIONES/DGM/dictamen_caso_KL.pdf> [consulta: 21 de mayo de 2012].

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

²² Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de 3 de agosto de 2011 (A/66/254) y examina la interacción entre las leyes penales y otras restricciones jurídica relativas a la salud sexual y reproductiva y el derecho a la salud. Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de

Los Estados tienen, entre sus obligaciones positivas, el deber de proteger la vida, la salud y la integridad personal de las mujeres, especialmente promoviendo y garantizando el acceso a servicios de salud materna libres de toda discriminación.²³ En consecuencia, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce a las mujeres como sujetos de protección, titulares del derecho a la vida y a la salud.

A partir de los pronunciamientos de la Corte Interamericana, de la CIDH, de los Comités de Monitoreo de los Tratados de Derechos Humanos, y del Relator del Derecho a la Salud, se puede concluir que las legislaciones que permiten el aborto son compatibles con la protección a la vida “en general, a partir de la concepción”, que establece el artículo 4.1.²⁴ Esto es así, porque el derecho a la vida no es absoluto en ningún caso, y porque particularmente en los términos de la Convención Americana, que es el único instrumento de derechos humanos que habla de proteger el derecho a la vida, en general, desde la concepción, debe interpretarse en el sentido de que la titular del derecho a la vida es la mujer embarazada y por lo tanto el interés de los Estados en proteger la vida prenatal debe realizarse a través de la garantía de los derechos de la mujer, y no a partir de su restricción o negación.

toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, 3 de agosto de 2011 (A/66/254).
Párrafo 21.

²³ Comité CEDAW, Caso Alyne da Silva Pimentel vs. Brazil. Comunicación N° 17/2008, 25 de julio de 2011, párrafos 7.2, 7.3, 7.6 y 8.2.a, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-49-D-17-2008.pdf>> [consulta: 10 de julio de 2012]. CIDH, Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, [OEA/Ser.L/V/II Doc. 69], 7 de junio de 2010, párrafos 11, 20, 23, 27, 28, 32 y 53, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/SaludMaterna2010.pdf>> [consulta: 26 de abril de 2012].

²⁴ Verónica Undurraga Valdés, “Propuesta interpretativa del mandato de la protección del que está por nacer bajo la Constitución Chilena en el contexto de la Regulación Jurídica del Aborto”, Universidad de Chile, Santiago, Chile, año 2012 (publicación pendiente).

II. El test de proporcionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos frente al aborto legal

Las organizaciones accionantes Fundación Transparencia y Justicia Inc. y Matrimonio Feliz sostienen que el derecho a la vida es un derecho fundamental que inicia en la concepción, siendo un “presupuesto necesario para todo otro derecho”, por lo que goza de una jerarquía superior y prevalece frente a otros derechos. Aducen que, a partir del artículo 37 constitucional, ni la Cámara de Diputados ni el Poder Ejecutivo pueden promover disposiciones legislativas que atenten contra la vida desde el momento de la concepción y que el Estado tiene el deber jurídico de proteger la vida en dos sentidos a) abstenerse de interrumpir el proceso natural de gestación, y b) establecer garantías efectivas para la defensa y protección de la vida.

Sin embargo, con base en lo señalado previamente, esta afirmación es errada pues no hay derechos humanos protegidos de manera absoluta, y el derecho internacional de los derechos humanos establece que la protección de la vida prenatal debe realizarse de forma gradual sin desconocer los derechos humanos de la mujer embarazada. Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el *Caso Artavia Murillo* estableció que, de acuerdo con el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) el embrión o producto de la concepción no es un ente separado del cuerpo de la mujer, por lo que el sujeto directo de protección del artículo 4.1 de la Convención Americana es fundamentalmente la mujer embarazada.

Por ello, y dado que se alega la regulación constitucional del derecho a la vida como impedimento para permitir el aborto, queremos presentar al H. Tribunal un análisis desde el principio de proporcionalidad de la regulación que hizo el Estado de República Dominicana al establecer causales en que el aborto es legal, frente a las obligaciones en materia de derechos humanos asumidas por el Estado. Esto, toda vez que si bien hay una exigencia de proteger la vida prenatal de manera gradual, también hay una exigencia de respetar otra serie de derechos de las personas que, en el caso concreto, quieren acceder a una interrupción del embarazo cuando éste genera un riesgo para la vida de la mujer embarazada, cuando es resultado de incesto o violación, o cuando el feto tiene malformaciones incompatibles con la vida.

Esto, partiendo de la base que la exigencia del principio *pro persona* en derecho internacional es un elemento que permitirá acudir a la norma más amplia cuando se trata de reconocer derechos protegidos, o en el caso inverso, es decir, cuando se trata de establecer limitaciones permanentes al ejercicio de los derechos, a la interpretación más restringida. Este mandato está recogido en el art. 30 de la Convención Americana²⁵ y se refiere a que serán restricciones legítimas los límites de tipo permanente que se imponen

²⁵ Art. 30: "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". Por otra parte, el art. 32.2, relativo a la correlación entre deberes y derechos, expresa que "los

al ejercicio de algunos derechos en atención a la necesidad de preservar o lograr determinados fines que interesan a toda la sociedad.

En este punto es aplicable la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto de las restricciones o regulaciones que son tolerables para el derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, que la restricción deba estar prescrita por ley, lo que supone una norma de aplicación general que debe compadecerse con el respeto al principio de igualdad, no debe ser arbitraria, ni insensata ni discriminatoria. Además, que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo o que sean necesarias en una sociedad democrática (*necesidad*); que sean adecuadas para alcanzar dicho fin (*razonabilidad*); que cercenen, en la menor escala posible, el derecho protegido (*proporcionalidad*); y que estén ajustadas estrechamente al logro de ese legítimo objetivo²⁶. Es decir, la limitación debe ser legal, necesaria, razonable, proporcional y perseguir un interés legítimo. De esta manera lo expresó la Corte IDH en el *Caso Canese* – referido a la libertad de expresión-:

“...para que sean compatibles con la Convención las restricciones *deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza* y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”²⁷.

No se puede desconocer que adoptar la visión absoluta respecto de que hay “persona” desde el momento de la existencia de un cigoto, implica un punto de partida contrario a los estándares internacionales de derechos humanos. Adicionalmente, se desconoce el ejercicio de derechos humanos reconocidos a personas que se ven directamente afectadas por esta “medida de protección”, y por el contrario, no se ha logrado demostrar que es imperioso proteger la vida en gestación por encima de los derechos de las mujeres nacidas, a la salud, a la integridad personal, a la igualdad y no discriminación, y a la libertad reproductiva. De este modo, la negación de estos derechos genera la pérdida de legitimidad de la medida.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que “una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento

derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

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

²⁷ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese, ya citado*, párr. 96 (el destacado nos pertenece). Ver también Corte IDH, Caso Herrera Ulloa, ya citado, párrs. 121 y 123; Opinión Consultiva OC-5/85, ya citado, párr. 46; y Corte EDH, Caso Sunday Times, ya citado, párr. 59; y Caso Barthold, ya citado, párr. 59.

armónico y normal de las instituciones sobre la base de un *sistema coherente de valores y principios...*²⁸. A su vez, el bien común, en el sistema interamericano, ha sido entendido "como un concepto referente a las condiciones *de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos.*"²⁹

Este marco de análisis nos permite afirmar que hacer que prevalezca una protección absoluta de la vida en gestación, sobre los derechos humanos de las mujeres no satisface el criterio de necesidad. Además, es inadecuada porque es una decisión que no procura compatibilizar derechos, sino que se adopta un postulado jurídico que anula los derechos de las mujeres, por lo que se hace inviable en la práctica. En este sentido, cabe señalar que las medidas legislativas adoptadas por el Ejecutivo y el Congreso del Estado son medidas idóneas para salvaguardar la vida, la salud y la integridad personal de las mujeres al ser éstas las únicas que pueden resultar afectadas por el hecho del embarazo, ante circunstancias que ponen en riesgo sus derechos fundamentales.

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

“Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.”³⁰

Resulta claro entonces que una prohibición absoluta del aborto en circunstancias adversas como son el peligro para su vida, la violación sexual, el incesto y la malformación fetal incompatible con la vida extrauterina, vulnera los derechos humanos de la mujer, comprendidos en diversos tratados internacionales. Así mismo, los organismos internacionales de derechos humanos han diferenciado entre el interés legítimo del Estado en proteger la vida prenatal, de la obligación de respetar y garantizar el derecho a la vida y los derechos humanos de las *personas nacidas*, particularmente de las mujeres³¹, y han

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

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

³⁰ Cf. Corte IDH, Caso Kimel, ya citado, párrs. 84 y 85.

³¹ Ver Comité de Derechos Humanos, *K.L. vs. Perú. Dictamen. Comunicación N° 1153/2003*, 85° período de sesiones, 17 de noviembre de 2005, [CCPR/C/85/D/1153/2003], disponible en

establecido que los tratados internacionales de derechos humanos no otorgan personalidad jurídica al producto de la concepción.³²

Por consiguiente, de acuerdo a los criterios y estándares presentados, se reitera que la permisión del aborto en las circunstancias establecidas en la legislación penal de República Dominicana, es una medida idónea para proteger los derechos humanos de las mujeres, y pasa el test de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad de una sociedad democrática.

En este sentido, vale la pena recordar que el Ejecutivo explicó que las razones de la reforma en materia de aborto en el Nuevo Código Penal atendían “la finalidad de que los legisladores especifiquen las excepciones que deben prevalecer respecto a la penalización de la interrupción del embarazo en aquellos casos cuando la vida de la madre corre peligro, cuando ésta ha sido víctima de violación o incesto ó cuando el feto tenga malformaciones incompatibles con la vida, en el entendido de que no se indica en su contenido aquellas situaciones excepcionales, que por poner en juego derechos fundamentales de toda mujer embarazada, como lo constituyen el derecho a la vida y la salud, el respeto a su dignidad humana y a su integridad psíquica y moral, constituirían auténticas situaciones eximentes de responsabilidad penal.”³³

Más aún, el Ejecutivo consideró que la eximente general de *estado de necesidad* comprendida en el artículo 22 del Código Penal de República Dominicana no “era una figura jurídica suficiente para despojar la responsabilidad penal en los casos de interrupción del embarazo a los médicos practicantes y a las mujeres, ya que no se establecía con certeza en qué casos podía aplicar dicha eximente, dada “la complejidad específica de la infracción relativa a la interrupción del embarazo, en la que entra en juego la vida de la madre, exige ineludiblemente hacer explícitos los supuestos excepcionales en que debe prevalecer el derecho fundamental a la vida de la mujer embarazada.”

Por el contrario, la prohibición absoluta del aborto, fundada en una defensa absoluta de la vida desde la concepción, no persigue un fin estatal legítimo o razonable, afecta otros derechos

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

³² *Idem*.

³³ Ver, Opinión del Procurador General de la República al Tribunal Constitucional de República Dominicana respecto de las acciones de inconstitucionalidad comentadas, pág. 9.

desproporcionadamente y no sería “necesaria en una sociedad democrática”, pues no toma en cuenta los derechos de la mitad de la población, específicamente de las mujeres dominicanas.

Adicionalmente, no debe perderse vista que se ha demostrado que la prohibición absoluta del aborto se transforma en una restricción ilegítima que además tiene un impacto diferenciado sobre las mujeres y debe ser identificada como conculcadora del derecho a la igualdad y no discriminación. La Corte ha establecido que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”. En la determinación de si una diferencia de trato resulta arbitraria, los órganos del Sistema Interamericano han aplicado los criterios de fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad³⁴.

Así entonces, otro aspecto relevante es que si bien tanto el análisis de la arbitrariedad o carácter discriminatorio de una diferencia de trato implican el sometimiento de la distinción o exclusión a un test en el que se analice si la medida es objetiva y razonable, existen casos en los que el nivel de intensidad del escrutinio resulta más estricto en cuanto al cumplimiento de los parámetros de fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Esto sucede por ejemplo cuando la diferencia de trato estuvo motivada en ciertas categorías que se consideran “sospechosas”. En tales casos, se presume que la distinción es incompatible con la Convención Americana y se aumenta la carga argumentativa de los Estados para desvirtuar dicha presunción *prima facie*. Aún más, las reparaciones a otorgar ante este tipo de discriminación, deben tener una “vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo” y se deben orientar a identificar y eliminar los factores causales de la discriminación, sobre todo cuando se trate de discriminaciones estructurales³⁵.

³⁴ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 165.

³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de la niñez, Justicia Juvenil y Derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, 13 julio 2011.

III. Jurisprudencia Constitucional Comparada en América Latina

En este apartado presentaremos al Honorable Tribunal, argumentos de tipo constitucional provenientes de diversos Tribunales Constitucionales de la región, que avalan las regulaciones nacionales que permiten el aborto por ser compatibles con la protección del derecho a la vida.

3.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante Corte Suprema), se pronunció en un caso en que se cuestionó la constitucionalidad del artículo 86 del Código Penal, vigente desde 1921, en el que se establecen los permisos para la práctica del aborto de forma legal, así:

“Art. 86 CP... El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

En 1994, mediante reforma constitucional, se incorporaron con rango constitucional los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que generó debate sobre la compatibilidad de las provisiones del derecho internacional de los derechos humanos y el modelo de causales del código penal. Este debate llevó a que en 2012 la Corte Suprema, por primera vez en la historia argentina tomara un caso de aborto no punible, para resolver sobre la constitucionalidad y convencionalidad del modelo de regulación del aborto.

La Corte aclaró que de acuerdo con el marco constitucional vigente, especialmente los derechos a la autonomía y a la igualdad de todas las personas, y con base en la incorporación de los tratados de derechos humanos al nivel constitucional, el modelo de permisos no solo es constitucional sino que es el mínimo de protección de los derechos humanos de las mujeres a ese respecto. Una protección inferior desconocería derechos humanos de las mujeres incluyendo la vida, la salud, la dignidad humana, vida privada y la autonomía reproductiva, entre otros.

La Corte se refirió específicamente al alcance de la protección del derecho a la vida en el marco jurídico interno, destacando especialmente la lectura del artículo 4.1 de la Convención Americana. Aclaró que la

expresión “*en general*”, indica la posibilidad de los Estados de reconocer una protección incremental de la vida en gestación. Por tanto, no resulta incompatible con la permisión del aborto, sea de acuerdo con el modelo de causales o con el de plazos (modelo que permite el aborto de acuerdo con etapas concretas del embarazo). Más allá de la protección *general* que se debe dar a la vida en formación está, en todo caso, la garantía y protección efectiva de los derechos consagrados en la Convención, que en este caso serán los derechos de las mujeres.

En adición podemos decir, con Romina Faerman³⁶ “...que la protección de la vida no implica necesariamente la penalización del aborto. Dicho en otros términos, se puede cumplir con el *deber general de proteger la vida desde la concepción* a través de medios distintos al derecho penal”, como es ampliamente aceptado por un sector importante de la doctrina nacional y extranjera³⁷.

Con relación a la última parte de primer numeral del artículo 4: “nadie podrá ser privado de su vida arbitrariamente”, la Corte Suprema la interpretó en el sentido de que supone únicamente la necesidad de reglamentar en el derecho interno, las condiciones en las que debe ser practicadas cualquier restricción al derecho a la vida, como el aborto, la eutanasia o la desestimación de embriones, por ejemplo, para que no resulten arbitrarios, pero de ninguna manera impone su prohibición absoluta³⁸.

La Corte Suprema de Justicia también hizo referencia a los artículos de la Convención de los Derechos del Niño relacionados con la protección de la vida, y concluyó con fundamento en la evaluación de los antecedentes que precedieron a la sanción de esta Convención, que al redactarse su Preámbulo, “expresamente se rechazó que éste fijara un alcance determinado de cualquiera de sus disposiciones³⁹.”

Asimismo, de la lectura los antecedentes, dijo la Corte “se puede concluir que, ante una variedad de alternativas propuestas, se decidió expresamente por la formulación actual del artículo 1o, de la que tampoco se puede derivar la tesis que sostiene la parte. Esto queda corroborado por la circunstancia que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los Estados Partes —que no admiten el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación— deben reformar sus normas legales

³⁶ Romina Faerman, Óp. Cit.

³⁷ Esta postura se ha sostenido en varios pronunciamientos nacionales en la Argentina, además del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, un ejemplo es el caso “R., L. M.” resuelto por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en el que la honorable jueza, Dra. Kogan, advierte en su voto “cabe destacar la opinión coincidente de Sagüés, quien considera que si un acto se encuentra prohibido por la Constitución, ello no quiere decir, necesariamente que deba ser delito”, citado por Romina Faerman óp cit.

³⁸ Ver, Filipini, Leonardo. Los abortos no punibles en la reforma de 1994. En Bergallo, Paola (Comp). Aborto y justicia reproductiva. Buenos Aires:editores del Puerto, 2011.

³⁹ (ver al respecto, Consejo Económico y Social, Cuestión de una Convención sobre los Derechos del Niño, Informe del Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño; E/CN4/1989/48, 2 de marzo de 1989)” (considerando 13).

incorporando tal supuesto y, respecto de nuestro país que si lo prevé, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal⁴⁰.

Tal como lo señaló en el 2011 Leonardo Filipini⁴¹, en la redacción del texto de la Convención se prefirió deliberadamente eliminar cualquier referencia al momento de inicio de la protección para la infancia, dejando únicamente la determinación de su aplicabilidad hasta los 18 años. Lo anterior, para cuidar la coherencia y sistematicidad entre los instrumentos de protección de los derechos humanos, que han establecido la necesidad de dar una protección ponderada a todos los derechos humanos.

La Corte en su fallo aclaró que de la interpretación literal de los artículos 1 y 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de ninguna manera se desprende la obligación de dar una protección absoluta al derecho a la vida, y mucho menos la obligación de utilizar el derecho penal para proteger la vida en gestación en ninguna de sus etapas. Adicionalmente, aseguró que “el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su posición general relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación.”⁴²

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, vigente y de rango constitucional en la Argentina⁴³ exige su interpretación desde una perspectiva de género, tal y como lo ordenan las normas de interpretación convencional universal⁴⁴, así como la aplicación dinámica de los estándares y disposiciones de acuerdo con la evolución de los conceptos y consensos internacionales.

En la intervención de la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso F.,A.L., ya referido, la defensora general Dra. Estela Maris Martínez, afirma que la protección del derecho

⁴⁰ cfr. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Palau. 21/02/2001. CRC/C/15/Add.149; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Chad. 24/08/1999. CRC/C/15/Add.107; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3-4, antes citadas)” (considerando 13).

⁴¹ Ibidem

⁴² cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Irlanda, 24/07/2000, A/55/40; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Gambia, 12/08/2004, CCPR/CO/75/GMB; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010, antes citadas)” (considerando12).

⁴³Por lo que se compromete a adoptar sin dilaciones todas las medidas necesarias para eliminar toda discriminación en contra de la mujer, en el ámbito nacional, como lo recuerda el comité para la eliminación de todas las formas de discriminación en su discurso conmemorativo por los 25 años de la convención, disponible en

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25anniversary/statement/CEDAW%20statement%20S.pdf>

⁴⁴ Lo que se reconfirma en Observaciones Generales N° 4 y 28 del Comité de Derechos Humanos sobre el *Pacto de derechos civiles y políticos* y las N° 14 y 16 del Comité de DESC sobre el *Pacto de derechos económicos, sociales y culturales*, Ver en : www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer

al aborto de las mujeres en los casos permitidos por la ley no vulnera ninguna de las disposiciones constitucionales o convencionales. En relación, específicamente con la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, señala que dentro de los informes emitidos por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁴⁵, ha dejado en claro que el derecho a la vida de las mujeres, incluye el derecho a no morir por causas relacionadas con el embarazo y con el parto, así como reafirma que los derechos contenidos en la convención, no pueden ser vulnerados por el ejercicio de otros derechos o por la protección de intereses del estado, que no respondan a un caso de urgencia o necesidad insuperable.

Menciona con especial énfasis el informe al país emitido por este comité en 2010⁴⁶, en el que se exhorta el Estado para que redoble sus esfuerzos para la implementación del marco de protección del derecho al aborto, celebrando especialmente la emisión de una Guía Técnica para la atención integral de los abortos no punibles.

En consecuencia, la Corte Suprema concluyó que de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos y la Constitución, permitir el aborto no entra en contradicción con el derecho a la vida, y por el contrario, es una medida que garantiza los derechos humanos de las mujeres argentinas.

3.2. Supremo Tribunal Federal de Brasil

Por su parte, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil (en adelante Supremo Tribunal) sigue la interpretación mayoritaria de los tribunales constitucionales que han adoptado el juicio de ponderación para tratar el potencial conflicto entre los derechos reproductivos y demás derechos humanos de las mujeres, con la expectativa de derecho a la vida prenatal. Por lo que a continuación nos referiremos a los precedentes jurisprudenciales firmados por el Supremo Tribunal en los casos ADIN 3510 y ADPF 54, que se refieren, en su orden, a las investigaciones científicas con base en células madre embrionarias y a la constitucionalidad de la interrupción del embarazo en casos de anencefalia.

En la ADIN 3510, el Supremo Tribunal estableció que el derecho a la vida tiene una dimensión biográfica más allá de la dimensión biológica⁴⁷. El caso se refiere a la acción de inconstitucionalidad promovida por

⁴⁵Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales. Argentina. CEDAW/C/ARG/4. 8 February 2000; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales. Argentina, CEDAW/C/ARG/5; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales. Argentina, CEDAW/C/ARG/5/Add.1;

⁴⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales. Argentina, 12 al 30 de julio de 2010, párr. 38.

⁴⁷ Barroso L.R., Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células Tronco Embrionárias, in Nos Limites da Vida, Sarmento D. & Piovesan F., coord., Ed Lumen Juris, Rio de Janeiro 2007.

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

La demandante consideraba que la Constitución brasileña protege el derecho a la vida desde la fecundación, durante su desarrollo y hasta el nacimiento, por lo que los procedimientos antes referidos violarían el derecho a la vida y el principio de la dignidad del embrión, previstos en los artículos 5 y el art. 1, fracción III, respectivamente, de la Constitución brasileña.

En la solución de esta controversia, el Relator del fallo de la ADIN 3510 afirmó que no hay consenso científico o filosófico respecto de la determinación del momento en el que inicia la vida por lo que concluyó que el derecho protege de forma variada cada una de las diferentes etapas del desarrollo biológico del ser humano.⁴⁸ Así, el Supremo Tribunal interpretó el alcance de la protección jurídica del derecho a la vida establecido en la Constitución brasileña y afirmó que la protección de éste empieza con el nacimiento de una persona, que es el momento en el cual los humanos se vuelven titulares de diversos derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la libertad, la autonomía, la igualdad, la seguridad, entre otros derechos establecidos en el artículo 5 de la Constitución brasileña

Según la decisión ADIN 3510, el embrión no puede ser encuadrado en la categoría de persona con titularidad de derechos fundamentales como el derecho a la vida que pertenecen solamente a las personas vivas y nacidas, ya que el concepto de vida humana está revestido de una dimensión biográfica más allá de la dimensión meramente biológica⁴⁹. Por lo tanto, el Supremo Tribunal concluyó que el uso de células madre embrionarias para la investigación científica no viola el derecho a la vida de los embriones, ya que éstos no se consideran sujetos de derechos. En consonancia con esto, el artículo 2 del Código Civil, determina que el nacimiento es el momento en el que el ser humano adquiere personalidad jurídica y capacidad.

Así, bajo el estándar desarrollado por la decisión del Supremo Tribunal, al no existir una correspondencia entre la vida humana y la persona humana, ni el embrión ni el feto son titulares de derechos. Aunque el Supremo Tribunal determinó que es a partir del nacimiento con vida cuando la Constitución reconoce la

⁴⁸ Voto del Relator de la ADI 3510, Ministro Carlos Britto, Supremo Tribunal Federal, Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 3.510, www.stf.jus.br. Fecha de la decisión: 29/05/2008, párrafo 29, disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acceso en: 19/09/2012.

⁴⁹ El concepto de vida se recubre con una dimensión biográfica más que simplemente biológica, que se materializa en un sujeto capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones en nombre propio, **a partir del nacimiento con vida.** " Ministro Relator Carlos Ayres Brito en su voto sobre el artículo 5 de la Ley de Bioseguridad, Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 3.510. www.stf.jus.br. Fecha de la decisión: 29/05/2008. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acceso en: 19/09/2012.

existencia de una persona sujeta de derechos, la legislación brasileña establece la protección gradual de los derechos de los no nacidos⁵⁰ en desarrollo en el útero materno, desde el momento de la concepción en virtud de su grado de desarrollo. Por esta razón, el Supremo Tribunal aclaró que cuando la Constitución hace referencia a los "derechos de la persona humana" y a los "derechos y garantías individuales", como cláusulas inmutables, éstos sólo serán considerados derechos humanos y garantías de las personas como destinatarias de los "derechos fundamentales a la vida, a la libertad, igualdad, seguridad y propiedad". Así, para el Tribunal, "el embrión allí referido jamás será una vida. (..) Ni concluida ni en formación. En consecuencia, la persona humana no existe ni potencialmente. El embrión in vitro es algo que jamás será alguien".⁵¹

Así, el Supremo Tribunal señaló que el reconocimiento de la protección jurídica que se otorga a los seres no nacidos parte del reconocimiento de la graduación de la vida y de la diferenciación de las etapas de desarrollo gestacional pues se considera que hay una distinción entre ellas en el sentido de que: "el embrión es un embrión, el feto es un feto y la persona humana es la persona humana."⁵²

A pesar de que el Supremo Tribunal se eximió de definir el momento en el que comienza la vida humana alegando que la Constitución Federal no lo hace⁵³ y tampoco dispone sobre las diferentes formas de vida humana prenatal, declaró que al no ser el embrión una persona no es posible hablar del derecho a la vida y de la dignidad humana del mismo, reconocida en el artículo 1, fracción III, de la Constitución brasileña.⁵⁴

Por otra parte, en la acción de Incumplimiento del Precepto Fundamental - ADPF nº 54, el Supremo Tribunal concluyó que la interrupción del embarazo del feto anencefálico es coherente con el Estado laico, la dignidad humana, el derecho a la vida y la protección de la autonomía, la libertad, la privacidad y la salud de las personas

En este caso, la demandante de la ADPF 54 pretendía solicitar la interpretación de conformidad con la Constitución de los artículos 124, 126 y 128, fracciones I y II, del Código Penal (Decreto-Ley N°

⁵⁰ Art. 2, Código Civil de 2002: "La personalidad civil de la persona comienza con el nacimiento con vida pero la ley protege, desde la concepción, los derechos de los no nacidos. "

⁵¹ Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 3.510. www.stf.jus.br. Fecha de la decisión: 29/05/2008. Página 35. Disponible en:

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

⁵² Voto del Relator de la ADI 3510, Ministro Carlos Britto, Supremo Tribunal Federal, supra nota.

⁵³ Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 3.510. www.stf.jus.br. Fecha de la decisión: 29 de mayo de 2008. Voto del Relator, página 24. Disponible en:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi3510relator.pdf>. Consultada el: 19 de septiembre de 2012.

⁵⁴ Constitución Federal de Brasil, "Artículo 1. La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y de los Municipios y el Distrito Federal, se encuentra en un estado democrático y se basa en: III - la dignidad de la persona humana."

2.848/40) que impedían la interrupción del embarazo en el evento de que el feto fuera anencefálico, situación previamente diagnosticada por un profesional calificado. El sentido de la interpretación pretendida era el reconocimiento del derecho de las mujeres embarazadas a someterse al procedimiento citado sin estar obligadas a solicitar la autorización judicial o de cualquier otra forma de permiso por parte del Estado.

Lo anterior, en virtud de que la anencefalia es una anomalía fetal incompatible con la vida fuera del útero que conduce a una situación de alto riesgo durante el embarazo y la interrupción del embarazo es la única indicación médicamente eficaz y terapéutica para las mujeres, ya que no hay posibilidad de revertir la inviabilidad feto. El Ministro Relator del fallo de la ADPF 54, Marco Aurelio, afirmó que la interrupción del embarazo del feto anencefálico es coherente con la Constitución, especialmente con los preceptos que garantizan el Estado laico, la dignidad humana, el derecho a la vida y la protección de la autonomía, la libertad, la privacidad y la salud de las personas.⁵⁵ Al respecto, señaló que la cuestión en debate involucra cuestiones pertinentes, tales como la dignidad humana, el disfrute de la vida, la libertad, el derecho a la autodeterminación, a la salud y el pleno reconocimiento de los derechos individuales, y de los derechos sexuales y reproductivos de miles de mujeres.

También afirmó que el derecho a la libertad religiosa y la existencia de un Estado laico⁵⁶ implica que las religiones no deben guiar el tratamiento que el Estado otorgue a los derechos fundamentales tales como el derecho a la libre determinación, el derecho a la salud física y mental, el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la orientación sexual y el derecho a la libertad reproductiva⁵⁷ y al respecto reconoció que “es inescapable el choque de una parte de la sociedad que desea proteger los intereses de todos los que la integran, sean los que ya nacieron o los que están por nacer, independientemente de la condición física o la viabilidad de sobrevivencia de éstos. La cuestión consiste en la dignidad humana, el goce de la vida, la libertad, la autodeterminación, la salud y el pleno reconocimiento de los derechos individuales, en particular los derechos a la salud sexual y reproductiva de miles de mujeres. En ese caso no hay colisión real entre derechos fundamentales, sólo un aparente conflicto”.⁵⁸

⁵⁵ Supremo Tribunal Federal. Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental n° 54. Voto del Relator Marco Aurelio. www.stf.jus.br. Fecha de la decisión: 12 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf> . 19/09/2012. Página 67.

⁵⁶ Ibid, página 45.

⁵⁷ Supremo Tribunal Federal. Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental n° 54. www.stf.jus.br. Fecha de la decisión: 12/04/2012. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf> . Consultada el : 19 de septiembre de 2012.

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal. Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental n° 54. www.stf.jus.br. Fecha de la decisión: 12/04/2012. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf> , página 33. Acceso en: 19/09/2012.

El 12 de abril de 2012, el Supremo Tribunal emitió una decisión histórica sobre la ADPF 54 en la que, por votación mayoritaria, declaró la inconstitucionalidad de la interpretación jurídica según la cual las disposiciones del Código Penal (artículos 124, 126, capot, 128, I y II) en relación con el aborto⁵⁹ son aplicables a los casos de productos de anencefalia, pues consideró que ante éstos es procedente la interrupción del embarazo por causas terapéuticas de conformidad con dignidad de la persona humana (artículo 1, fracción IV de la Constitución), el principio de legalidad, los derechos a la libertad y la autonomía de las personas (artículo 5, fracción II de la Constitución) y el derecho a la salud de las personas (artículos 6y 196 de la Constitución).⁶⁰ La decisión también reconoció el derecho de la mujer a tener acceso a este procedimiento de salud sin previa autorización judicial o permiso específico.⁶¹

Asimismo, el Supremo Tribunal hizo una referencia expresa al principio de proporcionalidad, en el sentido de que proteger la vida prenatal sería, en el caso de un feto anencefálico, imponer a las mujeres un sacrificio no razonable. La imposición estatal de desarrollo del embarazo cuyo resultado final sería la irreparable muerte fetal es contraria a los principios fundamentales del sistema constitucional y concretamente, a los derechos a la libre determinación, a la salud, a la privacidad y al reconocimiento pleno de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.⁶²

Las tendencias jurisprudenciales sobre la protección de la vida del Supremo Tribunal Federal de Brasil apuntan a definirla no como una mera vida biológica, sino como una vida con una dimensión biográfica.

⁵⁹ Código Penal, Decreto-Ley N° 2.848/40, que establece:

Aborto por la mujer embarazada o con su consentimiento:

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

Pena - reclusión de uno a tres años

Aborto provocado por terceros:

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

Pena - reclusión de un año a cuatro años.

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

Aborto necesario

Artículo 128 - no es punible aborto practicado por medico:

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

El aborto en el caso de embarazo por violación

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

⁶⁰ Supremo Tribunal Federal. Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental n° 54. www.stf.jus.br. Fecha de la decisión: 12/04/2012. Disponible en:

http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954_19/09/2012.

⁶¹ Fernandes M., Interrupción del Embarazo de Feto Anencefálico: una Análisis Constitucional, in Nos Limites de la Vida: Aborto, Clonaje Humana y Eutanasia en la perspectiva de los derechos humanos, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, página 126.

⁶² Supremo Tribunal Federal. Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental n° 54 Fecha de la decisión: 12/04/2012. Voto del Relator. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>, página 78.

Las interpretaciones adoptadas por las Cortes Constitucionales establecen que protección de la vida tiene un componente de la materialización de aquellas circunstancias que garantizan la posibilidad de su desarrollo, pero siempre de conformidad con los derechos humanos a la libertad, autonomía y dignidad de las mujeres.⁶³

3.3. Corte Constitucional de Colombia

La Corte Constitucional colombiana (en adelante Corte Constitucional) determinó que la prohibición absoluta del aborto que operaba en Colombia antes de 2006, era una medida violatoria de los derechos humanos y fundamentales de las mujeres colombianas, y que la penalización constituía un mecanismo desproporcionado para proteger el bien jurídico de la vida en formación. De esta manera, en sentencia C – 355 de 2006 declaró que las mujeres y niñas colombianas tienen el derecho a optar por una interrupción voluntaria del embarazo, cuando: i) el embarazo pone en riesgo su vida o su salud (física y/o mental), ii) el feto tiene malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, y iii) cuando el embarazo ha sido forzado por ser producto de violación o incesto⁶⁴.

Para llegar a esta conclusión, la Corte Constitucional determinó que la vida prenatal es un bien jurídico que el Estado tiene el interés de proteger, pero no existe un derecho a la vida del no nacido⁶⁵. Así mismo, el Tribunal estableció que no existe un deber absoluto e incondicional de proteger la vida en gestación, y que el interés del Estado en protegerla debe ser ponderado con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Constitución y en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.

Entre los derechos que deben tenerse en cuenta al ponderar la protección que se da al bien jurídico vida, la Corte se refirió a los derechos humanos sexuales y reproductivos, que *“han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos”*⁶⁶.

Particularmente relevante en el análisis de la Corte colombiana es la determinación de las limitaciones que tiene el legislador penal en un Estado democrático. Para la Corte, al definir los tipos penales, el Legislador está limitado por los principios y valores constitucionales, así como por los derechos

⁶³ Julieta Lemaitre Ripoll, “En defensa de la vida”: por una mejor comprensión del constitucionalismo católico, Agosto 29, 2011, disponible en: www.razonpublica.com.

⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 355 de 2006.

⁶⁵ *Ibidem*.

Ver también, Corte Constitucional, Sentencia T – 627 de 2012.

⁶⁶ *Ibidem*.

constitucionales de las personas; la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la salud (física y mental), y la vida e integridad de las personas.

De este modo, la Corte aplicó el juicio de proporcionalidad para decidir si una prohibición absoluta del aborto destinada, según los legisladores, a proteger la vida del nasciturus, afectaba de manera desproporcionada los derechos de las mujeres, así como los principios y valores constitucionales. Del juicio de proporcionalidad realizado resultó que una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, *“significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección.”*⁶⁷

En consecuencia, resultaba violatorio de la Constitución el penalizar de forma absoluta el aborto, pues despojaba de toda dignidad y titularidad de derechos, a la mujer embarazada, al considerarla un ser cuyo único propósito es el de la procreación.

Siguiendo esta línea de análisis, la Corte señaló que la prohibición total del aborto incluso en casos en que se encontraba en riesgo la vida o la salud (física y/o mental) de mujer, constituía una vulneración de sus derechos a la vida y a la salud. Al analizar el derecho a la salud, el Tribunal señaló que es un derecho integral que incluye el concepto de salud mental y física, y que además, en el caso de las mujeres, se extiende a su salud reproductiva⁶⁸.

De acuerdo con la Corte, el derecho a la salud también tiene el carácter de un derecho de defensa frente a injerencias estatales o de terceros que lo amenacen o vulneren, y dentro de su ámbito de protección se incluyen los derechos a planear la propia familia, a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, y a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva.

Para la Corte, la imposición estatal a la mujer embarazada de perder su vida o sufrir una afectación en su salud para proteger una vida en gestación, significa un sacrificio excesivo, en el que se pierde la vida ya formada por una vida en gestación. En casos en que la vida de la mujer está en riesgo por el embarazo, no hay equivalencia entre sacrificar los derechos a la vida y la salud de la mujer, y proteger la vida prenatal. *“El Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general”*⁶⁹.

Adicionalmente, en los casos en que el embarazo es resultado de una violación o de incesto, la Corte Constitucional determinó que penalizar el aborto en estos casos *“supone un total desconocimiento de la dignidad*

⁶⁷ Ibídem.

⁶⁸ Ver también, Corte Constitucional, Sentencias T- 585 de 2010 y T – 841 de 2011.

⁶⁹ Ibídem.

*humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos y que por esa misma razón están sancionados penalmente...*⁷⁰.

Finalmente, la Corte consideró que otra de las situaciones en que el aborto no puede ser penalizado por el Estado, es cuando el feto tiene malformaciones incompatibles con la vida. En estas situaciones, el interés del Estado en proteger la vida prenatal pierde peso, precisamente porque se trata de una vida inviable. Adicionalmente, penalizar el aborto en estos eventos, implicaría imponer a la mujer embarazada la continuación del embarazo para supuestamente proteger la vida prenatal, y obligarla al término de éste, a soportar la pérdida del ser cuya vida es inviable. La obligación de continuar un embarazo en estas condiciones, implica someter a la mujer a tratos crueles, inhumanos y degradantes, y por lo tanto a vulnerar su dignidad⁷¹.

3.4. La Suprema Corte de Justicia de la Nación

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

La Suprema Corte ha fallado en favor de la constitucionalidad de iniciativas legislativas que han despenalizado el aborto. En 2008, la Suprema Corte confirmó la constitucionalidad de las reformas que despenalizaron la interrupción del embarazo en el DF durante las primeras doce semanas de gestación.⁷² Este fallo resulta trascendente para la región latinoamericana en su conjunto, ya que se inscribe dentro de una tendencia regional de los tribunales constitucionales americanos para avanzar en el reconocimiento judicial de los derechos reproductivos de las mujeres como derechos humanos⁷³. Igualmente, en 2012, la

⁷⁰ Sobre la vulneración de derechos que implica imponer la continuación de un embarazo producto de una violación, ver: Corte Constitucional, Sentencias T – 209 de 2008, T – 946 de 2008.

⁷¹ Ver, Corte Constitucional Sentencia T – 388 de 2009.

⁷² SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, ministro ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, ministro encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz, 28 de agosto de 2008. Disponible en <<http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/ENGROSECOSSxcdO-146-07.pdf>> [consulta: 25 de junio de 2012].

⁷³ Ver Langer, Ana, “Introduction to the Special Section on Abortion Legalization in Mexico City” en Studies in Family Planning, vol. 42, núm. 3, septiembre de 2011, pp. 156-158. Ansolabehere, Karina, “Oportunidades y decisiones: la judicialización del aborto en perspectiva comparada” en Marcelo Alegre (coord.), Derecho y sexualidad, Buenos Aires, Librería, 2010, disponible en <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Ansola_Sp_PV.pdf> [consulta: 3 de julio de 2012].

Suprema Corte avaló la constitucionalidad de las reformas que ampliaron las causales legales de aborto en el DF (conocida como “Ley Robles”) y el procedimiento para autorizar su práctica en casos de violación.⁷⁴

La Constitución mexicana comprende un amplio catálogo de derechos humanos de los que gozan todas las personas, dentro del cual se encuentran los derechos reproductivos. La Constitución consagra la libertad y autonomía reproductivas de todas las personas (artículo 4), prohíbe la discriminación por razones de género (artículo 1), reconoce la igualdad de hombres y mujeres ante la ley (artículo 4), establece derechos para las mujeres trabajadoras embarazadas (artículo 123) y prevé derechos específicos para las mujeres indígenas (artículo 2). La Constitución no contempla en su texto el derecho a la vida.

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

[S]e advierte que estamos ante un derecho fundamental, de los denominados *de libertad*, como es el decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos que se deseen tener, lo cual implica también la decisión de no tenerlos; a la par, el artículo 4º constitucional establece la obligación del Estado de proporcionar información acerca de métodos de anticoncepción, educación sexual, etcétera, a fin de que dicha decisión sea tomada en forma responsable e informada.⁷⁵

La Corte también ha considerado que la libertad reproductiva deriva de los derechos a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad que incluye “la decisión de un individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común, como la relativa a tener hijos o no”.⁷⁶ De igual forma, la Suprema Corte ha considerado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad:

⁷⁴ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 10/2000, engrose a cargo de la ministra ponente Olga María del Carmen Sánchez Cordero, 29 y 30 de enero de 2002. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/302/00000100.019.doc>> [consulta: 25 de junio de 2012].

⁷⁵ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, ministro ponente: Sergio A. Valls Hernández, 16 de agosto de 2010, párrafo 236, p. 87. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/>> [consulta: 12 de junio de 2012].

⁷⁶ Ibidem, párrafo 251, p. 95. Ver también SCJN, Amparo directo 6/2008, relacionado con la Facultad de Atracción 3/2008-PS, 6 de enero de 2009, p. 86: “el derecho al libre desarrollo de la personalidad, comprende, entre otras, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, así como en qué momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos[...].”

[E]s la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo. Como han sostenido la doctrina y la jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado[...]⁷⁷

En su interpretación constitucional, la Suprema Corte en el análisis de la protección a la salud establecida en el artículo 4, en la primera sentencia referida donde se revisó la constitucionalidad del derecho al aborto por malformaciones genéticas o congénitas del producto de la concepción, concluyó que la protección de la vida del producto de la concepción en el orden jurídico mexicano no invalidaba las causales legales de aborto establecidas en el Código Penal del Distrito Federal, por lo que consideró que dichas causales son constitucionales.⁷⁸

Una consideración relevante de la Corte en la segunda sentencia sobre la permisón del aborto en la legislación penal fue que dicha medida legislativa “resulta de este modo idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, pues la no penalización de la interrupción del embarazo tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida”.⁷⁹

Asimismo, la jurisprudencia de la Suprema Corte sobre el derecho a la igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 1 constitucional, establece que la libertad de la autoridad legislativa encuentra un límite sustancial en la obligación para el legislador ordinario (local) de respetar el principio de igualdad y no discriminación. Límite que obliga a la autoridad legislativa a: 1) dar un trato igualitario en situaciones de hecho similares, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable para dar un trato diferenciado y 2) establecer diferenciaciones normativas con base en una finalidad constitucionalmente aceptable.⁸⁰

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

⁷⁷ SCJN, Amparo Directo 6/2008 (ver supra, nota 92), p. 86.

⁷⁸ Ver SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 10/2000 (ver supra, nota 22), pp. 92-97.

⁷⁹ SCJN, Sentencia Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 (ver supra, nota 23), p. 183.

⁸⁰ SCJN, “IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)”, Tesis jurisprudencial, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XXVII, abril de 2008, p. 175. “Igualdad. Criterios para determinar si el legislador respeta ese principio constitucional”, Tesis jurisprudencial, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

a su razonabilidad y proporcionalidad, sentándose, incluso, los criterios o estándares para la medición de tales aspectos, a efecto de contar con elementos objetivos para resolver sobre su constitucionalidad.”⁸¹

En este sentido, las reformas legislativas que restrinjan derechos humanos tienen que pasar por un escrutinio constitucional estricto (test de constitucionalidad). De acuerdo con los criterios jurisprudenciales de la Corte, este test se cumple cuando la diferenciación establecida en la ley se basa en criterios razonables, objetivos y proporcionales.⁸² Por lo tanto, a la autoridad legislativa le está prohibido establecer distinciones injustificadas en la ley o clasificaciones “sospechosas”⁸³ y el Poder Judicial debe realizar un escrutinio estricto de dichas leyes.⁸⁴

En 2008, la Suprema Corte realizó un análisis extenso del alcance de la protección a la vida en gestación, apartándose del criterio adoptado en 2002 —en el que consideró que la vida del producto de la concepción se encontraba protegida en todo el ordenamiento jurídico mexicano y en los tratados internacionales.⁸⁵ Al analizar la constitucionalidad de la legislación que despenalizó el aborto en las primeras doce semanas de gestación en el DF, la Corte consideró que “la Constitución no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo sino que obliga más bien al Estado a promocionar las condiciones para su adecuado disfrute una vez que existe”.⁸⁶

En este sentido, la Suprema Corte determinó que el derecho a la vida no tiene un carácter básico ni absoluto.⁸⁷ La Corte sostuvo que ningún derecho constitucional es absoluto y que tampoco se puede

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

⁸² SCJN, “Igualdad. Casos en los que el Juez constitucional debe hacer un escrutinio estricto...”, op. cit. (ver supra, nota 96), p. 175. “Igualdad. Criterios para determinar...”, op. cit. (ver supra, nota 96), p. 75.

⁸³ Las categorías “sospechosas” son clasificaciones establecidas por el poder legislativo basadas en prejuicios o estereotipos, en detrimento de ciertas personas o grupos sociales. Las categorías sospechosas por antonomasia son la raza, el sexo y la religión. De ahí que se prohíban expresamente en el artículo 1 de la Constitución mexicana.

⁸⁴ SCJN, “[Principio de igualdad. interpretación constitucional para determinar si en un caso procede aplicar escrutinio intenso por estar involucradas categorías sospechosas](#)”, Tesis aislada, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, tomo XXXII, 1 de septiembre de 2010, p. 183.

⁸⁵ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 10/2000 (ver supra, notas 22 y 94).

⁸⁶ Ver Pou Jiménez, Francisca, “El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal” en Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Anuario de Derechos Humanos, Chile, núm. 5, 2009, p. 148. Disponible en <www.anuariocdh.uchile.cl> [consulta: 14 de julio de 2012].

⁸⁷ A pesar de los disensos entre los ministros y ministras de la Corte respecto de la existencia del derecho a la vida, la sentencia refleja la mayoritaria refutación de las tesis defendidas en las demandas de inconstitucionalidad —y compartidas por el proyecto de sentencia elaborado por el ministro Aguirre Anguiano—, que caracterizaban el derecho a la vida del concebido como un derecho absoluto e intocable por cualquier tipo de legislación. Ver el proyecto de resolución presentado por el ministro Aguirre

deducir que un derecho tenga primacía sobre otro. En este sentido, consideró que los derechos constitucionales tienen una “naturaleza relacional” y no son expresiones de “un último valor fundamental del Estado el cual devenga intangible jurídicamente.”⁸⁸ Por lo tanto, dichos derechos deben ser armonizables unos con otros.⁸⁹

A partir de un análisis de los tratados internacionales, específicamente de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como de las declaraciones interpretativas realizadas por México a la primera, la Suprema Corte señaló que el derecho a la vida no está protegido en la normativa internacional de forma absoluta, sino que esta normativa obliga al Estado a promover las condiciones para su adecuado disfrute una vez que se actualiza su existencia.⁹⁰ Asimismo, se inclinó por considerar “la existencia de un bien constitucional e internacionalmente protegido [la vida] en los términos ahora expuestos”.⁹¹

Por ende, la Corte concluyó validando la despenalización del aborto realizada por la autoridad legislativa del Distrito Federal ya que no existe “ningún fundamento constitucional o internacional para un mandato de penalización de su afectación que permitiera sostener que existe una obligación del legislador para el establecimiento o mantenimiento de un tipo penal específico.”⁹²

En este sentido, medidas legislativas consistentes en establecer una protección absoluta de la vida en gestación, contravienen los preceptos de la Constitución federal y la interpretación constitucional realizada por la Suprema Corte, ya que desconoce los derechos de las mujeres a la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la integridad personal y el desarrollo de la libre personalidad, que sí están protegidos mediante las causales permitidas por la legislación penal estatal para interrumpir un embarazo.

Cabe destacar que el reconocimiento de la vida en gestación como un “bien constitucionalmente protegido” no implica necesariamente reconocer el carácter jurídico de *persona* u otorgar la titularidad del derecho a la vida al “producto de la concepción.” Sin embargo, sí supone aceptar que: a) constitucionalmente es necesario dar un tratamiento diferenciado al producto de la concepción que el que se da a las personas titulares de derechos; b) la protección jurídica de la vida en gestación no se puede

Anguiano en <http://www.supremacorte.gob.mx/Transparencia/Paginas/pleno_novena_epoca2007.aspx> [consulta: 16 de julio de 2012].

⁸⁸ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 (ver supra, nota 23), pp. 154-155.

⁸⁹ Ibidem, p. 156.

⁹⁰ Ibidem, pp. 173-174

⁹¹ Ibidem, p. 175.

⁹² Idem.

traducir en una afectación desproporcionada de los derechos de las mujeres; c) el legislador debe establecer los grados y modalidades de la protección jurídica de la vida en gestación atendiendo a sus etapas, tomando siempre en cuenta los derechos humanos de las mujeres que pudieran verse afectados por la relación que guardan con el embarazo y procurando salvaguardarlos de igual forma; y d) los únicos parámetros, para establecer si una legislación es restrictiva o extensiva de derechos, son constitucionales.

A partir de la reforma que despenalizó el aborto, dentro de las primeras doce semanas de gestación, en la ciudad de México en 2007, y su posterior validación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en 2008, 16 estados⁹³ de la República mexicana aprobaron reformas a sus constituciones locales con el fin de proteger la vida desde el momento de la concepción o de la fecundación. La clara intención de estas reformas constitucionales estatales —que se cobijaron bajo la idea de “protección a la vida”— fue la de impedir u obstaculizar iniciativas de despenalización del aborto en la legislación penal de los estados.

En 2009, el Presidente de la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana de Baja California y 33% del Congreso de San Luis Potosí interpusieron ante la Suprema Corte sendas acciones de inconstitucionalidad contra sus respectivas reformas estatales, considerándolas contrarias a los derechos humanos de las mujeres protegidos en la Constitución.⁹⁴ Por falta de una mayoría calificada para declararlas inconstitucionales, la SCJN desestimó las acciones sin resolver el fondo del asunto.⁹⁵ Aun cuando no exista una resolución de fondo de la Corte, cabe destacar que hubo una mayoría de siete ministros y ministras⁹⁶ que consideraron estas reformas inconstitucionales por: 1) otorgar una protección

⁹³ Baja California, Chiapas, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tamaulipas y Yucatán. Chihuahua incluyó en su Constitución la protección de la vida desde la concepción desde 1994, por lo que no se contempla dentro del grupo de reformas posteriores a la decisión de la SCJN en 2008. Campeche modificó su Constitución en ese mismo sentido en agosto de 2009, pero posteriormente, por decreto publicado en el Periódico Oficial del estado el 19 de noviembre de 2010, se derogó el segundo párrafo del artículo 6º constitucional, que contenía la protección a la vida desde la concepción.

⁹⁴ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 11/2009, promovida por la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana de Baja California contra el Decreto que reforma el artículo 7 de la Constitución de ese estado, mismo que protege la vida desde el momento de la concepción hasta la muerte natural. SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 62/2009, promovida por diputados de la Quincuagésima Novena Legislatura de San Luis Potosí contra el Decreto que reforma el artículo 16 de la Constitución de ese estado, que reconoce la vida humana como fundamento de todos los derechos de los seres humanos, por lo que la respeta y protege desde el momento de su inicio en la concepción.

⁹⁵ De acuerdo con la fracción II del artículo 105 constitucional, cuando la SCJN realiza un análisis de la constitucionalidad de una ley, se requiere una mayoría calificada (esto es, ocho votos de los once ministros del Pleno de la Corte), para declararla contraria a la Constitución. Si no se alcanza esta mayoría, el asunto se desestima, es decir, se archiva sin que se realice un estudio del fondo del asunto, como sucedió respecto de estas acciones en septiembre de 2011.

⁹⁶ Los ministros José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Sergio Armando Valls Hernández, Luis María Aguilar Morales, Juan Silva Meza y el ministro encargado de elaborar el proyecto, José

absoluta a la vida en gestación; 2) restringir los derechos humanos de las mujeres, especialmente sus derechos reproductivos; y 3) contravenir las competencias legislativas establecidas en la Constitución para los Congresos locales.

La desestimación del asunto por la SCJN, dejó subsistentes las reformas constitucionales estatales. No obstante, en virtud de la mayoría de siete ministros, existe una presunción de que dichas normas son contrarias a la Constitución, ya sea porque las reformas constitucionales analizadas exceden la facultad del legislador local para ampliar derechos, o por el posible conflicto con los derechos humanos de las mujeres protegidos en el orden constitucional.

Entre las consideraciones relevantes de la mayoría de ministros y ministras de la SCJN para considerar inconstitucionales dichas normas se encuentran: las reformas amplían el contenido y alcance de protección de los derechos humanos al incluir al concebido no nacido como titular de derechos y —por lo tanto— considerarlo como persona, lo que contraviene la Constitución federal; si la protección que se da al concebido es absoluta, se anula por completo la posibilidad de ponderar esta protección con otros derechos con los que podría entrar en conflicto, como son los de las mujeres; las normas estatales contravienen la Constitución federal y los tratados internacionales, ya que no se desprende de estos instrumentos una protección absoluta al producto de la concepción.⁹⁷

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

Fernando Franco González Salas, sostuvieron que las reformas eran inconstitucionales pues planteaban una protección absoluta al producto de la concepción, misma que es incompatible con el conjunto de derechos humanos consagrados en la Constitución federal a favor de las mujeres. Ver SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 11/2009, ministro ponente: José Fernando Franco González Salas, 28 de septiembre de 2011, pp. 43-50. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/>> [consulta: 12 de junio de 2012].

⁹⁷ Idem.

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

IV. Conclusiones

En conclusión tanto el derecho internacional de los derechos humanos, como el derecho constitucional comparado arrojan que la permisión del aborto en las causales indicadas en el artículo 110 por el Código Penal dominicano, no son incompatibles con las cláusulas de protección del derecho a la vida desde la concepción, como la establecida en el artículo 37 de la Constitución. Por el contrario, el referido artículo del Código Penal garantiza los derechos humanos y mujeres de las mujeres.

La protección del derecho a la vida desde la concepción antes que la prohibición del aborto, implica la garantía de los derechos de las mujeres. El Estado dominicano al adoptar una legislación en que se permite el aborto en ciertos casos, cumple con ese deber, y por lo tanto, la reforma debería mantenerse.

Solicitamos al Honorable Tribunal tener en cuenta los argumentos expuestos en este documento y hacerlos parte del debate de trascendencia constitucional al momento de decidir.

Atentamente,



RED JURÍDICA DE CLACAI

Ximena Casas Isaza
Coordinadora de la Red Jurídica de Clacai

Ariadna Tovar Ramírez
Directora Regional, Women's Link Worldwide
Miembro de la Red Jurídica de Clacai

Alma Beltrán y Puga
Coordinadora de Incidencia en Política Pública y Legislativa
Grupo de Información en Reproducción Elegida A.C.
Miembro de la Red Jurídica de Clacai

Beatriz Galli
Asesora Regional de Políticas para América Latina en Ipas.
Miembro de la Red Jurídica de Clacai

Sonia Ariza Navarrete
Coordinadora del Programa de Investigación
Facultad de Derecho, Universidad de Palermo
Miembro de la Red Jurídica de Clacai



RED JURÍDICA DE CLACAI

Ma. José Barajas de la Vega
Abogada Española residente en Perú
Miembro de la Red Jurídica de Clacai

Susana Chávez Alvarado
Secretaria Ejecutiva
CLACAI