

## 6. La reproducción asistida en la jurisdicción constitucional latinoamericana

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

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

---

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

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

## 108 / Alberto Abad Suárez Ávila

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

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

El 15 de marzo de 2011 la Corte costarricense resolvió una acción de inconstitucionalidad presentada por Hermes Navarro del Valle en contra del Ejecutivo por la expedición del Decreto 24029-S, del 3 de febrero de 1995, publicado en *La Gaceta* 45 del 3 de marzo de 1995, que autorizaba en el artículo 1o. la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, así como las reglas para su realización. Las normas controvertidas fueron los artículos 2o., 9o., 10, 11, 12 y 13 de dicho decreto. La argumentación del ciudadano para promover su acción se basó fundamentalmente en que el decreto era violatorio del derecho a la vida, porque a través de la fecundación *in vitro* son desechados embriones humanos.

En el artículo 2o. define las técnicas de reproducción asistida como “todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio”. A continuación se transcriben las normas que regulan específicamente la técnica de fertilización *in vitro*, cuestionadas por el accionante.

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

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

## Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 109

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

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

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

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

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

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

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

...

## 110 / Alberto Abad Suárez Ávila

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

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

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

## Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 111

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

## 112 / Alberto Abad Suárez Ávila

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

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

### B. Brasil: Supremo Tribunal Federal

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

## Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 113

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

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

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

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

## 114 / Alberto Abad Suárez Ávila

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

---

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

## Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 115

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

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

---

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

## 116 / Alberto Abad Suárez Ávila

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

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

---

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

## Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 117

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

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

## 118 / Alberto Abad Suárez Ávila

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

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

---

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

## Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 119

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

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

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

---

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

## 120 / Alberto Abad Suárez Ávila

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

### *C. Colombia: Corte Constitucional*

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

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

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

## Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 121

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

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

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

## 122 / Alberto Abad Suárez Ávila

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

### D. Conclusiones sobre la jurisdicción *reproducción asistida*

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

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

## Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / **123**

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