La ponderación entre el derecho a la vida y la libertad de la mujer

Alfredo Islas Colín*

RESUMEN: En el presente artículo se expone a la luz del método de la ponderación de Robert Alexy el balanceo que se utiliza entre diversos derechos, como el derecho a la vida y la libertad de la mujer. Esto se hace mediante el estudio de los casos de aborto en las resoluciones jurisdiccionales en tres tradiciones jurídicas. Se comienza por los criterios sostenidos desde el Derecho Romano, pasando a través de los dos principales modelos interpretativos. Por una parte, por el caso Roe versus Wade dictado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica; y, por otra parte, por la resolución del Tribunal Constitucional alemán respecto de la constitucionalidad de la reforma al Código Penal en relación con el aborto. Se elabora sobre esta base un análisis de las resoluciones jurisdiccionales de otros tribunales nacionales e internacionales sobre este equilibrio.

ABSTRACT: *This article presents, based on Robert Alexy's ponderation method, the balance that is used between different rights, such as the right to life and women's rights. This is done through the study of jurisdictional resolutions in three legal traditions. It begins by presenting the criteria upheld since Roman Law, passing through the two main interpretative models. These are represented by two cases, Roe vs. Wade, a ruling passed by the Supreme Court of the United States, and by the resolution of the German Constitutional Court as to the constitutionality of the reform of the Penal Code regarding abortion. From this starting point the jurisdictional resolutions and sentences of other national and international courts are analyzed in light of this balance.*

SUMARIO: Introducción. Parte I. Criterios jurisprudenciales sobre el aborto. 1. El aborto en la tradición jurídica romano canónica de Europa. 2. En la tradición jurídica angloamericana. 3. En la tradición jurídica latinoamericana. Parte II. Resoluciones de tribunales y comisiones internacionales. 1. La Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos. 2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

Introducción

El debate sobre el aborto inició desde hace muchos años, y como consecuencia las posiciones sobre su permisión o prohibición se fueron desarrollando. En diversas tradiciones jurídicas se fueron resolviendo, por ejemplo, adelante veremos cómo fue resuelto por diversas autoridades, ya sea mediante reformas legales o con resoluciones de tribunales que interpretan la Constitución Política. En este caso, los jueces muchas veces evaluaron mediante el método de la ponderación diversos derechos, como el derecho a la vida y la libertad de la mujer. A continuación se observan dichas ponderaciones.

En el presente artículo se pretende conocer los argumentos esgrimidos por dichos tribunales y las diversas disposiciones sobre el tema. Por lo que proponemos un estudio del aborto en tres tradiciones jurídicas.

En la primera parte, numeral 1, se estudia la tradición jurídica romano canónica de Europa, de manera aunque sea breve, el tratamiento del aborto en el derecho romano y después se analizan, en la época actual, los criterios jurisdiccionales de Alemania, Francia y España. A continuación, en el numeral 2, se estudian los criterios jurisdiccionales la tradición jurídica angloamericana. En dicha sección se aborda el tratamiento del aborto en el Reino Unido y en los Estados Unidos de Norteamérica. En la última sección, numeral 3, se analiza la tradición jurídica latinoamericana, de manera breve, también se estudia la tradición jurídica en el derecho azteca, y de manera específica el aborto en Colombia y Argentina. En la Parte II, exponemos los criterios emitidos por tribunales u organismos internacionales sobre el tema del aborto: de Europa en el numeral 1; de América Latina, en el numeral 2.

Todo ello para conocer a la luz del método de la ponderación de Robert Alexy¹ los criterios emitidos sobre el tema. En este sentido, el profesor Alexy afirma que la protección de los derechos fundamentales debe tomar en consideración el papel de la ponderación o el balanceo. La ponderación, señala el profesor Alexy, también conocida como “principio de proporcionalidad” tiene tres subprincipios que permitirán llegar a la optimización en las resoluciones: 1) balanceo; 2) necesidad, y 3) proporcionalidad. Entre mejor se cumplan dichos subprincipios se podrá dictar resoluciones racionales y con menor subjetivismo. La llamada “ley de la ponderación” balancea entre los grados de insatisfacción o detrimento del derecho; la importancia de satisfacción del principio opuesto; y si la importancia de satisfacción del segundo principio justifica el detrimento o insatisfacción del primer principio.

¹ Robert Alexy, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Perfecto Andrés Ibáñez y Robert Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, IJ, 2006, pp. 1-18.

En este sentido, afirma Robert de Alexy, qué es importante tomar en consideración la “fórmula del peso”, la cual permite medir las interferencias graves, moderadas y leves para poder adecuadamente balancear en uno u otro sentido. La interferencia puede ser leve, moderada o grave con lo que permite decidir de manera racional y objetiva frente a la colisión de principios mediante el balanceo.

Al final el lector podrá observar en las conclusiones las diversas posturas de “balanceo” de manera comparada utilizadas por los tribunales constitucionales e internacionales sobre el tema del aborto.

Parte I. Criterios jurisprudenciales sobre el aborto

A continuación se exponen la legislación y los criterios jurisdiccionales de tres tradiciones jurídicas sobre el aborto: la tradición jurídica romano canónica de Europa; la tradición jurídica angloamericana; y, la tradición jurídica latinoamericana. En la primera tradición jurídica, se seleccionaron las resoluciones jurisdiccionales de Alemania, Francia y España. En la segunda tradición jurídica, exponemos las sentencias de los tribunales del Reino Unido y de los Estados Unidos de Norteamérica. En la tercera, la tradición jurídica latinoamericana, se analizan las sentencias de los tribunales supremos de Colombia y Argentina.

1. El aborto en la tradición jurídica romano canónica de Europa

La primer familia del derecho contemporáneo es la familia romano canónica. Los antecedentes se encuentran en Roma. Para poder valorar la importancia del derecho romano debemos citar a uno de los comparatistas más sobresalientes del mundo, René David, quien dice: “La mayor aportación del mundo romano a las ciencias sociales es el Derecho”. Asimismo, señala el profesor René David, que el derecho romano es la continuidad del derecho actual, no es una copia pero sí tiene su fundamento en el derecho romano. La difusión del derecho romano se realiza, en principio, por la colonización y por la importancia de la recepción de la técnica jurídica de la codificación, adoptada por los romanistas en el siglo XIX. Esta tradición jurídica se formó en Europa continental y se expandió a diversas partes del mundo, a toda América Latina, a una amplia parte de África, a los Países del Próximo Oriente, a Japón e Indonesia.²

² René David y Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11a. ed., París, Dalloz, 2002, pp. 25 y ss.

Los periodos de desarrollo de influencia del derecho romano son los siguientes:³ el llamado periodo del derecho arcaico, el cual se desarrolla desde los orígenes de Roma hasta el siglo III a. de C.; a continuación, el llamado periodo del derecho republicano que inicia a partir de la segunda guerra púnica (218-201 a. de C.) que da principio a la expansión de Roma en la cuenca mediterránea, en dicho periodo el derecho romano va enriqueciéndose y renovándose; después, el periodo del derecho clásico, que se extiende desde el final de la República y los albores del principado de Augusto hasta la época de Diocleciano, finales del siglo III d. de C.; luego, el periodo del derecho justiniano, el cual dura hasta la muerte de Justiniano, año 565 d. de C.; finalmente, se dio la llamada “recepción del derecho romano” en los siglos siguientes:

- a) En el siglo XI en el año 1050 se presenta el descubrimiento en Pisa de un manuscrito del Digesto llamado hoy Littera Florentina;
- b) En los siglos XI-XII, entre los años 1055-1130 Irnerio es el fundador de la Escuela de los Glosadores (Azón, Acursio, etcétera);
- c) En el siglo XIII, por el año 1227 se elabora la Glosa ordinaria de Acursio; posiblemente en el año 1265 las Partidas de Alfonso X el Sabio;
- d) En el siglo XIV por los años 1314-1357 inician Bártolo de Sassoferrato como Posglosadores o Comentaristas;
- e) En siglo XVI, en los años 1522-1590 Jacques Cuyas, el denominado Cujacius creó el Humanismo jurídico;
- f) En el siglo XVIII aparece en 1794 el Código civil para los Estados prusos (ALR.: Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten);
- g) En el siglo XIX, en 1804 aparece bajo la influencia muy grande del derecho romano, el *Code civil des Français*, llamado Code de Napoleón desde 1807. Es importante resaltar todos nuestros jurisconsultos, a través de la segunda mitad del siglo XIX y en los primeros del XX, tuvieron como fuente de conocimiento tanto para la aplicación del derecho como para la confección de las leyes, a los tratadistas franceses, quienes en un gran número, se ocuparon de comentar y explicar el Código de Napoleón, el que, se inspira en su mayor parte en la legislación romana; en 1811 se promulga el Código austriaco (ABGB: *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*); en 1840 aparece la obra extraordinaria de Savigny denominada *Sistema del derecho romano actual* (Sys-

³ Álvaro D’Ors, *Derecho privado romano*, 10a. ed., Pamplona, Eunsa, 2004, pp. 31-46; Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas (desde los orígenes hasta la Alta Edad Media)*, 13a. ed., México, Porrúa, 1981, pp. 51-57, y Alfredo Islas Colín, “Importancia del derecho romano en la época actual”, en *Amicus Curiae*, año I, núm. 4, artículo 25, México, Facultad de Derecho de la UNAM, SUA, marzo de 2009.

tem des heutigen Römischen Rechts); en 1851 se publica el Proyecto de Código civil español de García Goyena; en 1867 se promulga el Código civil portugués; en el año 1889 se expide el Código civil español.

- h) En el siglo XX, después de un periodo muy amplio de resistencia, publican en 1900 el Código civil alemán (BGB.: *Bürgerliches Gesetzbuch*); en 1912 el Código civil suizo (*Zivilgesetzbuch*); en 1942 el nuevo Código civil italiano; en 1992 el nuevo Código civil holandés (*Nieuw Burgerlijk Wetboek*), promulgado parcialmente desde 1970. En el siglo XXI se da a conocer, en 2004, el Proyecto de Constitución de la Unión Europea, en el cual, el derecho romano es la base cultural de la Europa comunitaria y su común denominador para la unificación de los derechos europeos.
- i) En Iberoamérica es importante resaltar que el derecho romano renace mediante los estudios y tratados de los glosadores y posglosadores, primero en España se hizo sentir también esta nueva influencia y como demostración de ella se expidieron las famosas leyes conocidas como las Siete Partidas, cuerpo legal eminentemente romanista. Las Siete Partidas dejaron sentir la influencia del derecho romano no sólo en la jurisprudencia, sino en la confección de nuevas leyes, como la Nueva y Novísima Recopilación. Algunos preceptos que aparecen en las Leyes de Indias acusan también la inspiración del origen romano.
- j) En México, después de la Independencia se siguieron aplicando las leyes españolas y las Siete Partidas mismas, que fueron el texto principal de las leyes en vigor, hasta la promulgación del Código Civil de 1870. La influencia del derecho romano en la legislación mexicana a través de la francesa, debe tenerse en cuenta que el Código Civil francés o Código de Napoleón, fue el modelo de todas las codificaciones del derecho civil a través del siglo XIX y que nuestro Código de 1870 no fue una excepción. El Código de Napoleón, aun cuando tuvo por origen diversas fuentes tales como las costumbres francesas, las ordenanzas reales de donde fueron tomados todos los preceptos que el citado código encierra, son netamente romanas. Nuestro Código civil de 1884 siguió los mismos lineamientos que el anterior, inspirado en fuentes romanas, y el Código Civil vigente, a pesar de las diversas modificaciones introducidas a los que le precedieron, predomina en él el derecho romano. El primer Estado de la República Mexicana que promulgó un Código Civil, fue el Estado de Oaxaca en 1826.

La influencia del derecho romano en el derecho actual es tan importante, como se expuso de manera muy breve en los párrafos anteriores, pero hay que distinguir y analizar, las instituciones romanas y las relaciones entre el *nasciturus* y el *natus*. El

primero, el *nasciturus*, se refiere al “que ha de nacer; aplícase al ser humano por nacer”, esto es, al concebido; el segundo, el *natus* es el “nacido; el ser humano ya nacido”.⁴

Existen opiniones encontradas respecto de la titularidad de derechos del *nasciturus* y del *natus*. Las interpretaciones son las dos siguientes sobre los derechos del concebido:

1) Por una parte, se sabe que en Roma para que el hombre fuera considerado como que existente y capaz de derechos, era preciso que estuviera totalmente separado del claustro materno, en el mismo sentido, el embrión no es considerado todavía ser humano, sino parte de la entraña materna;⁵ y que el que nace no sea un aborto.⁶ El tiempo mínimo para el parto perfecto es desde los seis meses cumplidos.⁷

En los mismos términos, afirma el profesor Pietro Bonfante, que el verdadero principio es el siguiente: el concebido no es actualmente persona; siendo, empero, siempre una persona eventual, *in fieri*, se le reservan y se le tutelan aquellos derechos que desde el momento del nacimiento se le habrían transmitido, y además, su capacidad jurídica se calcula, en cuanto sea preciso, desde el momento de la concepción, no desde el momento del nacimiento. Pablo, dice: *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaertur, quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*.⁸ Se afirma, que “el que está por nacer no es ser humano”, por la misma razón que no puede actualmente adquirir a quien pudiese conseguirlos por su nacimiento. Si su existencia lo hiciese sujeto a un tutor, no se procede al nombramiento de éste hasta que el que está para nacer no venga a la luz.

En cuanto a la reserva de los derechos que le serían transmitidos, desde el momento de la concepción, esto tiene importancia sobre todo, para las sucesiones a causa de muerte, las cuáles son suspendidas, nombrando mientras tanto para tutelar los intereses del que está por nacer, un curador.

Las siguientes locuciones latinas jurídicas nos ilustran sobre este tipo de interpretación de las fuentes romanas. Dos interpretaciones respecto de los derechos del concebido:

⁴ José Luis Soberanes, Florence Lézé y Alfredo Islas Colín, *Locuciones latinas jurídicas*, México, Porrúa, 2008, 160 pp.

⁵ Papiniano, L.9,&1 D. Ad leg. Falc, 35, 2; *Partus nondum editus homo non recte fuiste dicitur*; y Ulpiano, más enérgicamente, L. 1, & 1 D. De insp. V 25, 4: *Partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*. En Pietro Bonfante, *Instituciones de derecho romano*, 1925, pp. 38-39, y Rudolph Sohm, *Instituciones de derecho privado romano, historia y sistema*, edición facsimilar, México, 2006, pp. 90-91.

⁶ Paulus, Rec Sent. 4,9,6. Bonfante, *ibidem*.

⁷ Bonfante, *ibidem*.

⁸ L. 7 D. De st. Hom. 1,5. Cf. también L. 231 D. De v. s. 50. 16.

a) Se condicionan los derechos:

<i>Partus enim antequam edatur mulieris portio est vel viscerum</i> ⁹	Antes del parto, el feto es una parte de la mujer o de las vísceras
<i>Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur</i> ¹⁰	No se llama hombre elevado al que todavía no ha nacido
<i>Qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur</i> ¹¹	Los que nacen muertos, no se consideran ni nacidos, ni procreados

2) Por otra parte, señala el mismo profesor Bonfante, que en algunos pasajes de nuestras fuentes legales parece que los concebidos son plenamente puestos a la par con los nacidos. Juliano, dice: *Qui in sunt in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*, y conforme a esto suena un proverbio vulgar: *Conceptus o nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodo ejus agitur*.¹² Asimismo, se afirma que el *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, esto es, que el hijo simplemente concebido está considerado nacido todas las veces que eso le puede traer ventaja.¹³

Las siguientes locuciones latinas jurídicas nos ilustran sobre este tipo de interpretación de las fuentes romanas:

b) Derechos del concebido

<i>Qui in utero est perinde ac si in rebus humanis esset, cusditur, quotiens de commodis ipsius partus quaritur, quamquam alli, antequam nascatur nequaquam prosit</i> . ¹⁴	Quien está en el útero se considera como si fuese humano, todas las veces que sea en provecho del feto mismo; y de ninguna manera se puede beneficiar a otro, antes de que nazca
<i>Missio in possessionem ventris nomine</i> . ¹⁵	Envío (misión) en posesión en nombre del ser que está en el vientre

⁹ I.1 & 1 D. de insp. Vent. (25, 4) (Ulpiano). Antes del parto, el feto es aún parte de la mujer o de las vísceras.

¹⁰ Papiniano, L. 9, & 1 D. Ad leg. Falc. 35, 2; no se llama hombre elevado al que todavía no ha nacido.

¹¹ Pablo, L. 129 D. de v. s. 50, 16; los que nacen muertos no se consideran ni nacidos ni procreados.

¹² El que ha de nacer se considera como ya nacido, cuando se trata de su beneficio.

¹³ José Luis Soberanes, Florence Lézé y Alfredo Islas Colín, *Locuciones latinas jurídicas, op. cit.*

¹⁴ 1. 7 D. de statu hom. (1, 5) (Paulo): Quien está en el útero se considera como si fuese humano, todas las veces que sea en provecho del feto mismo; y de ninguna manera se puede beneficiar a otro, antes de que nazca.

¹⁵ Envío (misión) en posesión en nombre del ser que está en el vientre.

<i>Qui in utero sunt in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse.</i> ¹⁶	Los que están en el útero son considerados "existentes", por casi todas las leyes civiles
<i>Conceptus o nasciturus pro iam nato habetur.</i> ¹⁷	El que ha de nacer se considera como ya nacido

Se considera, que el ser humano lo es desde la concepción, en lo concerniente a la capacidad jurídica del que está por nacer, si la madre, después de la concepción, pero antes del parto, pierde la libertad o la ciudadanía, el hijo, a pesar de esto, viene a luz libre y ciudadano.¹⁸ Además, los privilegios derivados del orden senatorial, pasan intactos al hijo, aunque el padre los haya perdido antes de su nacimiento, siempre y cuando los conserve todavía durante el periodo de la concepción.¹⁹

Una vez expuesta la influencia del derecho romano en el derecho actual, procederemos al análisis de criterios jurisprudenciales de algunos países europeos: primero, del Tribunal Constitucional alemán; luego, del Consejo Constitucional y del Consejo de Estado de Francia, y, finalmente, del Tribunal Constitucional español.

A. Las sentencias del Tribunal Constitucional alemán respecto del aborto. Criterios jurisdiccionales

El Tribunal Constitucional alemán resolvió en la sentencia del 25 de febrero de 1975 lo que a continuación exponemos sobre el aborto.²⁰ Asimismo, presentamos aspectos generales posteriores a la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional citado.²¹

Es importante resaltar que analizaremos las dos sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional que se consideran relevantes para el tema del aborto:

¹⁶ L. 26 D. De st. Hom. 1,5. Los que están en el útero son considerados "existentes", por casi todas las leyes civiles.

¹⁷ El que ha de nacer se considera como ya nacido.

¹⁸ L. 18; L. 26 D. De st. Hom. 1,5.

¹⁹ L. 7, & 1 D. De sen. 1,9.

²⁰ Donaldl Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, Duke University Press, 1989, pp. 347-363; Elisabeth Zoller, *Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*. Paris, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 745-757, y Francis Hamon, *Le contrôle de constitutionnalité, États-Unis*. Document d'études, núm. 1.15, Francia, 34-36.

²¹ Anónimo (15/04/08), "Situación legal del aborto en el mundo". Reproductive Rights. Disponible en: http://www.reproductiverights.org/esp_pub_fac_legal.html; Óscar Garate (13/04/08), "Dos leyes sobre aborto", *El Siglo de Torreón*. Disponible en: http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/272726_alemania-sin-unificacion-dos-leyes-sobre-el-a.html, y las direcciones de internet siguientes: www.reproductiverights.org/esp_pub_fac; www.germany.info/relaunch/info; www.alemaniaparati.diplo.de/...

a. El Tribunal Constitucional alemán dictó la sentencia del 25 de febrero de 1975

El caso que se comenta fue convocado por varios legisladores y gobernadores de los Länder. La sentencia declaró que es inconstitucional la ley que suprime la sanción penal por aborto durante las 12 primeras semanas, por ser contraria al artículo 2, párrafo segundo, de la Ley Fundamental que consagra el derecho a la vida por lo que como consecuencia, anula la citada ley.

La presente sentencia tiene la originalidad siguiente: de ser la única de Occidente de haber declarado la inconstitucionalidad de la ley que regula la interrupción voluntaria del embarazo y de haberle señalado al legislador qué debe hacer. El artículo que se declara inconstitucional es el *inciso a) del artículo 218 de la Quinta Ley para la reforma del Código Penal*, bajo los siguientes argumentos:

1. El artículo 2 de la Carta Fundamental alemana, protege no solamente la vida humana de los ya nacidos o de aquellos no nacidos, que sean viables, y con posibilidad de lograr la independencia respecto de la madre.
2. La Constitución protege a "todos" a "cada uno", por lo que no es posible hacer distinción entre las diferentes etapas de gestación o entre la vida prenatal y la posnatal. La protección es igual en cualquiera de todas estas variantes.
3. El Estado tiene la obligación de proteger toda forma o etapa de la vida humana, pues ésta es la base vital de la dignidad humana y el prerequisite de todos los derechos fundamentales.
4. Esta obligación del Estado, de protección de la vida en desarrollo existente, es inclusive, a pesar de la voluntad de la madre.
5. Los derechos de la mujer no son derechos absolutos, no es posible que se permita afectar la esfera de un tercero o peor aún, que se destruya la vida de ese tercero.
6. El Tribunal Constitucional utiliza una ponderación entre los derechos de la mujer, por una parte; del feto, por otra parte; el centro del sistema constitucional, es la dignidad humana. Por lo que se consideran constitucionales las disposiciones citadas, sobre la base del mismo criterio de ponderación; solamente se permite el aborto en supuestos médicos, eugenésicos, por violación o incesto y por situaciones sociales extremas para la madre.
7. Se declaró inconstitucional la citada disposición penal, porque no establecía una distinción clara entre abortos válidos de los inválidos.
8. El objetivo de la consulta médica previa al aborto tenía como finalidad informar a la mujer sobre el aborto y no disuadir a la mujer de optar por el procedimiento del aborto.

Es necesario señalar que, por una parte, el Código Penal de Alemania, artículo 218, señala que el “aborto inducido” es ilegal, sin embargo, existen excepciones:

1. El caso cuando la mujer embarazada solicita el aborto, y cuando pueda demostrar que acudió a un centro de orientación en caso de embarazos conflictivos “Schwangerschaftskonfliktberatung”. Estos centros son de organizaciones civiles (seglares o religiosas), reconocidas en cuanto a su seriedad por los ministerios de Asuntos Sociales de cada Estado confederado.

La consulta en los centros comprende, entre otros asuntos, los aspectos jurídicos, los emocionales y los planes de vida de la pareja, que conllevan la paternidad o el aborto. También se informa en los centros acerca de las prestaciones sociales que se ofrecen tanto a las familias como a las madres solteras. Además aclaran cómo se haría una intervención abortiva por los procedimientos quirúrgicos o químicos, y cuánto costaría y cómo se podría financiar la intervención. La constancia que documenta la participación en una consulta de orientación, resulta que el aborto inducido se considera legal, siempre y cuando se practique dentro de las primeras 12 semanas de embarazo —contadas a partir del primer día de la última menstruación.

2. El caso cuando el embarazo es consecuencia de violencia sexual contra la mujer (también en estos casos el aborto sólo es legal durante las primeras 12 semanas de embarazo).
3. El caso cuando sólo por medio del aborto es posible salvar la vida o la salud física o mental de la embarazada. En estos casos no se estipulan plazos para la intervención.

Por otra parte, en sentido opuesto, el artículo 159 del Código Penal de la RDA (República Democrática Alemana), que legalizó el aborto, fue rápidamente utilizado como una eficaz arma de batalla por las mujeres de la RFA (República Federal de Alemania). “Mi vientre me pertenece”, fue el lema que comenzó a sonar en la Alemania capitalista donde las mujeres, que estaban obligadas a abortar en forma clandestina, exigieron la abolición del “odiado” artículo 218.

Por un lado tenemos que en el texto se dice defendiendo al feto que “Todos tenemos derecho a la vida y ese derecho es inviolable para cualquier persona”.

El doctor Albin Eser, director del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional,²² señala que la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto de 1973, fue de mucha importancia, lo cual expone en los términos siguientes:

²² Albin Eser, “Reforma de la regulación del aborto en el derecho penal alemán. Evolución y primeras experiencias”, en José Luis de la Cuesta et al., eds., *Criminología y derecho penal al servicio de la persona*:

El veto del Tribunal Constitucional

Sin embargo, los demócrata-cristianos recurrieron —con éxito 26— ante el Tribunal Constitucional antes de que la ley pudiera entrar en vigor, alegando que la autorización de la interrupción del embarazo durante los tres primeros meses del mismo era incompatible con el derecho a la vida del feto garantizado en la Constitución.

A diferencia de lo sucedido en Austria y Estados Unidos, donde los correspondientes tribunales vigías de la Constitución resolvieron primero, que no se podía inferir ninguna garantía para la vida en gestación y segundo que el “*right of privacy*” de la embarazada tenía de todos modos un rango preferente durante la fase inicial del embarazo, en opinión del Tribunal Constitucional alemán, la vida del feto está protegida por la Constitución. En efecto, ésta establece que “todos” tienen derecho a la vida y en ese “todos” también está incluido el feto”. El deber protector del Estado, resultado de este criterio, no sólo impide cualquier intromisión estatal directa, sino que obliga también al Estado a proteger y a alentar esa vida, incluso frente a la madre.

Según el criterio del Tribunal, la protección de la vida del feto goza por principio, de un rango superior al derecho de autodeterminación de la embarazada durante todo el periodo de gestación. Por todo ello, la desaprobación de la interrupción del embarazo debe estar claramente expresada en el ordenamiento jurídico. Si bien debe admitirse, que el legislador pueda manifestar su desaprobación de la interrupción del embarazo por una vía distinta que la de la amenaza penal. Lo determinante debería ser sin embargo, que a través de la totalidad de las normas jurídicas pertinentes, la vida en gestación encuentre la protección que le es debida.

A juicio del Tribunal, el “modelo de plazos” recogido por la ley es insuficiente para cumplir con el deber de protección estatal, pues al admitirse la impunidad general de la interrupción del embarazo durante las primeras 12 semanas, falta la reprobación jurídica que la Constitución exige, sin que esta supresión de la protección penal se encuentre convenientemente compensada por disposiciones de otra naturaleza. Por ello, el Tribunal Constitucional declaró la nulidad de la regulación de los plazos —aunque con una escasa mayoría de cinco contra tres votos— en la medida en “que ésta también excluye de la punibilidad a la interrupción del embarazo, cuando no existan motivos que correspondan al orden de valores de la Ley Fundamental”. Bajo esta formulación poco precisa, subyace la idea de que, teniendo en cuenta las circunstancias existentes, la vida en gestación sólo resultaría adecuadamente protegida siguiendo un “modelo de indicaciones”.

Con todo, el Tribunal manifestó al mismo tiempo, que más allá de la indicación médica, una interrupción del embarazo también puede ser justificada basándose en “otra situación general de necesidad”, quedando con ello abierta la puerta también para una “indicación social”.

libro homenaje al profesor Antonio Beristáin, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1989, pp. 719–739.

Este sistema legal ha colocado a la Iglesia ante lo que los propios obispos califican de “dilema”. Los 264 consultorios de la Iglesia (en Alemania existen 1,685) pretenden ayudar a las mujeres embarazadas en el sentido positivo de defensa de la vida naciente. Pero aunque el certificado sólo testifica que se ha llevado a cabo la consulta, es también la condición necesaria para realizar el aborto. Hay que tener en cuenta que, por el mero hecho de acudir a la consulta, la mujer adquiere el derecho a recibir el certificado, sin que esté obligada a cooperar en el coloquio. También puede conservar el anonimato, si lo desea. Sólo en Baviera se ha hecho una ley —con gran polémica— que exige a la mujer manifestar las razones que aduce para abortar.

La Iglesia católica, al igual que la evangélica, admitió colaborar en este sistema, pero pronto empezaron las protestas de católicos que consideraban el certificado como una “licencia para matar”. Por presiones de políticos democristianos y de los mismos consultorios, de hecho sólo el arzobispo de Fulda, monseñor Johannes Dyba, prohibió en su diócesis expedir el certificado, sin dejar de ofrecer asesoramiento a toda mujer que lo pidiese.

Entre los obispos había división de opiniones, no en el rechazo del aborto, sino en las medidas prácticas más eficaces para la defensa de la vida. Los partidarios de extender el certificado mantenían que, en caso contrario, no acudirían a los consultorios católicos las mujeres que desean abortar y se perderían posibilidades de salvar vidas. Los contrarios a colaborar en este sistema mantenían que la expedición del certificado hacía a la Iglesia cómplice en un mecanismo que lleva al homicidio de inocentes.

Apoyado en una coalición de los demócratas libres y sociales hay un estatuto que dice que el aborto no va a ser castigado si se tiene una licencia psicológica con el consentimiento de la mujer embarazada; y debe de ser dentro de las 12 primeras semanas del embarazo, ya que después será castigado por el derecho penal a menos que sea por razones médicas.

El Tribunal Constitucional señaló que cualquier falta de protección de la vida del nonato a partir del catorceavo día después de la concepción podría poner la seguridad de la existencia humana generalmente en peligro.

El primer senado recordó la historia original de la cláusula del derecho a la vida.

Posiciones respecto del aborto

<i>En favor del aborto</i>	<i>En contra del aborto</i>
<p>El embarazo pertenece a la esfera íntima de la mujer que constitucionalmente se protege. El punto radica en mirar al embrión solamente como parte del organismo maternal que seguiría hasta la terminación del embarazo dentro de la esfera de la vida privada de una mujer en la cual el legislador no puede imponer.</p>	<p>La protección del neonato ya que se considera protegido con derechos desde su concepción.</p>

Las posiciones de los grupos parlamentarios fueron las siguientes:

1. Algunos senadores piensan que la obligación del Estado es la de salvaguardar la protección del *nasciturus*, ya que es vida humana, comprensiva y representa un valor supremo dentro del orden constitucional que no necesita ninguna otra justificación. Es la base vital de esta dignidad humana y del requisito previo del resto del derecho base.
2. En Alemania, el aborto es libre, gratuito y no está penalizado en las 12 primeras semanas de embarazo, siempre que la paciente se haya sometido a lo que se denomina "striptease psicológico". Es decir, que debe haber pasado por dos centros de asesoría, en su mayoría tutelados por las iglesias católica o protestante, que teóricamente deben ejercer un papel disuasorio.
3. También nos encontramos con que en la instancia que se celebró en 1985, los miembros de Bundestag, en su mayoría cristianos y cinco gobernantes de Estado solicitaron a la Corte que se revisara la sección relacionada con la reforma del aborto, ya que se estaban violando demasiados puntos de la Ley Fundamental, incluyendo la dignidad humana y el derecho a la vida; sin embargo.
4. La Ley Fundamental dice que protege tanto la vida de la madre como la que se está formando en ella de manera independiente.
5. Los legisladores, tal como lo exigió el Tratado de Unificación, intentaron poner fin al inédito limbo jurídico, el 26 de junio de 1992 en Bonn. Ese día, el Parlamento Federal, pudo aprobar después de un apasionado debate que duró 16 horas, una nueva reforma al más famoso de los párrafos del Código Penal alemán: el artículo 218.
6. Parlamentarios democristianos presentaron una nueva querrela ante el Tribunal Constitucional que emitió, un año más tarde una sentencia en su fa-

vor, al considerar que la nueva legislación violaba la garantía constitucional del respeto a la vida.

7. El acuerdo señala que el aborto sigue siendo ilegal en el país, pero una mujer no será perseguida por la Ley, si aborta en los tres primeros meses del embarazo y si presenta un certificado médico que testifique que se dejó aconsejar, por lo menos tres días antes de que un médico realice el aborto.
8. En Alemania occidental, el aborto había sido ilegal excepto en ciertas condiciones, esto es que tenían el "sistema de indicaciones", durante la mayor parte del periodo de posguerra. Por otro lado, la República Democrática Alemana legalizó en 1972 el aborto durante el primer trimestre y una generación completa en Alemania oriental creció viendo el aborto como un derecho, esto es que tenían el "sistema de plazos". Por ser éste un asunto tan sensible, el Tratado de Unificación entre los dos Estados alemanes simplemente lo excluyó y especificó que una "nueva ley" para todo el país debería adoptarse antes de concluir el año de 1992.

b. La sentencia del 28 de mayo de 1993

Decíamos que se había acordado por lo grupos parlamentarios de Alemania, que antes de 1992 debería escogerse, en relación con la permisión del aborto, entre el "sistema de indicadores" utilizado en Alemania occidental; y el "sistema de plazos", utilizado en Alemania oriental. Una vez que ese momento llegó, el *Bundestag* aprobó una ley que, en efecto, "despenalizaba el aborto".

Un grupo de parlamentarios se opuso inmediatamente a la ley, y en 1993, la Corte Constitucional emitió una sentencia en su favor. Declaró la inconstitucionalidad del sistema de "libertad del aborto" "condicionado al consejo" de tres días de reflexión, a que se practique durante las primeras 12 semanas del embarazo.

De acuerdo con la decisión del Tribunal Constitucional alemán, el aborto permanecería siendo ilegal, pero en un esfuerzo por alcanzar un compromiso, también especificó que si una mujer decide abortar después de ver a un consejero, no debe ser perseguida. La ley vigente se basa en esta decisión del Tribunal Constitucional. Este tribunal declaró inconstitucional en 1993, la nueva redacción del artículo 218, párrafo 1, del Código Penal alemán, por considerar que atenta contra la Constitución, declarar "no ilegal", es decir "legal", la interrupción voluntaria del embarazo solicitada por una mujer, pasando los tres días desde que haya tenido lugar el correspondiente "asesoramiento obligatorio", siempre que sea realizado por un médico en las 12 primeras semanas del embarazo.

En esta sentencia, de 1993, se establece que quien se realice el aborto, comete un acto ilegal, pero no debe castigarse necesariamente con una sanción penal, esto

es, que en este caso debe preferirse el principio “ayuda en lugar de penas”; conflicto de los bienes jurídicos, por una parte, del *nasciturus* como el de su “vida” podrían entrar en conflicto, por otra parte, con los bienes protegidos de vida, dignidad y personalidad de la embarazada.

Se continuó en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en 1975 ahora en la sentencia de 1993 en lo relativo a que se protege al no nacido, su dignidad, que se adquiere no con el nacimiento, sino en cualquier momento de la gestación. Asimismo, se prevé en la sentencia de 1993, el criterio de “exigibilidad de sacrificio” a la mujer de llevar su embarazo en término.

Dicha tesis del “conflicto de bienes jurídicos” es reduccionista al extremo, lo que impide ver con claridad los problemas como en delitos contra las personas, como el aborto. El profesor Rafael Domingo lo dice en los términos siguientes:

reducir a bienes todos aquellos valores sociales que deben ser protegidos por el derecho penal impide captar los diversos planos en los que estos valores se encuentran, tan entitativamente distintos, que imposibilitan un tratamiento comparativo. Llevada hasta sus últimas consecuencias, la teoría del bien jurídico acaba con la más tradicional división del derecho en “personas” y “cosas” pues el ámbito penal, incluso la persona en cuanto tal es reducida a bien, es decir a cosa, y puede, ella misma, entrar en conflicto con otros bienes.²³

Después de muchos años de conflictos en el tema del aborto, en junio de 1995, el Parlamento alemán aprobó una legislación que regula la interrupción del embarazo. El *Bundestag* aprobó una ley que, en efecto, despenalizaba el aborto. Un grupo de parlamentarios se opuso inmediatamente a la ley, y en 1993, la Corte Constitucional emitió una sentencia en su favor. De acuerdo con la decisión de la Corte, el aborto permanecería ilegal, pero en un esfuerzo por alcanzar un compromiso, también especificó que si una mujer decide abortar después de ver a un consejero, no debe ser perseguida. La ley vigente se basa en esta decisión de la Corte.

Estadísticas. El 2006, se registró un 3,5 % menos de abortos que el 2005. Un 72 % de las mujeres que “hicieron abortar” (es lo correcto, pues el aborto lo realiza un médico) tenían entre 18 y 34 años. El 15 %, entre 35 y 39 años y 8 %, más de 40. Las menores de 18 años (casi un 5 %) correspondió cerca de un 10 % menos o 166 abortos menos. El 41 % de las embarazadas no habían, antes del aborto, dado a luz a ningún niño. En otras palabras, no habían sido madres antes.

²³ Rafael Domingo, “El aborto y el Tribunal Constitucional Alemán, sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, núm. 2, Santiago de Chile, 1994, pp. 273-281.

Casi un 98 % de los abortos se llevaron a cabo de acuerdo con las normas de los consultorios o consejerías sobre el aborto. Debido a indicación médica o criminológica, abortaron casi un 2 %. Un 76 % de los abortos se realizó mediante el método de aspiración, llamado “*Vakuumaspiration*”.

Un 10 % de los abortos se efectuó mediante el consumo del medio “Mifegyne®”. Esto es, lo que, en Alemania se denomina, en lenguaje común, “RU 486”. La mayoría de las operaciones (97 %) se realizaron en forma ambulante, esto es, sin que la mujer haya tenido que quedarse varios días en el hospital o la clínica (es la tendencia actual en Alemania, para bajar los costos). De ellas, un 78 % en consultas (clínicas) de ginecología y un 19 %, en hospitales.

B. Los criterios jurisdiccionales emitidos por la Corte de Casación y el Consejo Constitucional francés sobre el aborto

La legalización del aborto se implementa a partir de la ley 75-17 del 17 de enero de 1975, sobre interrupción voluntaria del embarazo. Actualmente, estas disposiciones legislativas fueron codificadas e integran el Código de la Salud Pública. Estas disposiciones fueron reglamentadas detalladamente.

Una mujer, en situación de riesgo debido a su embarazo, puede solicitar que le sea practicado un aborto, antes de concluir la duodécima semana de embarazo. La misma mujer es la única que puede juzgar esta situación y su libertad de decisión es respetada por la legislación. La interrupción voluntaria del embarazo (IVE), debe ser practicada obligatoriamente por un médico y en un establecimiento de salud, público o privado.

Asimismo, la legislación contempla la interrupción voluntaria del embarazo, “en todo momento”, si un equipo pluridisciplinario certifica que el embarazo pone en peligro grave la salud de la mujer o que exista la probabilidad de que el niño al nacer padezca una afección particularmente grave e incurable al momento del diagnóstico.

La normativa determina una serie de pasos a seguir. La mujer debe realizar una primera consulta con un médico quien, además de realizar un examen clínico, le informa los riesgos que corre, los efectos secundarios potenciales y le entrega documentación-guía.

El contenido de esta última está relacionado esencialmente con la normativa legal aplicable, el listado de establecimientos autorizados a practicar la IVE y sus direcciones, y el listado de establecimientos de información, de consulta y de consejo familiar, de planificación y educación familiar, servicios sociales y demás organismos autorizados.

El médico también tiene por objetivo conversar sobre las causas del fracaso del método anticonceptivo utilizado y proponer la detección de enfermedades sexuales transmisibles y prescribir un futuro método anticonceptivo. Este médico no está obligado a tomar a cargo la solicitud de la IVE, pero debe informar y orientar a la mujer respecto de los colegas que puedan realizarla.

Se le otorga el plazo de una semana de reflexión a fin de confirmar su solicitud. Durante ese término puede entrevistarse con un consejero familiar o conyugal, o con una asistente social. Esta entrevista se propone a las mujeres mayores o menores emancipadas, pero es facultativa. Por el contrario, es obligatoria para las menores no emancipadas quienes deberán obtener un certificado de esta entrevista que se desarrollará en algún establecimiento indicado en la guía.

Durante la segunda consulta médica, alejada en un plazo mínimo de siete días respecto de la primera (periodo que podría reducirse en caso de exceder las 12 semanas), debe entregar al médico la certificación de la realización de la entrevista y la confirmación escrita de su solicitud de interrupción voluntaria del embarazo. Esta segunda consulta no debe realizarse, bajo ningún concepto, antes de los cuarenta y ocho horas siguientes a la entrevista. Si el médico estuviese habilitado a practicar la IVE, está autorizado a realizarla desde ese momento. Pero si la paciente decidiera hacerse la intervención con otro médico, aquél debe otorgarle un certificado donde conste que la mujer realizó las consultas previas. Finalmente, se contempla una consulta de control y verificación de la IVE a realizarse entre el decimocuarto y el vigésimo primer día siguiente a la intervención.

La Agencia Nacional de Acreditación y Evaluación en Salud (ANAES), encargada de elaborar y dar validez a las recomendaciones de buenas prácticas clínicas, indica que la paciente elija el método y el tipo de anestesia. Esta elección se limita cuando el estado del embarazo es avanzado. Los métodos son el instrumental o quirúrgico o el médico o medicamentoso.

Una resolución publicada en el *Journal Officiel* establece detalladamente los topes para el costo de una IVE que además es reembolsado por la seguridad social entre un 70 y 100 %. En el caso de las menores no emancipadas sin consentimiento paterno, la cobertura de la seguridad social es integral.

En un primer momento exponemos aspectos generales de las leyes sobre el aborto. La Ley relativa a la interrupción del embarazo y la contracepción (Francia)

- Adoptada definitivamente el 30 de mayo de 2001, en Francia.
- Se considera que el *artículo 2 de ésta ley, que modifica al artículo L2212-1 del código de salubridad publica*, permite la voluntaria interrupción del embarazo dentro de las 10 y 12 semanas de éste.

Requerimientos para dicha disposición:

1. Conocer el principio de salvaguarda de la dignidad humana contra toda forma de degradación, después de esto la posibilidad de interrumpir, en ese estado el crecimiento del feto.
2. Teniendo en cuenta, según los requerimientos, el principio de respeto de todo ser humano desde el comienzo de su vida.
3. Conocer el principio de precaución que constituye un valor constitucional, resultante del artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.
4. Medir riesgos hacia la mujer.
5. El médico está obligado a practicar el aborto, según el artículo L 2212-8 del código de salubridad pública.
6. Lo anterior, viola el principio de libertad de conciencia y el principio de independencia de profesores de universidad.
7. Considerando que en términos del *artículo 10 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, "nadie puede ser inquietado por sus opiniones religiosas", si el médico no puede realizarlo, tendrá que ejercerlo por medio de otros médicos donde preste su servicio.
8. Considerando que el resultado de todo lo precedido en las disposiciones del artículo L 2212-8 del código de salubridad pública, éste no tiene ningún principio ni valor constitucional.
9. Son declarados conformes a la Constitución los artículos 2, 4 y 8 y la fracción V del artículo 19 de la ley relativa a la interrupción del embarazo, y aceptados en Francia, excepto por Polinesia.
10. Pero el aspecto más controvertido es la ampliación del plazo a 12 semanas. Y en esta ocasión, a diferencia de los apasionados debates de hace 25 años, desde la derecha no se invocan tanto las creencias religiosas sino el peligro de que se trivialice el aborto o el riesgo de una deriva hacia la eugenesia.
11. La reforma ha sido adoptada con los votos en favor de la izquierda y el firme rechazo de la oposición del centro-derecha, al término de un controvertido debate.
12. El presidente del Movimiento por Francia, Philippe de Villiers, ha asegurado que el proyecto de reforma de la ley del aborto es inconstitucional y ha denunciado durante el debate parlamentario que supone la negación del "primero de los derechos humanos, el derecho a nacer".
13. La reforma de la ley del aborto ha sido elaborada principalmente por la ex ministra de Empleo y Asuntos Sociales, la socialista Martine Aubry.

14. El Gobierno de coalición de izquierdas ha contado con el apoyo de los diputados socialistas, comunistas, verdes y radicales de izquierda para sacar adelante el texto sobre la prolongación del plazo legal de aborto.

Entre las enmiendas aprobadas figura además la legalización de la esterilización voluntaria como método anticonceptivo, a condición de que lo pida una persona adulta, sea practicada en un centro sanitario y transcurran dos meses de plazo desde que se solicita la intervención hasta que se practica. Hasta ahora, según la legislación francesa, toda intervención de las capacidades reproductivas de una persona era ilegal, a no ser que estuviera justificada por una necesidad terapéutica.

a. El Consejo Constitucional francés resolvió el 15 de enero de 1975 y el 27 de junio de 2001 sobre la interrupción voluntaria de embarazo²⁴

A continuación exponemos la sentencia emitida por dicho Consejo Constitucional relativa a la Ley de Interrupción del Embarazo y la Contracepción. El sistema de defensa de la Constitución Política en Francia, que realiza el Consejo Constitucional es del tipo de control previo, de disposiciones que antes de ser ley, podrían ser revizadas para analizar su constitucionalidad, esto es, una vez votadas por el Parlamento (Asamblea Legislativa) el proyecto de ley, pero antes de su promulgación, podría solicitarse su adecuación a la Constitución Política. Así se solicitó por 60 diputados ante Consejo Constitucional la revisión de la constitucionalidad de la "Ley sobre Interrupción Voluntaria del Embarazo" que establecía 10 semanas como plazo; en 2001, se modificó dicha y el plazo se amplió a 12 semanas.

Se impugnó la violación a la Constitución Política de 1958, la llamada Constitución Política de la V República, a su Preámbulo, que contiene el llamado "bloque constitucional", que significa, lo siguiente:²⁵

[...] el conjunto de principios y reglas de valor constitucional que se impone al Poder Legislativo su respeto, como al Poder Ejecutivo, y de una manera general a todas las autoridades administrativas, jurisdiccionales y los particulares, lo que corresponde a que los actos jurídicos deben ser "conforme a la Constitución".

El Consejo Constitucional determinó que el "bloc de constitutionnalité", es un concepto dinámico, que comprende el Preámbulo de la misma Constitución, el Preámbulo de la Constitución Política de la IV República de 1946, y la Declaración

²⁴ Louis Favoreu y Loic Philip, *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, 12a. ed., París, Dalloz, 2003, pp. 299-326, y Francis Hamon, *Le contrôle de constitutionnalité, États-Unis*. Document d'études, núm. 1.15, Francia.

²⁵ Louis Favoreu, "Bloc de constitutionnalité", en *Dictionnaire constitutionnel*, París, Presses Universitaires de France, 1992, pp. 87-89.

de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (1974); después comprendió además, los tratados internacionales aprobados y las leyes orgánicas (1982); se le agregaron, los principios generales de derecho de valor constitucional (1987).

Dicha impugnación al *Preámbulo*, es porque consideran los actores, que la Constitución garantiza al niño la protección de la salud y el artículo 2 de la citada Declaración dice lo siguiente: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

En éste sentido el Consejo Constitucional resolvió que debe tomarse en consideración el artículo 1 de la Ley que se impugna, que dice lo siguiente:²⁶ “La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe toda violación a la dignidad de la persona y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida”.

Se respeta dice el Consejo Constitucional, con la Ley que se impugna, de conformidad con el artículo primero citado, a todo ser humano, desde el inicio de la vida, admitiendo excepciones, siendo esto lo que estudia el Consejo Constitucional, la constitucionalidad de las excepciones, para respetar la libertad de las personas que tienen necesidad de recurrir a la interrupción del embarazo, por encontrarse en una situación de angustia o motivo terapéutico. Es con esta resolución que el Consejo Constitucional, admite que la vida comienza desde la concepción, que la misma ley que se impugna respeta, pero que dicho derecho a la vida, no es absoluto, por lo que dichas excepciones son las que estudia dicho Consejo Constitucional, para permitir por la afectación a la salud que provoca a la madre o por motivo terapéutico, que justifica, la interrupción voluntaria del embarazo, por lo que las declara constitucionales.

b. La Corte de Casación resolvió la demanda 96-80-223, en la sala penal, el 27 de noviembre de 1996

La resolución trata de un grupo de personas, ocho, que en una manifestación que realizaron en un hospital donde se practican los abortos, se encadenaron en la sala

²⁶ <http://www.legifrance.gouv.fr> Consulta realizada en marzo de 2008.

CODE DE LA SANTE PUBLIQUE (Nouvelle partie Législative)

Deuxième partie Santé de la famille, de la mère et de l'enfant.

Livre II Interruption volontaire de grossesse.

Titre Ier Dispositions générales.

Chapitre Ier : Principe général. Article L2211-1

Comme il est dit à l'article 16 du code civil ci-après reproduit: “La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie”.

en la cual se realizan dichos abortos, para protestar por su práctica. La policía los detiene y les impone una multa de cuatro mil francos y en el caso de reincidencia, privación de su libertad.

Los acusados impugnan esta resolución, sosteniendo que dicha resolución se funda en la *Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo*, la cual es contraria a diversos instrumentos internacionales. Pues existe el criterio sostenido por el Consejo Constitucional que los Tratados tiene jerarquía superior a las leyes, en los términos siguientes.

[...] presenta un carácter a la vez relativo y contingente... por estar sometido a un campo de aplicación del tratado, y subordinado a una condición de reciprocidad donde la realización puede variar según el comportamiento del o de los Estados firmantes de un tratado, y el momento en que debe apreciarse el respeto de esa condición (Decisión núm. 74-54, del 15 de enero de 1975, relativa a la constitucionalidad de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo).

La Corte de Casación de Francia proclamó también, sin ambigüedades la superioridad de los tratados sobre las leyes posteriores: [...] instituye un orden jurídico propio e integrado al de los Estados miembros (Decisión del 24 de mayo de 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*).

Los actores sostuvieron que los instrumentos internacionales que se consideraron violados son:

i) La Convención Europea de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 2:

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por el tribunal al reo de un delito para el que la Ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.
- b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.
- c) Para reprimir, de acuerdo con la Ley, una revuelta o insurrección.

ii) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6, que dice lo siguiente:

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

iii) La Convención de los Derechos de los Niños, artículo 6, que dice lo siguiente:

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Los actores sostuvieron que dichos instrumentos internacionales protegen la vida de cualquier persona humana, sin distinciones, y que protegen a los niños, sin distinción alguna.

La Corte de Casación, rechazó los argumentos de los actores, sosteniendo que la Ley de Interrupción del Voluntaria del Embarazo, no permitía que la vida humana fuera violada, pues inclusive protege la vida desde la concepción, como lo sostiene en su primer artículo dicha ley; que existen casos dentro de la disposición impugnada en que en casos de “necesidad” y con las condiciones señaladas en la misma “ley”, la vida se limita, como cualquier otro derecho humano. Por lo que existe compatibilidad entre la ley impugnada y los tratados internacionales en los cuales se cumplen dichos compromisos internacionales.

C. Las sentencias del Tribunal Constitucional español

La Ley Orgánica del 5 de julio de 1985, modificatoria del artículo 417 bis del antiguo Código Penal, determina las condiciones en que la interrupción voluntaria del embarazo no constituye un delito. El artículo 417 bis del Código Penal, quedó redactado de la siguiente manera:

1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento

expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas ser centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.

El artículo 417 bis establece que la IVE no es punible si es solicitada por una mujer y si un médico especialista, distinto al que va a practicar la intervención, "certifica que la continuación del embarazo ocasionará un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la mujer".²⁷ En caso de urgencia, la certificación del médico y el consentimiento expreso de la mujer no son necesarios. No existe plazo establecido para esta intervención.

Si el embarazo fuere consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación y la mujer lo hubiese denunciado, la interrupción puede practicarse antes de finalizar la duodécima semana de gestación.

En el caso en que sea previsible que el feto nazca con importantes malformaciones o corriera el riesgo de ser pasible de una afección mental grave, dos especialistas, distintos al médico que practicará la intervención, deben otorgar a la mujer una certificación que le permitirá solicitar la interrupción de su embarazo dentro del plazo de veintidós semanas.

La legislación no menciona la edad de la mujer. El Ministerio de Salud y de Consumo considera que se aplica en este caso el artículo 154 del Código Civil, relativo a la patria potestad sobre menores no emancipados. Por lo tanto, se requiere el con-

²⁷ La Ley Orgánica del 5 de julio de 1985, modificatoria del artículo 417 bis del antiguo Código Penal español.

sentimiento paterno para que esta intervención sea practicada en una menor, como así también que los centros donde sean practicadas estas intervenciones estén acreditados. Existen diferentes exigencias para las IVE de bajo riesgo (menos de 12 semanas de gestación).

a. Los criterios jurisdiccionales

El Tribunal Constitucional español resolvió el Recurso Previo de Inconstitucionalidad en contra el "Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Art. 417 Bis del Código Penal", 53/1985 el día 11 de abril de 1985.

El recurso previo fue interpuesto por 54 diputados en contra el "Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Art. 417 Bis del Código Penal". Dicho proyecto despenaliza el aborto mediante el sistema de indicadores. Se solicitó la inconstitucionalidad total del proyecto, y con carácter subsidiario las circunstancias b) y c) del artículo impugnado.

b. Fundamentos de la Sentencia

El derecho a la vida, reconocido y garantizado por el ordenamiento jurídico constitucional, es un supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible, siendo la vida del *nasciturus* un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de la Constitución Política española, que dice así: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

De la disposición anterior, señala la sentencia, derivan dos obligaciones para el Estado: abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y establecer una regulación jurídica que defina la vida, como las normas penales.

Se determina lo siguiente: la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación; y la gestación genera un *tertium* existencialmente distinto de la madre.

La protección del *nasciturus* como un bien protegido por el Estado no es absoluta. En caso de conflicto entre dos vidas, se ha ido resolviendo el problema mediante la aplicación de las causas de justificación; y en caso de conflicto con la salud, la libertad o la intimidad, debe ceder aquel de los derechos que sea limitable, pues la alternativa es la supresión absoluta de uno de los derechos en conflicto. Precisan, finalmente los recurrentes que, en el supuesto de que la protección de los derechos a la vida del no nacido sólo pudiera fundamentarse en los derechos de la madre, es

cierto que con esta protección se excluirían los ataques del Estado o de terceros, ve­dándose así la constitucionalidad del aborto no voluntario o impuesto, pero ocurriría lo mismo con los provenientes de la madre, cuando lo cierto a juicio de los recurrentes, es que no puede encontrarse fundamento constitucional que permita a la madre atentar voluntariamente contra la vida del *nasciturus*, pues; por una parte, sus derechos fundamentales, en cuanto limitables y regulables, deben ceder frente al derecho absoluto a la vida del ser en gestación, y, por otra parte, si el único mecanismo constitucional de proteger a la vida al no nacido fuere mediación de la madre, ésta se constituiría en depositaria de unos derechos de naturaleza constitucional de los que no podría disponer.

En el caso de aborto por violación, el obligar a la madre a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible, por lo que la mencionada indicación no puede estimarse contraria a la Constitución.

La solución relativa al consentimiento en los supuestos de aborto eugenésico y aborto terapéutico, no es inconstitucional, dado que la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla.

El Tribunal Constitucional resolvió respecto del aborto terapéutico inconstitucional la disposición que lo regula, debido a que debió haber previsto la legislación, por falta de medidas de seguridad, como indispensable previamente el dictamen médico que comprobase el supuesto de hecho para poder posteriormente practicarse le aborto. En el caso sí previsto, en la legislación, el aborto eugenésico, debió haberse previsto el mismo requisito.

2. En la tradición jurídica angloamericana

La influencia del derecho romano en la formación del derecho inglés fue escasa, la dominación romana data del año 43 al 407 (300 años). Son los británicos del sureste los que más se asimilaron a la cultura de Roma, pero las ciudades celtas son las que menos influencia recibieron de los romanos. Los romanos colonizaron Inglaterra, sometieron a Gales, pero sin romanizarla. Por lo que entendemos el derecho inglés como una “continuidad histórica”, una evolución ininterrumpida: del *Common Law* y de la *Equity*.²⁸

En los orígenes del derecho inglés, no hubo un derecho anglosajón único ni una unidad jurídica: territorio dividido en regiones con pueblos bárbaros de origen germánico, sajones, anglos, jutos y daneses.

²⁸ René David y Camille Jauffret-Spinozi, *op. cit.*, pp. 225 y ss., y Pierre Legrand, *Le droit comparé*, París, Presses Universitaires de France, 2006. Que sais-je? núm. 3478.

En relación con el derecho inglés, solamente queremos resaltar que una de las fuentes del derecho inglés la constituye la jurisprudencia, las decisiones emitidas por los jueces “*case law*”; las “*Stare decisis*” que consisten en la obligación de los tribunales de respetar las decisiones dictadas anteriormente por los jueces; y las colecciones de reportes judiciales como “*Year Books*” formados por manuscritos; y en 1870 los “*Law Raports*”.

El Poder Judicial inglés se compone de la siguiente manera, por los Tribunales Superiores (la Suprema Corte de Justicia, las Cortes de la Corona y las Cortes Reales de Justicia); los Tribunales Inferiores (las Cortes de Condado y las Cortes de los Magistrados); la Cámara Alta y los Tribunales Especializados. El “*Queen’s Bench Division at Liverpool*” es una de las tres secciones de los tribunales superiores.

En relación con la tradición jurídica norteamericana, tenemos que los Estados Unidos es una república constitucional y federal; que tiene tres niveles de gobierno: el nivel federal, el nivel estatal, y el nivel local. Y el país está integrado por 50 Estados autónomos en su régimen interno.

El gobierno federal estadounidense está dividido en tres poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, cada uno elegido de manera distinta y cada uno capaz de supervisar y regular a los otros.

El Poder Judicial está compuesto por dos sistemas judiciales: a) el sistema judicial federal, y b) el sistema judicial estatal. El primero está compuesto por los tribunales federales de distrito (al menos uno en cada Estado), 13 tribunales federales de apelación, y, la Corte Suprema. El segundo, está integrado en forma distinta en cada Estado, sin embargo existe un patrón general en el sentido de establecer Juzgados de Primera Instancia, Juzgados o Tribunales de Apelación, y la Corte Suprema del Estado.

El tribunal de más alta jerarquía es la Corte Suprema de Justicia, le siguen los Tribunales de Circuito de Apelación y luego, los Juzgados de Distrito. En el caso de los Tribunales Especiales, tienen el Tribunal de Reclamaciones, el Tribunal de Aduanas y el Tribunal de Apelaciones en Materia Aduanal y Patentes.

En el presente apartado exponemos la legislación del Reino Unido y los criterios jurisprudenciales del *Queen’s Bench Division at Liverpool*, del Reino Unido; y la legislación y sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica.

A. La Resolución del *Queen’s Bench Division at Liverpool* (Reino Unido) sobre el aborto

Según la legislación, la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), debe reunir los siguientes requisitos para no configurar un delito: la solicitud debe presentarse antes de finalizar la vigésima cuarta semana de embarazo y la presentación de un certifi-

cado extendido por dos médicos que exprese que la salud física o mental de la mujer o sus hijos corre peligro en caso de que continúe el embarazo (situación económica, vivienda, etcétera) o que estudios médicos prueben que el niño corre el riesgo de nacer con importantes malformaciones o con una afección mental grave.

En lo que se refiere a las menores, la Ley de Reforma del Derecho de Familia (*Family Law Reform Act*) de 1969 determina que un menor puede consentir, sin autorización de sus padres o su tutor, para la realización de actos médicos, a la edad de dieciséis años.

a. Criterio jurisdiccional

El *Queen's Bench Division at Liverpool* resolvió el asunto sobre el aborto, denominado, *Paton versus British Pregnancy Advisory Service*, relativo a que una mujer que estaba embarazada, misma que había recibido dos opiniones de médicos sobre la continuidad de su embarazo, debido a que constituía un riesgo físico o mental para la mujer embarazada. De conformidad con la *The Abortion Act of 1967*, podía en dichas circunstancias, optar por el procedimiento del aborto.

The Abortion Act of 1967, la sección 1, dice lo siguiente:

Una persona no será culpable de una ofensa bajo la ley relativa al aborto cuando un embarazo sea interrumpido por un practicante médico registrado, si dos practicantes médicos registrados sean de la opinión tomada de buena fe, de que la continuación del embarazo implicase un riesgo de daño a la salud física o mental de la mujer.

La mujer embarazada estaba de acuerdo con el procedimiento del aborto, pero el esposo, quien no fue consultado, por la mujer ni por los médicos, quería optar por la continuación del embarazo. El padre sostenía que tenía derecho a decidir sobre el destino del niño en gestación, por lo que solicitó un "requerimiento restrictivo" en contra del *British Pregnancy Advisory Service*, para evitar que su esposa pudiera abortar sin su consentimiento.

El Tribunal *Queen's Bench Division at Liverpool* resolvió que el requerimiento restrictivo, carecía de fundamento, de conformidad con las siguientes consideraciones:

1. De conformidad con la *The Abortion Act of 1967* no existe en dicha disposición, un derecho del feto, por sí mismo, sino que hasta que nace y tiene una existencia independiente de la madre.
2. En relación con el derecho del padre de intervenir en el destino del niño en gestación, señaló, que los requerimientos judiciales, no pueden ser parte de

las conductas del matrimonio, como relaciones sexuales o medidas anticonceptivas, la esterilización o vasectomía, los cuales la autoridad no puede intervenir en las relaciones familiares. En este sentido, el esposo no puede intervenir, mediante requerimiento judicial, para impedir que su esposa se practique el aborto.

3. En la *The Abortion Act of 1967* se establece un listado de requisitos para realizar el procedimiento de aborto, como la opinión técnica de los médicos, pero no existe disposición alguna de donde se derive el derecho del padre para opinar respecto de la terminación del embarazo.

Al serle adversa al esposo de la mujer embarazada, la sentencia dictada por el Tribunal Superior inglés, el *Queen's Bench Division at Liverpool* consideró que era infundado el "requerimiento restrictivo", el esposo acudió a las instancias internacionales, para impugnar ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, lo que consideró que a su derecho procedía, como adelante se explica en la sección correspondiente.

B. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica sobre el aborto

Al analizar el derecho norteamericano y su punto de vista respecto del aborto, debemos tomar en cuenta que este derecho se basa en los precedentes emitidos por los juzgadores, que es un derecho de los denominados judiciales, es decir, el principal creador del derecho es el juez y no el legislador, como ocurre en México, el papel del legislador en el derecho común es secundario.

Existen diversas sentencias de mucha importancia para el tema del aborto. La Corte Superior de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica dictó diversas sentencias como las siguientes:

- a) *Roe versus Wade*, 410 U.S. 113; 13 de diciembre;
- b) *Planned parenthood versus Casey*, 91-744 y 91-902, del 29 de junio de 1992;
- c) *Stenberg versus Carthart*, no. 99-830, del 28 junio 2000;
- d) *Gonzalez versus Carthart*, no. 05-380, del 18 de abril de 2007.

Nosotros solamente analizaremos las dos primeras resoluciones.

a. La sentencia del caso: *Roe versus Wade*, 410 U.S. 113; 13 de diciembre de 1973

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica emitió la sentencia denominada *Roe and al. Versus Wade, District of Dallas County, 1973*,²⁹ la cual analizaremos a continuación. La famosa sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, *Roe et al. vs. Wade* de 1973, se trata de la señora Jane Roe, soltera, residente del Estado de Tejas, estaba embarazada pero quería abortar. Pero la legislación, se lo prohíbe, por lo que solicita la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1191 a 1194 y 1196 del Código Penal del Estado de Texas. La sentencia dictada dio inicio a la permisión del aborto, con base en el derecho a la intimidad (*right to privacy*)”, derecho implícito y derivado —afirmó esa Corte— en la Constitución norteamericana, del concepto de libertad personal, y de que los derechos no enumerados específicamente en la Constitución fueron conservados por el pueblo (*the people*). No obstante, el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo no es absoluto, y debe compaginarse con el legítimo interés de protección a la potencialidad de una vida humana.

En la citada resolución, la Suprema Corte norteamericana dividió el embarazo en tres periodos de tres meses cada uno. En el primero, la mujer posee la facultad para abortar libremente, después de obtener la aprobación de un médico. En el segundo periodo, los Estados están facultados para regular la materia del aborto, pero lo deben permitir si la salud de la madre corre algún peligro. En el tercero, es decir, en los últimos tres meses, los Estados deben proteger la potencial vida humana y, en consecuencia, prohibir el aborto a menos que la vida de la madre corra peligro. El cuadro siguiente nos puede mostrar de manera clara el sentido de dicha sentencia:

Duración del embarazo		
Primer trimestre	Segundo Trimestre	Tercer Trimestre
Concepción		Viabilidad
El Estado no tiene derecho de regular el embarazo.	El Estado tiene derecho de regular el procedimiento del aborto con el fin de proteger la salud de la mujer, pero no la oportunidad del aborto.	El Estado tiene derecho a regular el procedimiento del aborto (para proteger la salud de la mujer embarazada) y puede prohibir el aborto (para proteger la potencial vida humana) excepto en el caso de peligro para la vida de la madre.

* Cuadro elaborado por la SCJN, página de la SCJN, microsistema sobre el Aborto. Consultada el 20 de septiembre de 2008.

²⁹ Elisabeth Zoller, *Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, op. cit., pp. 745-757, y Francis Hamon, *Le contrôle de constitutionnalité, États-Unis*, op. cit., pp. 34-36.

La sentencia denominada *Roe and al. Versus Wade, District of Dallas County, 1973* declaró inconstitucionales las disposiciones del Código Penal tejano que no autoriza el aborto para salvar la vida de la madre. En dicha sentencia se reconoce que en virtud de la libertad individual, asentada en las enmiendas IX y XIV, el derecho de interrumpir el embarazo por razones físicas, económicas o psicológicas.

Las enmiendas IX y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica establecen lo siguiente:

Enmienda IX

“No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”.

Enmienda XIV (9 de julio de 1868)

1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen.

Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; *tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal*; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.

Asimismo, se reitera el interés de conciliar este derecho con intereses como la “salvaguarda de la vida potencial”, en donde el Estado está legitimado para ocuparse de dicha protección. En este sentido, existe “libertad de toda injerencia del Estado” durante los primeros tres meses del embarazo. Pero el Estado puede reglamentar los seis últimos meses del embarazo, para limitar los riesgos, como prohibir el aborto, salvo que se quiera salvaguardar la salud o la vida de la madre.

Aborto en el Estado de Texas *Roe vs. Wade*. A continuación exponemos las características siguientes:

1. Motivo: Apelación de la señora Roe contra la decisión del juzgado de Texas donde se le negó el aborto;
2. Argumento de la señora Roe: la negación de la libertad a su privacidad;
3. Problema: que la libertad a la privacidad no está bien definida en la Constitución de Estados Unidos (Bill of Rights) lo que genera confusiones;
4. La Corte reconoció que el derecho a la privacidad no se encuentra definido en la Constitución; pero esta decisión aclaró que sólo los derechos personales se encuentran implícitos en el concepto de “libertad” y que son tomados como “fundamentales”.

5. La corte fundamentó que va en detrimento contra la mujer y sus derechos, el negarle la opción de elegir sobre su cuerpo.
6. "Existe el problema de traer un niño a una familia que no está habilitada psicológicamente para cuidarlo. Pero en otros casos, como en éste, las dificultades adicionales y un estigma continuo de una maternidad no deseada, podría tener repercusiones en la vida del niño".
7. La apelante argumenta que Texas no tiene un interés válido para regular la decisión del aborto, o no tiene un interés suficientemente fuerte que logre soportar alguna limitación a la decisión de la mujer. Pero este argumento dado por la señora Roe no es muy convincente.

Posturas:

1. Las cortes estatales que han decidido negar el derecho a la mujer para abortar se basan en que el Estado tiene el deber de proteger la vida y que este deber es mayor a cualquier otro; el nonato es una vida en potencia, por lo que las leyes prohibitivas son viables y no afectan el derecho de libertad de la mujer.
2. *Contrario sensu*, éstas han decidido permitir el aborto en su primer trimestre. Basándose en que el derecho a la libertad tiene supremacía frente a cualquier otro derecho, estableciendo que la libertad, en todas sus formas, es un fundamento sobre el que su Nación está formada.
 - El estado sólo tiene autoridad para regular la forma en que se llevará a cabo el aborto, para garantizar las condiciones de salud y seguridad.

Opinión del Juez Stewart

La Corte aceptó que el derecho de Jane Roe sobre su libertad personal está protegido en la "Due Process Clause of the Fourteenth Amendment"

Es evidente que la decisión tomada por la Corte sobre el aborto, infringe directamente este derecho.

Los intereses del Estado son proteger la salud y la seguridad de la mujer embarazada, además de proteger la futura vida.

No considera que están suficientemente protegidos dichos derechos, por lo que se transforma en una violación al *due process* contenido en la Enmienda XIV.

Opinión del Juez Rehnquist

El juez Rehnquist no concuerda con la opinión de la Corte, al aseverar que el derecho a la privacidad no se involucra en este caso.

Se ha hecho un mal uso de la palabra privacidad.

La Corte ha determinado como privacidad, la facultad que tiene una persona de ser libre.

La privacidad no se debe entender como la no intervención del Estado en los asuntos personales de los ciudadanos, sino que el Estado únicamente tendrá la facultad de realizar intromisiones en la vida privada con un procedimiento establecido correctamente en la ley.

El núcleo de la decisión adoptada en 1973 por la Suprema Corte en el caso *Roe vs. Wade*, implicó que los abortos son permisibles en Estados Unidos por decisión de las mujeres, hasta el momento en el que el feto resulte viable fuera del útero materno. El tiempo es aquí bastante laxo. De acuerdo con esta resolución, durante *las primeras 12 semanas* de embarazo el Estado no puede restringir el derecho de las mujeres al aborto; *puede regularlo a partir de ese momento y permitirlo hasta la semana 24, cuando esté comprometida la salud de la mujer*; y puede restringirlo o prohibirlo en el *último trimestre*, cuando el feto es viable, excepto si el *aborto es necesario*, por medio de un juicio médico apropiado, por estar en peligro la vida o la salud de la gestante.

En 1995 y 1997 el Congreso de Estados Unidos, a instancias de representantes de los grupos pro-vida, emitió una ley que *“prohibía el aborto tardío”*, se refiere al “procedimiento médico empleado para la interrupción del embarazo en etapas avanzadas de la gestación, pero fue vetada ese año por el entonces presidente William Clinton”.³⁰ En 2003, el Congreso, con la votación mayoritaria de los republicanos, insistió en el tema, y el presidente George W. Bush firmó la ley correspondiente. Inmediatamente después, tres Cortes de Distrito en Estados Unidos, “declararon la medida como inconstitucional, por lo que pasó a la Suprema Corte de Justicia, que la aprobó en abril de 2007 por cinco votos contra cuatro”.³¹

“El aborto tardío” no está definido con claridad en la nueva ley y se refiere al procedimiento médico, después del segundo trimestre de gestación, de dilatación del cerviz uterino y la extracción del feto, que no admite excepciones aun cuando esté

³⁰ Graciela Aebert, “Aborto legal, condiciones que permiten su práctica”, Buenos Aires, Congreso de la Nación, Dirección de Información Parlamentaria.

³¹ Karina Galarza Vásquez, “Legalización del aborto, ¿Solución o problema?” Consulta realizada en marzo de 2008.

en peligro la mujer gestante. La oposición de los demócratas se basa en que existen circunstancias en las que la vida y la salud de las mujeres corre un riesgo grave, "como en el caso de hemorragias o malformaciones congénitas".³² Representa un retroceso respecto de la resolución sobre el caso *Roe vs. Wade* y expresa el nivel de la controversia sobre el aborto en Estados Unidos.

Asimismo, es importante analizar los efectos del caso *Roe vs. Wade* en la sociedad norteamericana, pues podemos observar que el número de abortos creció después de la emisión de dicha resolución, sobre todo en los años de 1973 y 1980:

Evolución de los abortos en Estados Unidos de Norteamérica

Años	Abortos		
	Miles	Por 1,000 mujeres de 15-44 años	Por 1,000 embarazos
1973	745	17	193
1974	899	20	220
1975	1,034	22	249
1976	1,179	24	265
1977	1,317	27	286
1978	1,410	28	294
1979	1,498	29	297
1980	1,554	29	300

Fuente: Henshaw 82a.

La interpretación de las cifras anteriores, relativas al aumento del número de abortos, son expuestas por el especialista Amando de Miguel, quien señala lo siguiente:

La expansión en las cifras de abortos se debe, entre otras razones, a que se está pasando del aborto-remedio (decisión de última hora para evitar el alumbramiento no deseado) al aborto como un medio anticonceptivo. Así, el notable incremento en el número de abortos que tiene lugar en Estados Unidos a partir de su legalización en 1973 se debe interpretar junto al dato complementario del descenso en el número de mujeres que utilizan anticonceptivos orales (la "píldora") o el dispositivo intrauterino (DIU). Bien es verdad que también se acrece el recurso a otro medio anticonceptivo tan radical como es la esterilización. Junto a ello hay que hacer interve-

³² Jorge Carpizo, "La interrupción del embarazo antes de las doce semanas es conforme a la Constitución y de acuerdo con los derechos humanos", p. 54.

nir también un factor de cambio de estilo de vida: la actividad sexual cada vez más generalizada de las mujeres no casadas (Henshaw 82a: 7).³³

b. La sentencia del caso: *Planned Parenthood versus Casey*, 91-744 y 91-902, del 29 de junio de 1992

La Suprema Corte norteamericana ha dictado otras sentencias importantes sobre el aborto, entre las que se pueden citar el caso "*Planned Parenthood of Southeastern PA vs. Casey*" de 1992. En el presente caso se solicita por unos médicos la inconstitucionalidad de varias disposiciones de la Ley de Control del Aborto del Estado de Pensilvania de 1982, reformada en 1988 y 1989. La ley citada establecía que si una mujer que quería abortar, debía estar informada 24 horas antes de realizarse el aborto. Si la mujer que quería abortar era menor de edad, debería dar su autorización con consentimiento informado uno de los titulares de la autoridad parental. En caso que la menor se negara a informar a sus padres, el consentimiento debería provenir de la autoridad judicial. En el caso de una mujer casada, debía probar haber informado al padre de su intención de abortar.

La sentencia tiene los siguientes criterios relevantes: una mujer puede decidir sobre abortar antes de la viabilidad del feto. Pero el Estado puede limitar el aborto, después de la viabilidad del feto; y el Estado tiene interés legítimo para proteger la salud de la mujer y la vida del feto.

En el caso "*City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health Inc*"³⁴ esa Suprema Corte decidió, en 1983, que en la hipótesis de las menores de edad que desean interrumpir el embarazo, si tienen razones suficientes para no desear la asistencia familiar, la intervención judicial y médica debe estar presidida por los principios de rapidez y confidencialidad.

No obstante, no se puede ignorar que en Estados Unidos, su Suprema Corte está adoptando, cada vez con mayor frecuencia, decisiones reaccionarias sobre el aborto.

Recientemente en abril de 2007, en Estados Unidos se tomó una decisión que condena el aborto tardío (*partial-birth abortion*).

A continuación y para facilitar la comprensión del lector respecto de lo anteriormente vertido, se presenta el siguiente cuadro comparativo, señalado las circunstancias en las cuales el aborto es permitido en los países europeos correspondientes:

³³ Amando de Miguel Rodríguez, "La polémica del aborto en Estados Unidos: lecciones de una experiencia", en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 21, Madrid, 1983, p. 159.

³⁴ *Ibid.*, pp. 53-54.

Cuadro comparativo sobre causas de legalización del aborto en el continente europeo³⁵

Causas de legalización	Riesgo de vida de la mujer	Riesgo físico	Riesgo psíquico	Violación o Incesto	Malformación Fetal	Razones socio-económicas	Viable a petición de la Mujer
Alemania	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
España	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No
Francia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Italia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Países Bajos	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Reino Unido	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No

3. En la tradición jurídica latinoamericana

Antes de exponer la parte correspondiente a la tradición jurídica latinoamericana, mencionaremos, de manera muy rápida, el aborto en el derecho azteca, lo que nos permitirá entender la posible base del pensamiento actual sobre el aborto, sus reminiscencias en los pueblos indígenas.

En el derecho penal azteca, el aborto era castigado con la muerte que se aplicaba tanto a la mujer como al que la ayudaba.³⁶

Josef Kohler en su libro sobre *El derecho de los aztecas* lo dice de la siguiente forma: “La que auxiliaba en el aborto, era castigada como la misma madre; lo mismo en el envenenamiento, pues al que proporcionaba el veneno se le castigaba como asesino”.

Llama la atención que Kohler relaciona la sanción en el derecho azteca para los que auxilian en el aborto, como la que se aplica para el caso de aquellos que auxilien en el envenenamiento; de la misma manera como lo señala Álvaro d’Ors para los romanos.

Aquí es necesario señalar que en realidad Kohler realizó una interpretación que está muy lejos de lo que dicen sus fuentes, “Leyes de los indios de Anáhuac o Méxi-

³⁵ <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>. Consulta realizada en marzo de 2008.

³⁶ Josef Kohler, “El derecho penal de los aztecas.—Leyes de los indios de Anáhuac o México”, en *Revista Americana de Buenos Aires*, Buenos Aires, febrero de 1938, pp. 6-47. Carlos H. Alba, *Estudio comparado entre el derecho azteca y el derecho positivo mexicano*, México, Instituto Indigenista Interamericano, 1949, pp. 19 y 75-78.

co" y el "Texto del libro de oro" que a continuación transcribimos sobre el aborto, dice lo siguiente: "40. Mataban al médico o hechicera que daba bebedizos para echar la criatura de la mujer preñada, y asimismo a la que lo tal tomaba para este efecto".³⁷

Carlos H. Alba en su *Estudio comparado entre el derecho azteca y el derecho positivo mexicano*, lo expone de la siguiente manera: "artículo 198. El aborto se castigará con la pena de muerte para la madre culpable y para los cómplices que hubieren proporcionado el abortivo o practicado las maniobras abortivas".³⁸

Las fuentes consultadas permiten conjeturar que a diferencia del derecho romano, en el azteca el aborto era un delito que afectaba los intereses de la comunidad. La severa y única penalidad indicada, que corresponde a la crueldad y severidad penal azteca, a su vez expresión de la organización social de los aztecas, debe ser interpretada en relación con otros datos atinentes a dicha organización. Dichos datos, que confirman la conclusión indicada, son: a) el fuerte sentido de comunidad de la organización azteca visible incluso en las ciudades; b) el respeto que la mujer embarazada merecía, que se atestigua, entre otras cosas, por el hecho de que la que moría al dar a luz gozaba del favor de determinados dioses; c) la importancia que todo nacimiento tenía y gran ceremonial que se acompañaba; d) la aceptación del principio de restitución como sanción que prevalecía sobre el de castigo allí donde aquélla era posible. La aplicación de dicho principio atenuaba en muchos casos la brutal severidad de las penas. Parece posible deducir que éstas se aplicaban más frecuentemente cuando dicha restitución, como acontece en el aborto, no era posible.³⁹

Las condiciones legales del aborto en los países latinoamericanos y caribeños, a pesar de la lucha de los grupos feministas, no han sufrido cambios relevantes, aunque se han producido algunas modificaciones como su despenalización en la capital de la República Mexicana, "aprobada en abril de 2007 por más de dos tercios de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal".⁴⁰

En Colombia hay avance en la aplicación de las causales de aborto impune: en 2006 la Corte Constitucional despenalizó el aborto en tres casos especiales: cuando un embarazo amenaza la vida o la salud de la mujer, en casos de violación, y/o cuando se presenten malformaciones del feto incompatibles con la vida extrauterina.

³⁷ Josef Kohler, *El derecho de los aztecas*, México, Edición de la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, 1924, pp. 60 y 124-125.

³⁸ Carlos H. Alba, *op. cit.*, p. 19.

³⁹ George C. Vaillant, *The Aztecs of Mexico*, especialmente los capítulos VI, X y XI, 1951. Datos complementarios pueden hallarse en Bernal Díaz del Castillo, *Historia verdadera de la conquista de Nueva España*, introducción y notas de J. Ramírez Cabañas, México, D. P., 1944, tomo 3; Hernán Cortés, *Cartas de relación de la conquista de Méjico*, Madrid, Espasa-Calpe, 1942, tomos 1 y 2; *Mitos indígenas*, México, Imprenta Universitaria, 1942.

⁴⁰ <http://www.choike.org/nuevo/informes/4702.html> Consulta realizada en marzo de 2008.

También se han dado avances en Argentina. En otros países como Ecuador y Chile se han desarrollado debates interesantes sobre los derechos sexuales y reproductivos y el acceso a servicios para la población. En Chile, en enero de 2007 la presidenta Michelle Bachelet firmó un decreto aprobando el suministro de la píldora anticonceptiva "del día después".

La ideología en América Latina sigue siendo moralista, con reminiscencias del pensamiento indígena, expuesto en relación con los aztecas; se tiene como principal argumento la vida del ser concebido no nacido, pero en países como Argentina y Brasil el aborto inducido está permitido siempre y cuando se realice con el consentimiento de la mujer embarazada y cuando la vida de ésta corra peligro. Esto es, el llamado aborto terapéutico, además de que debe de ser efectuado por un médico diplomado.

A continuación se enuncian los aspectos más relevantes de la legislación y los criterios jurisprudenciales correspondientes a Latinoamérica, tomando como base los siguientes países: Colombia y Argentina.

A. Las sentencias del Tribunal Constitucional de Colombia relativas al aborto. Los criterios jurisdiccionales

La Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado sobre el tema del aborto como consecuencia de tres demandas de inconstitucionalidad presentadas en contra diversos artículos del Código Penal; criterios establecidos en las sentencias C-133/94, y C-355/06, esta última del 10 de mayo del 2006.

a. La Corte Constitucional dictó la sentencia C-133/94

Primera decisión sobre el tema del aborto, la Corte declaró constitucional el artículo 343 del anterior Código Penal (Decreto 100 de 1980) que tipificaba el delito de aborto. Para la Corte, el reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad del derecho a la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente orientados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte. Respecto de esta sentencia existe un salvamento de voto en el que se esgrimen diferentes argumentos para demostrar que la equiparación del no nacido con la persona humana, para efectos de hacerlo sujeto o titular de derechos fundamentales, es una tesis carente de fundamento constitucional. Asimismo, en este salvamento de voto se señala que la decisión de la Corte desconoce las libertades de conciencia, de religión y el derecho a la autonomía procreativa de la mujer.

b. La Corte Constitucional dictó la sentencia del 10 de mayo de 2006

En dicha sentencia se examinó la constitucionalidad de la reforma de los artículos 14 de la ley 890 de 2004 y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000 del Código Penal.

La Corte Constitucional de Colombia analizó la prohibición absoluta del aborto. Dicho análisis requirió estudiar la “colisión” de derechos fundamentales, por una parte, el de la vida y, por otra, los de la mujer, como el derecho a la intimidad, los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a un plan de vida entre otros.

La Corte Constitucional de Colombia consideró que la prohibición absoluta del aborto era inconstitucional, por las siguientes consideraciones:

1. Señaló que el derecho a la vida se tiene hasta que el titular nazca; y que se protege al no nacido, al *nasciturus*; pero con mayor intensidad al nacido, por lo que la regulación del aborto es desigual.
2. No se pronunció sobre el momento de inicio de la vida, por considerarlo no oportuno; además de que no existen derechos absolutos, es indispensable ponderarlos respecto de otros derechos o valores.
3. Que la ponderación de derechos humanos debe tomar en consideración la dignidad humana que entiende a la mujer no como mero instrumento de reproducción de la especie humana; y el derecho a la salud en relación con el derecho a la autonomía personal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.
4. Requirió despenalizar el aborto en los casos de incesto, si existe denuncia ante las autoridades competentes; riesgo de salud física o mental de la madre, se exige certificación médica; y acceso carnal abusivo o acto sexual sin consentimiento, así como la inseminación artificial o la transferencia del óvulo fecundado no consentidas, para lo cual se exige la denuncia ante las autoridades competentes y certificación médica.

B. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Argentina respecto del aborto

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.

Incluso, en caso de que a consecuencia de actos violentos se causare el aborto sin tener el propósito de provocarlo, el sujeto activo será reprimido con prisión, si le constaré el estado de embarazo.

También será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. En caso de que la mujer no logre el aborto no será sancionada, esto es la tentativa de la mujer no es punible.

En Argentina existe una *Guía técnica para la atención de los abortos no punibles*,⁴¹ la cual señala como puntos centrales los siguientes:

- La práctica de un aborto no punible se realizará previa constatación, por parte de un médico, de la existencia de algunas de las causales de no punibilidad previstas en el artículo 86 del Código Penal.
- Para la constatación de los casos de peligro para la salud o la vida de la mujer (artículo 86, inciso 1o., del Código Penal), el médico tratante deberá fundar su diagnóstico mediante los estudios pertinentes y en interconsulta con otro médico o profesional de la psicología, según corresponda.
- Para la constatación de los casos de violación o de atentado al pudor cometido sobre mujer idiota o demente (artículo 86, inciso 2o.), el médico tratante deberá pedir que se le exhiba constancia de la denuncia policial o judicial de la violación.
- En el caso de la constatación de un peligro para la salud psíquica de la mujer, la interconsulta podrá realizarse a un médico o a un profesional habilitado legalmente para la práctica profesional de la psicología.
- No se exigirá autorización judicial ni dictamen de un Comité de Bioética.

Además la *Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles*, elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación toma como base los derechos de la mujer, estableciendo que debe ser usada en los siguientes casos, previstos en el artículo 86 del Código Penal⁴² de acuerdo con la interpretación de ese artículo y conforme con las normas nacionales e internacionales:

⁴¹ <http://www.derechoalaborto.org.ar/legis.htm> Consulta realizada en marzo de 2008.

⁴² <http://www.derechoalaborto.org.ar/legis.htm> Consulta realizada en marzo de 2008.

- En casos de peligro para la vida de la mujer.
- En los casos de peligro para la salud de la mujer.
- Cuando el embarazo sea producto de una violación.
- Cuando el embarazo sea producto del atentado al pudor sobre mujer idiota o demente. En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

La Constitución argentina, los tratados de derechos humanos incorporados a su texto con jerarquía Constitucional y las leyes vigentes reconocen y garantizan el derecho a la igualdad, a la salud, a la autodeterminación, a la privacidad y a la no discriminación, todos ellos derechos directamente vinculados con el derecho de la mujer a acceder al aborto en los casos permitidos por la ley, señala dicha Guía al definir el marco jurídico que la avala.

a. La Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina resolvió en el amparo 421- XXXVI sobre el aborto “inducido”

La Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina resolvió el 11 de enero del 2001, el caso siguiente sobre el embarazo, en el que una mujer embarazada conoció que el hijo que esperaba carecía de masa encefálica, y que era inevitable la muerte de su hijo al nacer; por lo que interpuso un amparo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para obtener la autorización de que un médico le realizara un parto inducido. Dicho Tribunal Superior otorgó la autorización para que se procediera al parto inducido. Pero el Asesor General de Incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, interpuso un recurso extraordinario, para la revisión de dicho amparo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que no se trataba de un aborto, sino de un nacimiento “prematuro”, por lo adelantado del embarazo, y que el adelantar el nacimiento, no evitaría la muerte del feto, por lo que no se justificaría alargar el estrés innecesario, por lo que “adelantar el nacimiento no beneficia, perjudica al *nasciturus*... la muerte del *nasciturus* no se provocaría por adelantar el nacimiento, sino la gravísima patología que lo afecta”.

Parte II. Resoluciones de tribunales y comisiones internacionales

A continuación se van exponer primero las resoluciones sobre el aborto de la Comisión Europea de Derechos Humanos; y luego la resolución de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), el caso de la señora Vo versus Francia. En el segundo

apartado, exponemos la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso, Nicaragua: derogación del aborto terapéutico, 2006.

1. La Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos

Los numerales asignados en la exposición son las siguientes:

- 1) La Comisión Europea de Derechos Humanos: el caso Paton versus Inglaterra.
- 2) La Corte Europea de Derechos Humanos: el caso de la señora Vo versus Francia.

A. Comisión Europea de Derechos Humanos

El asunto que resolvió el Tribunal Superior inglés, Queen's Bench Division at Liverpool en el caso denominado Paton versus British Pregnancy Advisory Service, en el que el actor, esposo de una mujer embarazada, solicitó un "requerimiento judicial" para que la opción de interrupción del embarazo fuera detenida; pero dicho tribunal inglés, resolvió infundada la demanda del esposo de la mujer embarazada, pues el tribunal señaló que la mujer embarazada, de conformidad con la The Abortion Act of 1967, podía optar por dicho procedimiento de aborto. Por lo que el padre se inconformó en contra de la sentencia dictada por el Queen's Bench Division at Liverpool en el caso denominado Paton versus British Pregnancy Advisory Service, ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, por considerar que The Abortion Act of 1967 viola el derecho a la vida, previsto en el artículo 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Asimismo, sostuvo el actor, ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, el derecho que pretende tener, como padre, para intervenir en el futuro del niño no nacido.

La Comisión Europea de Derechos Humanos no aceptó las pretensiones del actor, por las consideraciones siguientes:

1. *La Convención Europea de Derechos Humanos* no define de manera expresa si el feto tiene protección del derecho a la vida; como a diferencia de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* que de manera expresa, si lo determina, en los términos siguientes, en su artículo 4, que a la letra dice: "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

2. Que en los países de la Unión Europea existe divergencia respecto del tema de la vida, para unos comienza la vida desde la concepción, para otros, después, otros la viabilidad del feto, por lo que en cada caso debe protegerse de conformidad a lo que sus leyes internas señalen.
3. Independientemente de la legislación interna de cada país de la Comunidad Europea, la Comisión Europea debe proteger la vida del no nacido, por una parte, y, por otra, los derechos de la mujer. Por lo que la Comisión debe realizar una ponderación de derechos entre estos derechos que entran en colisión.
4. Las limitaciones a la vida, que pongan en riesgo la salud o la vida de la madre, deben de prevalecer los derechos de la madre. Por lo que cualquier legislación sobre el aborto, debe considerar en primer termino, los derechos de la mujer embarazada, por ser la primeramente afectada con el estado y desarrollo del embarazo; por lo anterior, los derechos del padre no pueden ser interpretados de ninguna manera que limiten los derechos de la mujer embarazada.

B. Corte Europea de Derechos Humanos, con el caso de la señora Thi-Nho Vo versus Francia, del 8 de julio del 2004

El caso es el siguiente: el 27 de noviembre de 1991, los señores Thi-Nho Vo de origen vietnamita, que acudieron para el examen del sexto mes de embarazo al Hospital General Público en la ciudad de Lyon. En ese mismo día y hora acudieron los señores Thanh Van Vo para que le fuera removido el anticonceptivo. Al momento de llamar al médico a la segunda de las citadas, por su apellido, la señora Vo, se le presenta la primera de las mencionadas, el médico inició de manera errónea el procedimiento de "remoción" del dispositivo intrauterino, pero en su lugar, rompió el saco amniótico, por lo que fue hospitalizada y no pudo la paciente recuperar el líquido perdido. Días después, el médico le comunicó que el embarazo no podía continuar. Por lo que la gestación fue interrumpida.

El 11 de diciembre de 1991, los señores Thi-Nho Vo demandaron en la Sala Penal de la Corte Criminal de Lyon al médico que cometió el error, alegando daños al demandante, y por homicidio no intencional del niño no nacido.

El 16 de enero de 1992, un grupo de expertos concluyeron que el feto era de sexo femenino y que tenía entre 20 y 21 semanas. El 31 de agosto de 1995, la Corte Criminal analizó si era persona humana un feto de 20 a 21 semanas de edad. Al no encontrar fundamento legal alguno para resolver dicha cuestión, por medio de evidencia científica resolvió, que se tiene vida humana hasta que el feto es viable, lo que se da a partir del sexto mes del embarazo. Por lo que concluyó la Corte Criminal de Lyon que en el presente caso no era viable, toda vez que no era persona humana,

pues no tenía los seis meses cumplidos, sino únicamente 21 semanas, por lo que desechó la pretensión del actor, respecto del homicidio, aunque sí admitió los daños intencionales.

El 10 de junio la parte actora, impugnó la decisión de la Corte Criminal de Lyon del 31 de agosto de 1995, ante la Corte de Apelaciones de Lyon. Esta Corte de Apelaciones revocó la sentencia impugnada y encontró culpable al médico por homicidio intencional, por lo que le impuso una pena de seis meses de prisión y una multa.

El 30 de junio de 1999, la Corte de Casación desechó la sentencia de la Corte de Apelación de Lyon, debido a que las sanciones deben ser interpretadas de manera estricta, y como no existe sanción por muerte provocada a un feto no viable, no era posible aplicar la sanción por homicidio, pero sí admitió la sanción por daños.

El 20 de diciembre de 1999 los actores acudieron a la Corte Europea de Derechos Humanos para impugnar la sentencia de la Corte de Casación citada, por lo que el caso se admitió con la denominación *Vo versus Francia*, por violación al derecho a la vida, previsto en el artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La Corte Europea de Derechos Humanos resolvió la confirmación de la sentencia de la Corte de Casación de Francia, y resaltó las siguientes consideraciones:

1. Que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida en términos legales ni científicos. Existen países en los que el feto no goza del mismo estatus moral que los seres humanos y, por lo tanto, de la misma protección;
2. Que la diversidad de posturas, respecto de cuando inicia la vida, no contradice al artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, por lo que se ha permitido a los Estados que regulen dicho tema sobre la base de su diversidad de culturas legales;
3. Que no existe consenso sobre el inicio de la vida ni sobre la protección del feto; que la legislación francesa tiene una laguna legal respecto de la calificación jurídica del feto y de su protección, pero eso no quiere decir que el feto carezca de cualquier tipo de protección, pues, por el contrario, la vida del feto intrínsecamente está relacionada con la madre, entonces su protección la adquiere a través de ella.

2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

A. Caso Nicaragua: derogación del aborto terapéutico, 2006

La Comisión Interamericana de Derecho Humanos respondió el 10 de noviembre del 2006, a una consulta realizada por el Ministro de Relaciones Exteriores de Nica-

ragua respecto de que en su país se había derogado el 26 de octubre del 2006, el artículo 165 del Código Penal, que contenía la figura jurídica del aborto terapéutico.

Por lo que esta Comisión Interamericana de Derechos Humanos de conformidad con el artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁴³ instó al gobierno de Nicaragua a considerar los principios de derechos humanos que a continuación se exponen, en su decisión de ratificar la derogación de dicho artículo 165 del Código Penal citado.

Los organismos internacionales han emitido las siguientes relatorías:

1. Relatoría sobre Derechos de las Mujeres de la CIDH señaló que el aborto terapéutico es reconocido internacionalmente como un servicio especializado y necesario para las mujeres que tiene por finalidad salvar la vida de la madre cuando se encuentre en peligro como consecuencia del embarazo, como lo sostiene la Relatoría sobre Derechos de la Mujer de la CIDH. La negación de este servicio atenta contra la vida, integridad física y de salud de las mujeres. Asimismo, es un obstáculo al trabajo de los profesionales de salud, cuya labor es proteger la vida y el tratamiento adecuado de los pacientes.
2. El Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas señaló en su decisión *Karen Noelia Llantoy versus Perú* que un Estado causa sufrimiento físico, moral y psicológico cuando deniega a una mujer el beneficio del aborto terapéutico.
3. Existen pronunciamientos en el mismo sentido por los organismos siguientes:
 - a. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer;
 - b. El Comité de los Derechos del Niño;

⁴³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 41, que dice lo siguiente:

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) [...]
- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y [...]

- c. El Comité contra la Tortura;
- d. El Relator Especial de la Naciones Unidas sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del Más Alto Nivel de Salud Física y Mental;
- e. La Organización Mundial de la Salud.

En el sentido siguiente: sobre el impacto negativo en las mujeres de las leyes que prohíben todo tipo de aborto, que resultan altos índices de mortalidad materna y, por consiguiente, un problema de salud pública.

III. Conclusiones

Se protege o no al concebido

1. Existen tres posturas para proteger o no al feto: otorgarle protección desde el momento de la concepción; negarle cualquier protección hasta el momento en que es viable; o determinar dos grados diferentes de protección: una estricta, a partir de que es viable y, otra tenue, mientras su vida depende de la madre.

En efecto, la comunidad científica internacional ha considerado —aunque existen diferencias al respecto— oportuno colocar la viabilidad del feto entre las 24 y 28 semanas del embarazo, antes de la semana 24 es excepcional que sobreviva: el bebé más prematuro del mundo que ha sobrevivido se llama Amilia, nació el pasado 24 de octubre del 2006, en el Hospital Infantil Baptista de Miami, Florida, a las 21 semanas.

Esta línea biológica ha sido considerada en diversos países al momento de elaborar leyes o dictar sentencias respecto del aborto. Existen las posiciones siguientes:

2. Tal es el caso del precedente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos: *Roe v. Wade* (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, *Roe v. Wade* (1973), 22 de enero de 1973, Suprema Corte de los Estados Unidos), cuya columna vertebral es el concepto de viabilidad. Y donde la Corte se basó en dicho concepto para legalizar el aborto en ciertas etapas del embarazo. Este criterio fue ratificado en el caso *Casey v. Planned Parenthood* (*Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), 29 de junio de 1992 Suprema Corte de los Estados Unidos), donde la Corte estadounidense estableció que la libertad de la mujer no podía ser limitada si no a partir de un límite fijo y claro. Dicho límite fue, precisamente, la viabilidad del feto.

3. Por el contrario, la Corte Europea de Derechos Humanos no ha querido resolver la cuestión de la viabilidad del feto, debido a la enorme diversidad de posturas entre los países de la Comunidad Europea. La legislación es tan disímil entre un país y otro, que la Corte siempre ha optado por delegar el tema a cada Estado: *Vo v. France*, 8 de julio de 2004, Corte Europea de Derechos Humanos.
4. Sin entrar al tema, el Tribunal Constitucional de Colombia señaló que fijar de manera precisa cuándo inicia la vida humana es una tarea compleja y controvertida aun en el plano estrictamente científico. Y, por ello, no consideró oportuno debatir este aspecto en su resolución: Sentencia de Constitucionalidad Condicionada C-355-06 del 10 de mayo de 2006 Corte Constitucional de Colombia.
5. El Consejo Constitucional de Francia y el Tribunal Constitucional de Alemania han recurrido a una ficción jurídica para establecer la protección de la vida desde la concepción, señalando una serie de excepciones para resguardar los derechos de la mujer: Decisión núm. 74-54 del 15 de enero de 1975, Ley sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo del Consejo Constitucional de Francia; y Sentencias de Control Abstracto de Constitucionalidad BverfGE 39,1 del 25 de febrero de 1975 y BverfGE 88,203, 28 de mayo de 1993 del Tribunal Constitucional de Alemania.

Se penaliza o no el aborto.

Las posturas sobre la penalización o no del aborto fueron las siguientes:

1. La calificación del feto como ser humano, otorgándole personalidad jurídica, y, por ello, una rígida protección estatal fundada en el derecho a la vida. Tal es la posición del Tribunal Constitucional alemán, el cual resolvió que el ordenamiento jurídico alemán debía otorgarle al no nacido un derecho a la vida independiente del correspondiente a su madre: Sentencias de Control Abstracto de Constitucionalidad BverfGE 39,1 del 25 de febrero de 1975 y BverfGE 88,203, 28 de mayo de 1993 del Tribunal Constitucional de Alemania.
2. La postura contraria: aquella que le niega al feto la condición de ser humano. En estos casos es frecuente encontrar que la protección al feto resulta, más bien, de la obligación del Estado de proteger la vida en gestación. Lo cual no significa que sea titular de algún derecho fundamental, ni que goce de personalidad jurídica. Por tanto, en estos casos la protección es de menor grado o intensidad. En esta línea, tenemos que la Suprema Corte de los Estados Unidos determinó que el ordenamiento jurídico estadounidense no le había

otorgado nunca al feto la calidad de persona: 410 U.S. 113, *Roe v. Wade* (1973), 22 de enero de 1973, Suprema Corte de los Estados Unidos.

La autorización a menores de edad para abortar

Este aspecto surge por la diferencia que existe entre la edad legal que define la mayoría de edad y la edad biológica en que la mujer puede ya embarazarse. De tal manera que diversos tribunales constitucionales e internacionales se han encontrado con situaciones donde mujeres menores de edad embarazadas consideran la posibilidad de abortar. En este contexto, la pregunta a resolver es la siguiente: ¿qué fuerza jurídica imprimirle al consentimiento de la menor de edad? Es decir, si el consentimiento de la menor de edad es suficiente para que aborte o, además, se le debe exigir la autorización de los padres o tutores.

De las sentencias analizadas, ninguna le negó totalmente fuerza jurídica al consentimiento de la menor.

1. La Corte Constitucional de Colombia consideró inconstitucional la legislación que despojaba de relevancia jurídica el consentimiento de la menor con el argumento del libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y la dignidad de las menores: Sentencia C-355/06.
2. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos declaró la constitucionalidad de la ley que exigía el consentimiento informado de uno de los padres en caso de que la menor embarazada quisiese abortar. Esta Corte justificó tal decisión debido a que la misma legislación permitía la posibilidad de evadir la autorización de los padres, al establecer la alternativa judicial: *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*, 1992.

Derechos del padre

Es reiterada la petición de los padres, como lo demuestran los debates sobre el aborto, para intervenir en el destino del feto o del niño no nacido. Varias sentencias son resultado, precisamente, de la búsqueda de protección constitucional de los derechos del padre potencial. Aquí lo que se plantea es lo siguiente: ¿es suficiente el consentimiento de la mujer embarazada para proceder al aborto o es obligado considerar también la opinión del padre?

1. De los debates se desprende, el argumento en favor de los derechos del padre potencial, que se centra en la igualdad entre padre y madre. Es decir, se arguye que si el padre intervino necesariamente en la concepción del feto, entonces, también debe gozar de la posibilidad de influir en la decisión para interrumpir el embarazo. En este punto, el Tribunal Constitucional de España

consideró que el padre potencial carecía de derechos debido a la peculiar relación que existe entre la mujer embarazada y el *nasciturus*. Esta relación afecta directa y primordialmente a aquélla y, por tanto, el padre no tiene derecho a intervenir: Sentencia de Recurso Previo de Constitucionalidad 53/1985.

2. En términos similares, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos apuntó que el derecho a elegir de una mujer no se pierde al momento de casarse y, por ello, declaró inconstitucional la ley que obligaba a la mujer embarazada avisarle a su esposo su deseo de abortar: *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey* (1992).
3. En el caso del *Queen's Bench Division at Liverpool* (Reino Unido) su decisión fue un tanto más legalista. Es decir, al no contemplarse el consentimiento del padre dentro de los requisitos que exigía para abortar *The Abortion Act of 1967*, entonces, el tribunal señaló que carecía de fundamento la pretensión de otorgarle derechos al padre potencial: *Paton v. British Pregnancy Advisory Service* (1978).
4. Al analizar este mismo caso, la Comisión Europea de Derechos Humanos agregó lo siguiente: los derechos del padre potencial no pueden ser interpretados de ninguna manera que limiten o afecten los derechos de la mujer embarazada. Esto debido a que ésta es la persona directamente afectada con el estado y desarrollo del embarazo: *Paton v. United Kingdom* (1980).

Derecho internacional y derecho comparado

Se utilizó por los tribunales nacionales, Superiores de Justicia, Cortes Supremas, Tribunales Constitucionales o Salas Constitucionales el derecho comparado de manera especial para conocer los alcances y límites de derechos humanos como el derecho a la vida, derechos de las mujeres entre otros. Asimismo, se reutilizaron los argumentos aplicados por otros tribunales. El aprovechamiento de tales herramientas, arguyeron varios tribunales, se justifica por la complejidad misma del tema, que para tener un panorama mucho más amplio de sus matices, exige conocer las decisiones y argumentaciones de otros tribunales con el propósito de enriquecer la discusión. En este contexto, destacan el Tribunal Constitucional de Colombia, la Corte de Casación de Francia; así como la Comisión de Derechos Humanos de Europa, entre otros: Sentencia C-355/06 (Colombia); Demanda 96-80223 (Francia), y *Paton v. United Kingdom*, 1980 (Comisión de Derechos Humanos de Europa).