

INTERVENCIÓN DE TERCEROS

PREPARADA POR

EL CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS

Y

LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS

PRESENTADA ANTE

**LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

**(REFERENCIA: COAYUDANCIA A LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007 Y SU
ACUMULADA 147/2007)**

**CIUDAD DE MÉXICO, D.F.
MÉXICO**

NOVIEMBRE DE 2007

Lilian Sepúlveda
Asesora Legal para América Latina y el Caribe
Centro de Derechos Reproductivos
120 Wall Street
Nueva York, NY 10005
Estados Unidos de América
Tel +1 917 637 3650
Lsepulveda@reprorights.org
www.reproductiverights.org

Christian Curtis
Oficial Legal para Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Comisión Internacional de Juristas
P.O. Box 91
Rue des Bains 33
1211 Ginebra 8
Suiza
Tel +41 22 979 3823
courtis@icj.org
www.icj.org

Índice

I.	Introducción.....	1
II.	Breves consideraciones constitucionales.....	3
III.	La interrupción voluntaria del embarazo en el derecho internacional de los derechos humanos.....	7
	1. Sistema Universal de Derechos Humanos.....	10
	1.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Comité de Derechos Humanos.....	11
	1.2. La Convención sobre los Derechos del Niño y el Comité de los Derechos del Niño.....	13
	1.3. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.....	16
	1.4. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	19
	2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	21
	3. Sistema Europeo de Derechos Humanos.....	28
	4. Conclusión.....	30
IV.	El aborto en el derecho y en la jurisprudencia comparada.....	30
	1. Tendencias recientes en la reforma legal del aborto en el derecho comparado.....	31
	2. Jurisprudencia de tribunales extranjeros.....	32
	2.1. La ponderación de intereses.....	33
	2.1.1. Italia.....	34
	2.1.2. Alemania.....	34
	2.1.3. España.....	36
	2.1.4. Portugal.....	38
	2.1.5. Colombia.....	39
	2.2. El <i>estado de necesidad</i>	41
	2.2.1. Italia: la insuficiencia del <i>estado de necesidad</i>	41
	2.2.2. Gran Bretaña y Australia: la amplia interpretación del <i>estado de necesidad</i>	42
	2.2.3. Colombia: el <i>estado de necesidad</i> es insuficiente para proteger los derechos de las mujeres.....	44
	2.3. El derecho de la mujer al aborto.....	45
	2.3.1. Francia: la libertad de decidir.....	45
	2.3.2. Estados Unidos: el libre desarrollo de la personalidad.....	46
	3. Conclusión.....	48
V.	Conclusiones.....	49

I. Introducción

01. El Centro de Derechos Reproductivos y la Comisión Internacional de Juristas tienen el honor de someter a la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación el presente informe en derecho *Amicus Curiae* en el marco del trámite de la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su Acumulada 147/2007, con el propósito de presentar algunas consideraciones de derecho internacional de los derechos humanos y derecho comparado en torno a las normas que establecen hipótesis legales de aborto, que estimamos pertinentes para la resolución del caso bajo examen.

02. El Centro de Derechos Reproductivos es una ONG dedicada a promover la igualdad de las mujeres en todo el mundo, garantizando sus derechos reproductivos como derechos humanos. El Centro de Derechos Reproductivos fue fundado en 1992 y su sede central está ubicada en Nueva York (Estados Unidos de América). El trabajo del Centro se enfoca en el desarrollo de estrategias jurídicas y de derechos humanos. El Centro trabaja activamente en África, Asia, Europa, América Latina y el Caribe, y Estados Unidos.

03. El Centro de Derechos Reproductivos tiene como objetivo la promoción y defensa de los derechos reproductivos, y considera que estos derechos constituyen la base de la autodeterminación de las mujeres sobre sus cuerpos y su vida sexual y reproductiva, y son decisivos para que éstas alcancen su máximo potencial como personas. El Centro trabaja activamente en la exigencia de leyes y políticas que hagan progresar y protejan estos derechos, que aseguren a las mujeres la libertad de decidir si quieren tener hijos y en qué forma, respeten la capacidad de las mujeres de ejercer sus opciones reproductivas sin coacción, y garanticen el acceso de todas las mujeres a los servicios básicos de salud, incluyendo la anticoncepción, el aborto seguro y legal, la educación y los cuidados durante el embarazo. De acuerdo con la filosofía del Centro de Derechos Reproductivos, la plena vigencia y disfrute de los derechos reproductivos es imprescindible para asegurar la justicia para todos los miembros de la sociedad –mujeres, niños y sus familias. Para desarrollar su tarea, el Centro promueve la aplicación doméstica e internacional de instrumentos internacionales de derechos humanos, y la consideración de precedentes de derecho comparado en la materia. De ahí, la Honorable Suprema Corte puede comprender el interés particular que el Centro de Derechos Reproductivos tiene en el caso bajo examen.

04. La Comisión Internacional de Juristas es una organización no gubernamental dedicada a promover la comprensión y observancia del Imperio del Derecho y la protección de los derechos humanos en todo el mundo. La organización fue creada en 1952 y su sede central está ubicada en Ginebra (Suiza). La Comisión Internacional de Juristas está integrada por 45 eminentes juristas, representativos de diferentes sistemas jurídicos en el mundo, y cuenta asimismo con 90 secciones nacionales y organizaciones jurídicas afiliadas. La Comisión Internacional de Juristas goza de estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, la UNESCO, el Consejo de Europa y la Organización de la Unidad Africana. Asimismo, la organización mantiene relaciones de cooperación con órganos de la Organización de los Estados Americanos.

05. La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) trabaja para la plena vigencia del Imperio del Derecho así como la plena vigencia de los Derechos Humanos. En particular, la CIJ presta especial atención a los derechos económicos, sociales y culturales en general y, entre ellos, al derecho a la salud. La CIJ es una organización pionera en la reivindicación de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos, y en la exigencia de mecanismos de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, la CIJ ha participado en la elaboración de tres instrumentos fundamentales al respecto, los Principios de Limburgo relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Declaración y el Plan de Acción Mundial de Bangalore. La CIJ ha inaugurado también el sistema de peticiones colectivas establecido por el Protocolo Adicional de la Carta Social Europea, con la presentación del caso *International Commission of Jurists v. Portugal*. Actualmente, la CIJ forma parte de la mesa directiva de la Coalición de Organizaciones No Gubernamentales en favor de un Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La CIJ cuenta con un programa específico de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dedicado a la promoción de la justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ante tribunales nacionales y regionales y órganos de protección de derechos humanos del Sistema Universal de los Derechos Humanos, y a contribuir en la fijación de estándares internacionales, en la implementación local de esos estándares, en el desarrollo de doctrina y en la capacitación de actores públicos y organizaciones de la sociedad civil en la materia. De ahí, la Honorable Suprema Corte puede comprender el interés particular que la CIJ tiene en el caso bajo examen.

06. El tema llevado a consideración a la honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación, acerca de la inconstitucionalidad de las reformas en materia de aborto, contra los artículos: 144, 145, 146 y 147 del Código Penal del Distrito Federal (C.P.D.F.); la adición del tercer párrafo al artículo 16 Bis 6 y la adición del 16 Bis 8 de la Ley de Salud del Distrito Federal (L.S.D.F.), y la invalidez extensiva de los artículos 148 del C.P.D.F. y del artículo 16 Bis 7 de la L.S.D.F., plantea a este Tribunal una pregunta fundamental acerca del alcance y el valor de los derechos fundamentales a la vida, la salud y la dignidad de las mujeres en relación al aborto.

07. Las cortes y órganos internacionales de derechos humanos han abordado esta trascendental pregunta. La jurisprudencia y doctrina de las cortes y órganos internacionales de derechos humanos constituyen una fuente de gran importancia para la interpretación de las obligaciones estatales que dimanen de los tratados internacionales de derechos humanos, las cuales en virtud del principio *pacta sunt servanda* deben ser cumplidas de buena fe. El principio *pacta sunt servanda* tiene como corolario que las autoridades de un país no pueden invocar obstáculos de derecho interno para sustraerse a sus compromisos internacionales. La existencia de normas constitucionales, legislativas o reglamentarias no puede ser invocada para no ejecutar obligaciones internacionales o para modificar su cumplimiento¹. La jurisprudencia internacional

¹ Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva del 4 de febrero de 1932, "*Traitement des nationaux polonais et autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*", *Recueil des arrêts et ordonnances*, Série A/B, N° 44; Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva del 31 de julio de 1930, "*Question des communautés greco-bulgares*", *Recueil des arrêts et ordonnances*, Série A, N° 17; Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva de 26 de abril de 1988, "*Obligation d'arbitrage*"; Sentencia del 28 de noviembre de 1958, "*Application de la Convention de 1909 pour régler la tutelle des mineurs (Pays Bas/Suède)*"; Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 6 de abril de 1955, *Nottebohm* (2e. Phase)

igualmente ha reiterado que de acuerdo a este principio las decisiones de tribunales nacionales no pueden ser esgrimidas como óbice para el cumplimiento de obligaciones internacionales². No huelga recordar que el Estado mexicano, además de ser Estado parte de varios tratados de derechos humanos de crucial importancia en este asunto³, ratificó el 25 de septiembre de 1974 la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyos artículos 26 y 27 cristalizan el principio *pacta sunt servanda* y su corolario.

08. En el transcurso de las últimas décadas, tribunales nacionales y poderes legislativos de muchos países del mundo también han abordado esta trascendental pregunta. Aunque las decisiones judiciales sobre el aborto han sido emitidas por tribunales constitucionales de países con distintas tradiciones jurídicas y en contextos culturales y sociales diversos, el análisis comparativo evidencia una convergencia jurisprudencial hacia la permisividad de la interrupción del embarazo, inspirada en la necesidad de buscar un equilibrio entre la protección de los derechos de las mujeres y el interés del Estado en la vida potencial. Estas experiencias y prácticas nacionales, en lo que se refiere a los derechos de las mujeres en el contexto del aborto, así como el derecho comparado, proveen un modelo útil para enriquecer el análisis que debe afrontar la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación.

09. El presente memorial aborda los siguientes temas: algunas consideraciones constitucionales sobre las demandas de inconstitucionalidad del caso en examen por la Suprema Corte (punto II); el marco del derecho internacional en relación con la cuestión del aborto (punto III); y consideraciones legislativas y jurisprudenciales de derecho comparado (punto IV). Al final del escrito se presentan las conclusiones (punto V).

10. Solicitamos respetuosamente a la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación, que al analizar la constitucionalidad de las normas del Código Penal del Distrito Federal y de la Ley de Salud del Distrito Federal impugnadas, tome en consideración los argumentos jurídicos de derecho internacional y de derecho comparados contenidos en el presente escrito.

II. Breves consideraciones constitucionales

11. Aunque el objeto fundamental de este memorial es someter a consideración de la Honorable Suprema Corte el marco jurídico internacional en materia de interrupción voluntaria del embarazo así como elementos de derecho constitucional comparado, y dado que las autoridades que impugnan las normas examinadas citan esta fuente como argumento, efectuaremos primero algunas consideraciones sobre la pretendida base constitucional de la impugnación.

(Lichtenstein/Guatemala) y Laudo arbitral *S.A Bunch, Montijo* (Colombia v. Estados Unidos de América), 26 de julio de 1875.

² Corte Permanente de Justicia Internacional, Sentencia N° 7, de 25 de mayo 1923, *Haute Silésie polonaise*, en *Recueil des arrêts et ordonnances*, série A, N° 7; y Sentencia N° 13, *Usine de Chorzow (Allemagne / Pologne)*, de 13 de septiembre de 1928, en *Recueil des arrêts et ordonnances*, série A, N° 17.

³ El Estado mexicano es Estado parte, entre otros instrumentos internacionales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador”.

12. Cabe recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una medida de *ultima ratio*, constituye un hecho de gravedad institucional y por ende debe reservarse sólo a aquellos casos en los que la base para efectuar tal juicio sea suficientemente sólida como para que no quepa duda alguna. En caso de duda, y aún más, en caso de manifiesta debilidad de la base de impugnación, debe estarse por la constitucionalidad de la norma impugnada, ya que una norma dictada por las autoridades competentes en la esfera de su competencia goza, en principio, de una presunción de constitucionalidad. En la presente causa, la gravedad institucional atañe a un doble orden de consideraciones: primero, se requiere a la Honorable Suprema Corte que dé sentido a una serie de derechos fundamentales incluidos en el plexo normativo de la Constitución mexicana; y segundo, se requiere a la Honorable Suprema Corte que invalide un acto legislativo de una entidad componente de la Federación, hecho que implica una revisión por parte de autoridades federales de los actos ejercidos por aquellas entidades en ejercicio legítimo de sus competencias, que pone en riesgo el delicado equilibrio del federalismo diseñado por la Constitución.

13. Como argumento general, los impugnantes no ofrecen base sólida alguna sobre la cual fundar su reclamo de invalidación constitucional de la norma en cuestión. No es ocioso subrayar el peligro de las declaraciones de inconstitucionalidad sobre la base de inferencias de derechos o intenciones implícitas, que no tienen reflejo alguno en el texto constitucional. Estas inferencias suponen derivar del silencio del constituyente, cuyo primer sentido es el de dejar librado a los poderes políticos competentes, en ejercicio de su poder soberano, las decisiones sobre temas sobre los cuales aquél no se ha expedido, lo que en realidad no es más que la opinión del impugnante acerca de cómo hubiera deseado que fuera el texto constitucional. Los jueces *no* deben sustituir al constituyente, reemplazando su silencio por una interpretación que no surge en modo alguno del texto al que se pretende dar sentido.

14. En primer término, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se refiere explícitamente al derecho a la vida. Cabe, claro está, inferir con alguna certidumbre que la vida está implícitamente protegida como presupuesto de otros derechos fundamentales que sí aparecen protegidos. Verbigracia, si el constituyente ha establecido explícitamente distintas libertades –tales como la libertad personal, la libertad de expresión o la libertad de asociación– como derechos fundamentales constitucionalmente consagrados, inferir de ello el reconocimiento implícito de un derecho a la vida, que es el presupuesto biológico de la titularidad y del ejercicio de esos otros derechos, no parece desmedido ni exagerado. Específicamente, la consagración de un derecho a la protección de la salud supone, como resultado de un razonamiento *a minori ad majus*, la obvia conclusión de que si las personas tienen derecho a la protección de su salud, obviamente tienen derecho también a la protección contra la pérdida total de la salud, es decir, la muerte. Cabe subrayar, de paso, que estos son fundamentos mucho más sólidos para inferir el derecho a la vida de otros derechos, que fundarse únicamente sobre ausencia de previsión constitucional de la pena de muerte –la previa existencia de hipótesis de permisibilidad de la pena de muerte no era fundamento para negar en general la consagración implícita del derecho a la vida, sino simplemente la verificación de una excepción a ese derecho, del mismo modo que la permisibilidad de las penas privativas de libertad o de las penas pecuniarias no son fundamento para negar la existencia de un derecho a la libertad ambulatoria o a la propiedad, sino señalamientos de límites autorizados a estos derechos.

15. Pero de reconocer la existencia implícita de un derecho a la vida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se infiere –en absoluto– ninguna definición del constituyente al respecto del momento desde el cual se considera debe ser protegida la vida, ni de cuál sea el grado o tipo de protección que deba otorgársele, ni la prohibición de excepciones o modulaciones a esa posible protección. El constituyente mexicano *no* se ha expedido sobre estos asuntos y, por ende, de ningún modo ha establecido como obligatoria la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo ni su persecución penal. Ante el silencio del constituyente, la primera regla hermenéutica sensata es presumir que ha querido dejar librada a los poderes constituídos competentes la definición de estas cuestiones. Afirmar lo contrario sería, lisa y llanamente, sustituir al constituyente y reescribir la Constitución, tarea que *no* le compete a los jueces, sino en todo caso al órgano constituyente.

16. Ninguna de las supuestas justificaciones alegadas por los impugnantes para pretender inferir la prohibición absoluta de interrupciones voluntarias del embarazo ni su persecución penal obligatoria tiene mayor asidero. Por empezar, se trata en su mayoría de referencias laterales, sacadas completamente de contexto: se pretende, por ejemplo, inferir la prohibición de la interrupción del embarazo de normas contenidas en el artículo 123 constitucional, que establecen primordialmente obligaciones para el Congreso de la Unión de incluir en la legislación laboral y previsional protecciones para la trabajadora embarazada. Derivar de semejante norma –situada entre los poderes del Congreso, y restringida a la materia laboral y previsional, sin relación alguna con cuestiones penales– una supuesta obligación de la mujer embarazada de llevar a cabo su embarazo, y –peor aún– una obligación del legislador de prohibir absolutamente la interrupción voluntaria del embarazo no tiene ningún fundamento: si el constituyente hubiera querido decir esto, lo hubiera hecho explícitamente en la enumeración de derechos fundamentales o garantías individuales de la Constitución, y no de esta manera oblicua y rebuscada. Igual suerte corren las menciones laterales a discusiones parlamentarias que, además de completamente circunstanciales, no han quedado reflejadas en el texto constitucional y no cuentan con valor normativo alguno.

17. En segundo lugar, la pretendida inferencia comete una falacia normativa inaceptable: pretende derivar de normas que consagran *derechos* para las personas (el derecho a formar una familia y a su protección, el derecho a decidir la cantidad y el espaciamiento de los hijos, el derecho de la embarazada a su protección) una *obligación* de gestación y de maternidad a toda costa. La noción de derecho implica, sin embargo, la libertad de decidir formar (o no) una familia, y de tener (o no) hijos –de modo que la conversión de un derecho en obligación no hace más que pervertir la naturaleza misma de su consagración constitucional. Si la inferencia de derechos constitucionales implícitos debe ser cautelosa, muchísimo más cautela debe tenerse frente a la pretensión de inferir obligaciones constitucionales implícitas. Nótese que el alcance de esta supuesta obligación constitucional, de acuerdo con los impugnantes, sería doble: por un lado, la obligación de la mujer embarazada de llevar a cabo la gestación, y segundo, la obligación de las autoridades de prohibir y castigar la interrupción voluntaria del embarazo. Ninguna de las dos supuestas “obligaciones” tiene el menor fundamento en el texto de la Constitución federal mexicana.

18. En tercer lugar, aún cuando por vía de hipótesis –que de ningún modo puede compartirse- se infiriera de alguna disposición constitucional una obligación para el Estado de proteger la vida desde el momento de la concepción, tampoco existe ningún indicio en el texto constitucional de que esta obligación sea absoluta, y no merezca excepciones. Aún de aceptarse la hipótesis mencionada, resulta claro que el texto constitucional reconoce otros derechos que pueden entrar en conflicto con la protección de la vida desde la concepción –como la protección de la salud de la madre, y la autonomía para decidir la cantidad y espaciado de los hijos, que sí están establecidos explícitamente– de modo que cabrá, en el caso, una ponderación de intereses. Dicha ponderación no fue realizada expresamente por el constituyente –por la sencilla razón de que el constituyente mexicano no previó como obligatoria la protección de la vida desde la concepción en el texto constitucional– y esto significa, de elegir los poderes constituidos competentes consagrar la protección de la vida desde la concepción, que esa protección debe, en todo caso, tomar en consideración los demás derechos fundamentales explícitamente reconocidos que están en juego. De hecho, no tomarlos en cuenta –y prever, por ejemplo, la prohibición absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo, sin excepciones– significaría un seguro motivo de invalidez constitucional de tal legislación⁴.

19. En cuarto lugar, los supuestos argumentos de raigambre constitucional que se esgrimen incurren inevitablemente en la falacia de la petición de principio: dan por supuesto lo que pretenden probar. De una cláusula que establece el derecho a la satisfacción de las necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento de los niños y niñas (art. 4 Constitucional, párrafo sexto) no se desprende ninguna definición acerca del momento a partir del cual debe considerarse la condición de niño o niña: el silencio del constituyente al respecto significa dejar librada esta decisión a las autoridades competentes. Igual suerte corre la pretensión de aplicar la prohibición de discriminación (art. 1 Constitucional) a la distinción entre los “productos de la gestación” de más y menos de doce semanas: para ello hay que presuponer que los “productos de la gestación” son titulares de derechos constitucionales, que es justamente el punto en debate.

20. Por último, fundar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas en la supuesta falta de consideración de la voluntad del varón en la decisión de interrupción del embarazo por violar el principio de igualdad entre hombre y mujeres y por afectar la participación del varón en el derecho a la procreación parece ignorar la obvia diferencia de hecho en las posiciones del hombre y la mujer frente al embarazo. Mientras el embarazo no afecta físicamente al hombre, es evidente que altera la autonomía personal, la integridad física y la salud de la mujer embarazada –de modo que la diferencia de tratamiento en circunstancias claramente diferentes está justificada. De hecho, el propio constituyente mexicano se ha hecho cargo de esa diferencia, estableciendo protecciones explícitas a favor de la mujer embarazada y no a favor del padre responsable del embarazo.

21. Antes de pasar al análisis de precedentes internacionales y comparados, cabe efectuar una aclaración de índole terminológica. El legislador del Distrito Federal ha optado por denominar “aborto” –y a tipificarlo penalmente– a la “interrupción del embarazo después de la décima segunda-semana de gestación” (cfr. Artículo 144, Código Penal para el Distrito Federal) –de modo

⁴ Ver, al respecto, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-355 de 2006, de 10 de mayo de 2006, y Corte Constitucional italiana, sentencia de 18 de febrero, 1975, comentadas *infra*.

que, por oposición, *no* denomina aborto a la interrupción del embarazo antes de la décimosegunda semana de gestación. Se trata de una opción legítima, dado el carácter convencional del lenguaje y la libertad de configuración del legislador dentro de sus competencias. Sin embargo, para ser consistentes con el lenguaje utilizado tanto por órganos y tribunales internacionales de derechos humanos, como por tribunales nacionales de diversos países a los que haremos referencia, emplearemos –para referirnos a la interrupción voluntaria del embarazo antes de la décimosegunda semana de gestación– los términos aborto lícito o aborto legal, de manera indistinta con el de “hipótesis lícitas de interrupción del embarazo” u otras similares.

III. La interrupción voluntaria del embarazo en el derecho internacional de los derechos humanos

22. Los tratados de derechos humanos han significado una importante renovación en el panorama tradicional de los tratados internacionales. Los tratados internacionales de derechos humanos reconocen derechos a los individuos e imponen “obligaciones correlativas a los Estados”⁵. Esta relación no está sometida al principio de reciprocidad, propio del derecho internacional, como lo estableció la Corte Internacional de Justicia.⁶ Ello, a consideración de la Comisión Europea de Derechos Humanos, se debe al carácter fundamentalmente objetivo de los derechos humanos: “... las obligaciones suscritas por los Estados partes en la Convención tienen un carácter esencialmente objetivo, del hecho que apuntan a proteger los derechos fundamentales de los particulares contra las transgresiones de los Estados partes, más que a crear derechos subjetivos entre estos últimos”.⁷

23. Los tratados de derechos humanos han significado una importante renovación en el panorama tradicional de los tratados internacionales. Esta novedad se expresa –al menos– en las siguientes cuestiones:

a) los individuos pasan a ser sujetos de derecho internacional, condición hasta entonces reservada a los Estados y las organizaciones intergubernamentales. Ello significa que el individuo es un “sujeto de derecho, dotado de la capacidad de tener derechos y de prevalecerse de ellos ante el poder”⁸.

b) Los tratados de derechos humanos establecen obligaciones internacionales y estándares sustantivos y de comportamiento (acción/omisión) a los que el contenido del derecho interno y la actividad del Estado –entendiendo por ello toda la actividad de todos los componentes del aparato estatal, emanada tanto de los órganos políticos como del judicial – debe ajustarse.

⁵ Ver PIERRE-MARIE DUPUY, *Droit international public*, Ed. Dalloz, París, 1992, párrafo 193.

⁶ Ver Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva de 21 de junio de 1971, “Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de África del Sur en Namibia (Sur-Oeste Africano) a pesar de la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad”, en *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, pág. 55, párrafo 122.

⁷ Comisión Europea de Derechos Humanos, comunicación N 788/60, *Anuario de la Comisión Europea de Derechos Humanos*, volumen 4, p.139 y ss. (original en francés, la traducción es nuestra).

⁸ D. LOSCHACK, “Mutation des droits de l’homme et mutation du droit”, en *Revue interdisciplinaire de droit comparé*, Vol. 13, 1984, p.55 (original en francés, la traducción es nuestra).

c) Bajo el derecho internacional de los derechos humanos, el Estado se obliga a abstenerse de conculcar los derechos de los individuos; a asegurar, mediante las medidas necesarias, el goce y disfrute de estos derechos, y a garantizar los derechos, lo cual significa prevenir las violaciones, investigarlas, sancionar a sus autores y reparar los daños causados. En ese orden de ideas el Estado se coloca en una posición jurídica de garante de los derechos humanos, de la cual emergen obligaciones esenciales para la protección y garantía de estos.

d) La obligación de los Estados partes de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos por estos instrumentos internacionales conlleva la obligación de organizar su aparato estatal de tal suerte que los derechos y libertades protegidas internacionalmente estén garantizadas y su goce asegurado. Esta organización del aparato estatal, no puede ser incompatible con las obligaciones internacionales del Estado, ya sean estas expresas o inherentes. Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aseverado que: “a la luz de la obligación positiva que el artículo 1.1 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] contempla para los Estados de respetarlos y garantizarlos, implica [...] el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁹. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha recordado que tal obligación de adecuar su legislación y su estructura estatal, es un obligación contractual basada en el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y más particularmente en su artículo 2(2). Así, en su Observación General N° 2, el Comité de Derechos Humanos aseveró que: “El artículo 2 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] exige que los Estados Partes dicten las disposiciones legislativas o de otro carácter que sean necesarias[...]”¹⁰.

e) El Estado en el cumplimiento de su obligación de adoptar medidas en su derecho interno para garantizar el goce y la protección de los derechos humanos, no dispone de un margen absoluto de discreción. Por el contrario, las medidas, cualquiera fuese su índole deben estar ajustadas y conforme a los requerimientos de las obligaciones internacionales. Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que: “la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”¹¹.

⁹ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, para. 175; y *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11, para. 23.

¹⁰ Ver Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 2, Orientaciones para presentar informes, 13° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 139 (1981), para. 2.

¹¹ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6, párr.21; *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, para. 165; y *Caso Godínez Cruz*, Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, para. 174.

f) En el derecho internacional, el Estado no dispone de un margen de absoluta discrecionalidad y debe organizar su aparato estatal de tal modo de que este sea compatible con su obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades humanas internacionalmente amparadas. Tal obligación no se limita a la adopción, simple y formal, de medidas legislativas administrativas o judiciales sino también a actuar en la práctica de conformidad con tal obligación. Así lo ha recordado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹².

g) La obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos y libertades protegidas internacionalmente y de organizar su aparato estatal para ese fin, implica también la de abstenerse de adoptar medidas legislativas, administrativas o judiciales contrarias a tal obligación. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que: “Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos]. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos”¹³.

h) Como regla general, los tratados establecen mecanismos de control y supervisión del cumplimiento de sus disposiciones sustantivas en sede internacional. Cuando se trata de mecanismos de tipo jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional –como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– que habilitan un sistema de peticiones individuales, el requisito previo a acudir a la vía internacional es el agotamiento de los recursos judiciales internos.

24. En términos prácticos, estas novedades se traducen en un doble orden de efectos. Por un lado, en el deber de las autoridades nacionales, incluyendo las judiciales, de aplicar en la esfera nacional los tratados de derechos humanos, para evitar la consecuencia de que el Estado sea declarado responsable de incumplimiento en sede internacional. Por otro lado, correlativamente, al examinarse el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado en sede internacional –sea a través de sistemas de informes, sea a través de sistemas jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales– el órgano correspondiente evaluará la conducta adoptada por los órganos del Estado –tanto de los poderes políticos como del judicial.

¹² Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, para. 167 y *Caso Godínez Cruz*, Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, para. 176.

¹³ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-13/93, del 16 de julio de 1993*, “*Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”, en Serie A: Fallos y Opiniones, No. 13, para. 26.

25. Esta novedosa situación plantea a los órganos nacionales *la necesidad de conocer el alcance de la interpretación del contenido de los tratados internacionales de derechos humanos por parte de los órganos internacionales de aplicación de los tratados* –ya que ellos juzgarán finalmente el cumplimiento o incumplimiento del Estado de sus obligaciones internacionales, más allá de la existencia de otros mecanismos internacionales suplementarios. El argumento cobra mayor peso cuando el Estado se somete a la jurisdicción de tribunales u órganos internacionales, y aún más cuando –como es el caso de México- el Estado convierte al tratado en parte de su propio derecho interno, permitiendo a los individuos invocar los derechos en él contenidos ante los tribunales internos. La idea central que pretendemos comunicar es la siguiente: cuando los Estados adoptan un tratado internacional de derechos humanos, no sólo quedan obligados por su texto, sino también por las interpretaciones que de ese texto realizan los órganos de contralor establecidos por el propio tratado.

26. Entrando ya en la materia específica que nos ocupa, *ni los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ni los órganos del Sistema Universal de Derechos Humanos* –sistemas ambos de los que México es parte– *han declarado jamás que el Estado esté obligado a proteger sin excepción la vida desde el momento de la concepción, o que esté obligado a prohibir y a penalizar la interrupción voluntaria del embarazo*. Esto tampoco ha sucedido en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Por el contrario, en estos tres sistemas, los órganos competentes se han expedido en el sentido de que las hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo son permisibles, necesarias y –aún más- que en caso de existir previsiones legales sobre la licitud de la interrupción voluntaria del embarazo, el Estado tiene la obligación positiva de garantizar la intervención quirúrgica necesaria en condiciones adecuadas.

27. Ninguno de los distintos países que cuentan en su legislación con hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo similares a las de la norma impugnada ha merecido censura ni condena al respecto por parte de órganos internacionales de derechos humanos –ni de órganos regionales, ni de órganos del sistema universal. Ello constituye una señal clara al respecto del *status* normativo de la previsión de hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo en el derecho internacional de los derechos humanos.

28. En segundo lugar, el derecho internacional de los derechos humanos no sólo no prohíbe, sino que puede *requerir* la existencia de hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo, al menos en aquellos casos en los que corra peligro la salud y la vida de la gestante.

1. Sistema Universal de Derechos Humanos

29. México es parte de diversos instrumentos del Sistema Universal de Derechos Humanos. Analizaremos aquí los antecedentes y la jurisprudencia relevante para el caso referida a la actividad interpretativa de los órganos de supervisión de cuatro de estos instrumentos, de los cuales México es parte: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

1.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Comité de Derechos Humanos

30. De acuerdo con los impugnantes, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se desprendería la prohibición de la interrupción involuntaria del embarazo ya que su artículo 6.1 establece que “(e)l derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie será privado de la vida arbitrariamente”.

31. Como primera observación, el artículo no define el comienzo de la vida, de modo que deja la cuestión librada al margen de apreciación de los Estados parte. Esta fue la intención expresa de los redactores del proyecto, que rechazaron la propuesta de incluir en la norma la protección de la vida desde el momento de la concepción¹⁴. Cabe destacar que, como lo señaló Carlos A. Dunshee de Abranches, miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Relator sobre el Proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos, la regulación del artículo 6 del PIDCP dejando de lado toda referencia al momento en que surge la vida, se debió a la necesidad de evitar conflictos con numerosas legislaciones de Estados que permite el aborto¹⁵.

32. En segundo término, el Comité de Derechos Humanos, órgano de supervisión de ese Pacto, lejos de encontrar que las legislaciones nacionales que establecen hipótesis de interrupción voluntaria del embarazo son violatorias del artículo 6, ha considerado permisible e incluso necesaria esa legislación, y ha señalado que cuando dicha legislación exista, el Estado está obligado a adoptar medidas positivas para asegurar su acceso a una intervención médica que efectúe la interrupción del embarazo. Así, en el caso *Karen Noelia Llantoy Huamán v. Perú*¹⁶, el Comité estableció que la negativa de las autoridades médicas oficiales a efectuar un aborto autorizado legalmente constituyó una violación al derecho a no ser sometida a torturas o a tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7, PIDCP) y a no sufrir interferencias arbitrarias en su vida privada (art. 17, PIDCP). Por tratarse de una menor de edad, el Comité consideró además que la no realización del aborto implicó una violación por parte del Estado de su obligación de adoptar medidas de protección en su favor (art. 24, PIDCP).

33. Además, el Comité ha abordado la cuestión del aborto en numerosas ocasiones en el marco de su examen de los informes que los Estados partes deben presentar. Así, por ejemplo, en sus Observaciones finales relativas al informe estatal de Tanzania, el Comité subrayó que el aborto ilegal es una de las mayores causas de mortalidad materna, y recomendó una revisión de las leyes que establecen restricciones sobre el aborto¹⁷.

¹⁴ Ver, al respecto, el comentario más prestigioso y citado del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, MANFRED NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2nd revised edition, N.P. Engel Publisher, Kehle, 2005, pp. 153-55, paras. 57-58.

¹⁵ Ver Carlos A. Dunshee de Abranches, “Estudio comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas sobre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y los Proyectos de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos”, en *Anuario Interamericano de Derechos Humanos – 1968*, Publicaciones OEA, p. 192.

¹⁶ Ver Comité de Derechos Humanos, caso *Karen Noelia Llantoy Huamán v. Perú*, comunicación No. 1153/2003, dictamen de 24 de octubre de 2005.

¹⁷ Ver Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Tanzania*, CCPR/C/79/Add.97, 30/07/1998, para. 15.

34. En sus Observaciones finales sobre el informe estatal de Lesotho, el Comité expresó preocupación porque la ley vigente en Lesotho ilegaliza el aborto, salvo en los casos de mujeres dementes o cuando la concepción sea el resultado de violación o de incesto. El Comité recomienda al Estado parte revisar las leyes referidas al aborto “para tener en cuenta las situaciones en las que la vida de la mujer está en peligro”¹⁸.

35. En sus comentarios sobre el informe estatal de Polonia, el Comité mostró preocupación por la estricta legislación sobre aborto, que lleva a un alto número de abortos clandestinos, con correlativo riesgo para la vida y la salud de las mujeres¹⁹.

36. En su revisión del informe estatal de Perú, el Comité manifestó su preocupación porque el aborto siga siendo objeto de sanciones penales, aun en los casos en los que el embarazo es el resultado de una violación. El Comité señaló que el aborto sigue siendo la causa principal de mortalidad materna en ese país, y reiteró que las disposiciones comentadas son incompatibles con los artículos 3, 6 y 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (es decir, con los derechos a la igualdad entre hombres y mujeres, a la vida y a no ser sometido a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes) y recomendó que la legislación sea modificada en el sentido de establecer excepciones a la prohibición y al castigo del aborto²⁰.

37. En su reciente revisión del informe estatal de Zambia, el Comité manifestó preocupación porque la ley requiere, para realizar un aborto, el consentimiento de tres médicos. El Comité señala que este requisito puede constituir un obstáculo significativo para las mujeres que quieran acceder a un aborto legal y por tanto seguro. El Comité recomienda al Estado la modificación de la legislación sobre aborto, a efectos de ayudar a las mujeres a evitar embarazos indeseados y a evitar que tengan que recurrir a abortos ilegales que pongan su vida en riesgo²¹.

38. Se trata de ejemplos ilustrativos, ya que el Comité ha repetido su doctrina en muchos otros casos –especialmente en lo que hace a la relación entre criminalización del aborto y mortalidad materna, y su incompatibilidad con los derechos a la igualdad entre mujeres y hombres, a la vida y a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes²². Queda claro que el Comité no

¹⁸ Ver Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Lesotho*, 06/04/1999, CCPR/C/79/Add.106, para. 11.

¹⁹ Ver Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Polonia*, CCPR/C/79/Add.110, 28/07/1999, para. 29.

²⁰ Ver Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú*, CCPR/CO/70/PER, 01/11/2000, para. 20

²¹ Ver Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Zambia*, CCPR/C/ZMB/CO/3, 09/08/2007, para. 18.

²² Ver, por ejemplo, entre otros, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Bolivia*, CCPR/C/79/Add.74, 09/04/1997, para. 22; *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Senegal*, CCPR/C/79/Add.82, 01/11/1997, para. 12; *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Ecuador*, CCPR/C/79/Add.92, 27/07/1998, para. 11; *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Marruecos*, CCPR/C/79/Add.113, 29/10/1999, para. 13; *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Camerún*, CCPR/C/79/Add.116, 03/11/1999, para. 13; *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina*, CCPR/CO/70/ARG, 01/11/2000, para. 14; *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Venezuela*, CCPR/CO/71/VEN, 02/04/2001, para. 19; *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Kuwait*, CCPR/CO/69/KWT, 27/07/2000, para. 466; *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Irlanda*, CCPR/CO/69/IRL, 21/07/2000, paras. 444 y 445; *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Trinidad y Tobago*, CCPR/CO/70/TTO, 31/10/2000, para. 18; *Observaciones Finales del*

sólo no ha declarado que la criminalización del aborto debe ser obligatoria, como lo pretenden los impugnantes, sino que, en sentido absolutamente opuesto, ese órgano internacional ha afirmado que la propia criminalización del aborto puede ser violatoria de derechos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

1.2. La Convención sobre los Derechos del Niño y el Comité de los Derechos del Niño

39. Los impugnantes invocan también la supuesta violación a la Convención sobre los Derechos del Niño. El artículo 1 de esa Convención establece que “para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. A partir de esta definición, la Convención consagra, entre otros, el derecho a la vida de todo niño (art. 6).

40. Como puede desprenderse de su lectura, el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño no define el momento desde el cual se es niño, sino el momento hasta el cual se es niño. Esta redacción no ha sido casual: la intención expresa de sus redactores, a efectos de lograr el mayor consenso en el momento de la adopción, y la mayor cantidad posible de adhesiones, fue la de evitar expedirse sobre el momento desde el cual se asigna la condición de niño, justamente para evitar tomar partido entre Estados favorables a la protección desde el momento de la concepción, y Estados que incluyen en su legislación hipótesis lícitas de la interrupción del embarazo. Un comentario del proceso de redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño, preparado por algunos de sus participantes más calificados, describe así este aspecto:

“La redacción final [del art. 1 de la Convención], que emplea los términos “niño” y “ser humano” sin abordar la cuestión del límite mínimo de edad, tuvo la clara intención de mantener la máxima flexibilidad posible, con el propósito de permitir que los potenciales firmantes de la Convención adoptaran la posición que quisieran, en lo que respecta a su derecho doméstico, sobre el tema del derecho a la vida del feto o del niño no nacido. Si la Convención hubiese tomado partido en un sentido o en otro en este tema tan controvertido, el resultado hubiera sido que un gran número de Estados no se hubiesen sentido en condiciones de ratificarla. La posición adoptada en la Convención está en conformidad con la de otros instrumentos internacionales de derechos humanos²³. Si bien se reconoce (en especial en el párrafo noveno del Preámbulo) que el niño no nacido merece protección adecuada, no se reconoce su derecho a la vida *per se*. Además, los

Comité de Derechos Humanos: Mali, CCPR/CO/77/MLI, 03704/2003, para. 14; *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Guatemala*, CCPR/CO/72/GTM, 26/07/2001, para. 19; *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: El Salvador*, CCPR/CO/78/SLV, 30/07/2003, para. 14; *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Sri Lanka*, CCPR/CO/79/LKA, 06/11/2003, para. 12; *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Perú*, CCPR/C/79/Add.72, 06/11/1996, para. 22.

²³ Ver, por ejemplo, el abordaje adoptado por el Comité de Derechos Humanos con respecto al artículo 6 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley...”). Ver M. NOWAK, *CCPR-Kommentar zum UNO-Pakt über buürgerliche un politische Rechte und zum Fakultativprotokoll* (Kehl and Rhein, Engel, 1988); and D. SHELTON, “International Law on Protection of the Fetus” in FRANKOWSKI AND COLE (eds.), *Abortion and the Protection of the Human Fetus: Legal Problems in a Cross-Cultural Perspective* (The Hage, Martinus Nijhoff, 1987), p. 1 (la cita es del original).

derechos de la madre (entre ellos, los derechos a la vida, a la salud física y mental²⁴ y a la vida privada) reconocidos en una amplia gama de otros tratados internacionales de derechos humanos, son plenamente preservados por las cláusulas aclaratorias de otros tratados de derechos humanos aplicables y la del artículo 41 de la Convención²⁵. Se deja entonces librado a cada Estado tratar materias tales como la planificación familiar²⁶ y el aborto a la luz de sus propias percepciones acerca de los medios más efectivos de establecer un balance entre los derechos e intereses en conflicto^{27, 28}.

41. Una fuente autorizada en materia de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el denominado *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, elaborado y publicado por el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), dice al respecto:

“El artículo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño define al “niño” para los efectos de la Convención como todo ser humano menor de 18 años de edad, dejando abierta la especificación del momento en que comienza la infancia: ¿Es el nacimiento, el momento de la concepción, o algún momento intermedio? De haberse adoptado una posición sobre el aborto y sobre temas relacionados, la ratificación universal de la Convención se habría visto amenazada. Para los efectos de la Convención, la infancia termina al cumplir el niño los 18 años, salvo que, en un Estado determinado, la mayoría de edad se alcance antes. (...)

Como ya se ha mencionado, la redacción del artículo 1 de la Convención no establece un punto de inicio de la infancia. Los redactores evitaron adoptar sobre el aborto y otros temas relacionados con el período anterior al nacimiento una posición susceptible de amenazar la aceptación universal de la Convención.

Por ello, el *Manual de preparación de informes sobre los derechos humanos de 1998* indica: “La formulación del artículo 1 no especifica claramente el momento en que debe considerarse que comienza la ‘infancia’ evitando, intencionadamente, una única solución común para todos los Estados, con miras a preservar la diversidad de las soluciones legales nacionales vigentes.

²⁴ Ver también artículo 24 (2)(d) de la Convención sobre los Derechos del Niño. (la nota es del original)

²⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 41: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

a) El derecho de un Estado Parte; o

b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado” (la nota es nuestra)

²⁶ Ver también artículo 23 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce “el derecho del hombre y de la mujer... a fundar una familia si tienen edad para ello” (la nota es del original)

²⁷ Para un comentario más extenso, ver PHILIP ALSTON, “The Unborn Child and Abortion Under the Draft Convention on the Rights of the Child”, 12 Human Rights Quarterly (1990), p. 156. (la nota es del original)

²⁸ Ver PHILIP ALSTON (editor), *Commentary on the Convention of the Rights of the Child of 1989*, Centre For Human Rights-UNICEF, Ginebra, 1992, pp. 7-8 (la traducción es nuestra).

“Al evitar una clara referencia tanto al nacimiento como al momento de la concepción, la Convención hace suya una solución flexible y abierta, dejando a la legislación nacional la especificación del momento en el que comienza la infancia o la vida.” (*Manual*, pág. 447). (...)

Con ello, la Convención permite a cada Estado Parte buscar una solución equilibrada a los conflictos de derechos e intereses diversos relativos a cuestiones como el aborto y la planificación familiar²⁹.

42. Cabe acotar que ésta es una de las razones del éxito de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ha sido ratificada por todos los Estados parte de la Organización de las Naciones Unidas, salvo Somalia y Estados Unidos de América. Resulta obvio que los numerosos Estados en los que existen hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo jamás hubieran ratificado o accedido a esa Convención en caso de entender que imponía la prohibición absoluta del aborto, como parece sugerir la interpretación de los impugnantes.

43. En consonancia con esta idea, el Comité de los Derechos del Niño no sólo no ha interpretado jamás que los artículos 1 ó 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño prohíban la interrupción voluntaria del embarazo, sino que ha dicho explícitamente, en su Observación General No. 4, que “insta a los Estados a (...) elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar, los contraceptivos y las prácticas abortivas sin riesgo cuando el aborto no esté prohibido por ley, y a cuidados y asesoramiento generales y adecuados en material de obstetricia”³⁰.

44. Es decir, en los casos en los que el aborto sea lícito, el Estado debe proporcionar a las niñas acceso a prácticas abortivas sin riesgo. Es evidente que el Comité encargado de evaluar el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño no considera que las prácticas abortivas sean contrarias a la propia Convención, ya que insta a los Estados a poner a disposición de niñas embarazadas servicios que permitan efectuar abortos en condiciones no riesgosas.

45. El Comité también ha abordado la cuestión en su consideración de algunos informes estatales. Por ejemplo, en sus *Observaciones finales* sobre el informe estatal de Chad, el Comité manifiesta preocupación por el impacto que la legislación punitiva sobre el aborto puede tener sobre las tasas de mortalidad materna de las adolescentes, y alienta al Estado Parte a examinar los procedimientos que, de conformidad con la legislación, autorizan los abortos por motivos terapéuticos, para evitar los abortos ilegales y para mejorar la protección de la salud mental y física de las niñas³¹.

²⁹ Ver UNICEF, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Unicef, Ginebra, Edición española enteramente revisada, 2004, pp. 1 y 3.

³⁰ Ver Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21/07/2003, para. 31.

³¹ Ver Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chad*, CRC/C/15/Add.107, 04/06/1999, para. 30.

46. En su examen del informe estatal de la isla de Palau, el Comité toma nota de que el aborto es ilegal, salvo por razones médicas, y a ese respecto expresa su preocupación por el interés superior de las niñas que han sido víctimas de violaciones y/o incestos³².

47. En sus *Observaciones finales* sobre el informe estatal de Mozambique, el Comité expresó preocupación por la alta tasa de mortalidad materna, debida, entre otros factores, al gran número de abortos clandestinos y a las condiciones insalubres en las que estos se practican, y recomendó al Estado parte que “vele porque los abortos se practiquen prestando la debida atención a las normas mínimas de seguridad sanitaria”³³.

48. En su revisión del reciente informe estatal de Chile, el Comité urgió al Estado parte a revisar la criminalización de la interrupción de embarazo en toda circunstancia, incluyendo los casos de violación, incesto y situaciones en las que la vida de la madre está en riesgo³⁴.

49. También en estos casos indicativos puede verse que el Comité no sólo no considera que el aborto sea contrario al derecho a la vida de los niños, sino que sostiene que la criminalización incondicional del aborto contribuye a elevar las tasas de mortalidad materna de las adolescentes, y que el Estado debe, para desalentar esa práctica, revisar las leyes que criminalizan el aborto. Más aún, debe garantizar que la realización de abortos legalmente permitidos cumpla con mínimas condiciones de seguridad sanitaria.

1.3. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

50. En el mismo sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, órgano de supervisión de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ha subrayado la obligación de los Estados de eliminar las condiciones que impidan el acceso de las mujeres a un aborto seguro. Específicamente, en su Recomendación general N° 24, el Comité ha dicho que “El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones”³⁵, y ha recomendado a los Estados “(e)n la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”³⁶.

³² Ver Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Palau*, CRC/C/15/Add.149, 26/01/2001, para. 46.

³³ Ver Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Mozambique*, CRC/C/15/Add.172, 01/02/2002, paras. 46 c) y 47 b).

³⁴ Ver Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile*, CRC/C/CHL/CO/3, 23/04/2007, para. 56.

³⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24, Mujer y salud, U.N. Doc. A/54/38, 05/02/99, para. 14.

³⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24, Mujer y salud, U.N. Doc. A/54/38, 05/02/99, para. 31 c).

51. Es decir, el Comité no sólo no considera que el aborto sea contrario a la Convención, sino que afirma que lo contrario a la Convención sería, en principio, el mantenimiento de tipos penales que castiguen el aborto.

52. En numerosas ocasiones, en oportunidad de realizar observaciones finales a los informes estatales, el Comité ha señalado preocupación por aquellas legislaciones que establecen trabas para acceder a un aborto legal seguro, o por aquellas situaciones en las que el acceso a un aborto es de hecho dificultoso. Por ejemplo, en su revisión del informe estatal de Turquía, el Comité manifestó su preocupación por que la legislación exigiera el consentimiento del cónyuge para realizar un aborto y consideró que contravenía lo dispuesto en el artículo 15 de la Convención³⁷. En su revisión del informe estatal de Italia, el Comité expresó su preocupación por el acceso limitado al aborto que tenían las mujeres en el sur del país, como consecuencia de las objeciones de conciencia de los médicos y el personal de los hospitales³⁸. En su revisión del informe estatal de Croacia, expresó preocupación porque algunos hospitales se niegan a realizar abortos debido a las objeciones de conciencia presentadas por ciertos médicos, consideró que ello constituye una violación de los derechos de procreación de la mujer e instó a ese país a garantizar el pleno acceso al aborto en los hospitales³⁹.

53. Al examinar los informes periódicos segundo y tercero de Argentina (17º período de sesiones, julio/1997), el Comité tomó nota de que está aún pendiente la reforma del Código Penal que lo pondría en consonancia con lo dispuesto en la Convención, y recomendó que se revisara la legislación por la que se penaliza a las mujeres que optan por el aborto⁴⁰.

54. En su revisión del último informe estatal de Nicaragua, el Comité expresó “su preocupación por las recientes medidas adoptadas por el Estado para criminalizar el aborto terapéutico, que pueden llevar a que más mujeres procuren abortos inseguros e ilegales, con los consecuentes riesgos sobre su vida y salud, y a la imposición de severas sanciones sobre las mujeres que se hayan realizado abortos ilegales, como también sobre los profesionales que provean ayuda médica frente a las complicaciones surgidas de abortos inseguros”⁴¹. El Comité recomendó al Estado “considerar la revisión de la legislación referida al aborto, en aras de derogar las disposiciones punitivas impuestas sobre las mujeres que abortan y proveerles acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones surgidas de abortos inseguros, y de reducir las tasas de

³⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Turquía*, A/52/38/Rev.1 (paras. 151-206), 31/01/1997, paras. 184 y 196.

³⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Italia*, A/52/38/Rev.1 (Part II, paras. 322-364), 12/08/1997, paras. 353 y 360.

³⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Croacia*, A/53/38, paras. 80-119, 14/05/98, paras. 109 y 117.

⁴⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Argentina*, A/52/38/Rev.1, (Parte II, paras. 273-321), 12/08/97, paras. 319.

⁴¹ Ver *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Nicaragua*, CEDAW/C/NIC/CO/6, 02/02/2007, para. 17.

mortalidad materna de las mujeres, de conformidad con la Recomendación General 24 del Comité, sobre mujer y salud, y con la Plataforma de Acción de Beijing”⁴².

55. En lo que hace a México, en la revisión de su último informe estatal, la Comisión efectuó la siguiente observación y recomendación:

“32. Sigue preocupando al Comité el nivel de las tasas de mortalidad materna, en particular el de las mujeres indígenas, lo cual es una consecuencia de la insuficiente cobertura de los servicios de salud y la dificultad de acceso a éstos, en particular la atención de la salud sexual y reproductiva. El Comité observa con preocupación que el aborto sigue siendo una de las causas principales de las defunciones relacionadas con la maternidad y que, *a pesar de la legalización del aborto en casos concretos, las mujeres no tienen acceso a servicios de aborto seguros ni a una amplia variedad de métodos anticonceptivos, incluidos los anticonceptivos de emergencia*. Preocupa también al Comité que no se haga lo suficiente para prevenir el embarazo en la adolescencia.

33. El Comité insta al Estado Parte a que amplíe la cobertura de los servicios de salud, en particular la atención de la salud reproductiva y los servicios de planificación de la familia, y a que trate de eliminar los obstáculos que impiden que las mujeres tengan acceso a esos servicios. Además, el Comité recomienda que se promueva e imparta ampliamente la educación sexual entre hombres y mujeres y adolescentes de ambos sexos. *El Comité pide al Estado Parte que armonice la legislación relativa al aborto a los niveles federal y estatal. Insta al Estado Parte a aplicar una estrategia amplia que incluya el acceso efectivo a servicios de aborto seguros en las circunstancias previstas en la ley, y a una amplia variedad de métodos anticonceptivos, incluidos anticonceptivos de emergencia, medidas de concienciación sobre los riesgos de los abortos realizados en condiciones peligrosas y campañas nacionales de sensibilización sobre los derechos humanos de la mujer, dirigidas en particular al personal sanitario y también al público en general*”⁴³.

56. Se trata de citas meramente ejemplificativas, sin pretensión de exhaustividad, ya que la posición del Comité en esta materia ha sido constante⁴⁴. Queda claro, en este caso también, que

⁴² Ver *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Nicaragua*, CEDAW/C/NIC/CO/6, 02/02/2007, para. 18.

⁴³ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: México* CEDAW/C/MEX/CO/6, 25/08/2006, paras. 32 y 33 (el énfasis es nuestro).

⁴⁴ Ver, entre muchos otros, *Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile*, A/50/38 (paras. 105-159), 03/02/1995, paras. 139, 152 y 158; *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Finlandia*, A/50/38 (paras. 346-397), 03/02/1995, para. 390; *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Perú*, A/50/38 (paras. 398-451), 03/02/1995, paras. 443, 446 y 447; *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Marruecos*, A/52/38/Rev. 1 (paras. 45-80), 31/01/1997, par. 68; *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: San Vicente y las Granadinas*, A/52/38/Rev.1 (paras. 123-150), 31/01/1997, paras. 140 y 148; *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer:*

bajo otro de los tratados internacionales de derechos humanos de los que México es parte, el aborto no sólo no está prohibido, sino que se insta a los Estados a garantizar el acceso a servicios de aborto seguros y sin obstáculos, y a derogar las normas penales que criminalizan el aborto.

1.4. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

57. Por último, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 14, relativa al derecho a la salud –consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del que México también es parte– ha efectuado las siguientes consideraciones:

“8. (...) El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

14. La disposición relativa a "la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños" (apartado a) del párrafo 2 del artículo 12) se puede entender en el sentido de que es preciso adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto, los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información. (...)

La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los

Luxemburgo, A/52/38/Rev.1 (Parte II, paras. 184-227), 12/08/1997, paras. 210 y 221; *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Zimbabue*, A/53/38 (paras. 120-166), 14/05/1998, para. 159; *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Irlanda*, A/54/38 (paras. 161-201), 25/06/1999, paras. 185 y 186; *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Nepal*, A/54/38, 25/06/1999, paras. 117-160, paras. 139 y 147; *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, A/54/38 (paras. 278-318), 25/06/1999, paras. 309 y 310 (referidos a Irlanda del Norte), *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Burkina Faso*, A/55/38 (paras. 239-286), 04/02/2000, paras. 275 y 276; *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Jordania*, A/55/38 (paras. 139-193), 04/02/2000, paras 181 y 182; *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Portugal*, A/57/38 (Parte I, paras. 303-353), 01/02/2002, paras. 345 y 346.

pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto”⁴⁵.

58. También el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha tenido la oportunidad de expedirse al respecto en el marco de la revisión de los informes estatales que deben presentar los Estados partes. Por ejemplo, en sus Observaciones finales al informe de la isla Mauricio, el Comité manifestó preocupación por la información que consigna que la mitad de las muertes maternas se debieron a complicaciones surgidas de abortos, prohibidos por la ley⁴⁶.

59. Al comentar el informe estatal de Nepal, el Comité “observa con preocupación que el aborto es absolutamente ilegal y se considera un delito penal, castigable con penas severas, y no puede llevarse a cabo ni siquiera cuando el embarazo pone en peligro la vida o es resultado de incesto o de violación”⁴⁷. El Comité insta al Estado “a que se permitan los abortos cuando los embarazos ponen en peligro la vida de la madre o son resultado de violación o de incesto”.

60. En su revisión del informe estatal de Polonia, el Comité se mostró preocupado por el carácter restrictivo de las leyes relacionadas con el aborto en ese país, que han resultado en un gran número de mujeres cuya salud se ha puesto en riesgo por acudir a abortistas clandestinos⁴⁸.

61. En lo que respecta a los informes estatales presentados por México, el Comité, al revisar el segundo informe, manifestó preocupación porque “la cuarta causa más importante de mortalidad femenina son los abortos ilícitos” y recomendó al Estado “que tome medidas para disminuir la mortalidad provocada por el aborto ilegal”⁴⁹.

62. En sus observaciones finales ante el último informe estatal presentado por México, el Comité expresó su preocupación “por la alta tasa de mortalidad materna causada por abortos inseguros, en particular de niñas y mujeres jóvenes, por la existencia de información acerca de obstáculos en el acceso al aborto legal después de violaciones, como por ejemplo, desinformación, ausencia de guías claras, conductas abusivas dirigidas a víctimas de violación embarazadas por miembros

⁴⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4, 11/08/2000, paras. 8 y 14.

⁴⁶ Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Mauricio*, E/C.12/1994/8, 18/05/1994, para. 15.

⁴⁷ Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Nepal*, E/C.12/1/Add.66, 29/08/2001, paras. 33 y 55.

⁴⁸ Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Polonia*, E/C.12/1/Add.82, para. 29. En el mismo sentido, el Comité subraya frecuentemente la relación entre abortos clandestinos y altas tasas de mortalidad materna. Ver, por ejemplo, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Bolivia*, E/C.12/1/Add.60, 10/05/2001, para. 43; *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Jamaica*, E/C.12/1/Add.75, 29/11/2001, para. 18; *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Trinidad y Tobago*, E/C.12/1/Add.80, 17/05/2002, paras. 23 y 46; *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Brasil*, E/C.12/1/Add.87, 23/05/2003, paras. 27 y 51; *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Colombia*, E/C.12/1/Add.74, 29/11/2001, paras. 24 y 45; *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Federación Rusa*, E/C.12/1/Add.94, 28/11/2003, paras. 35 y 64.

⁴⁹ Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: México*, E/C.12/1/Add.41, 02/12/1999, paras. 29 y 43.

del ministerio público y personal de salud, e impedimentos legales en caso de incesto, y sobre la falta de acceso a servicios de salud y educación reproductiva, especialmente en áreas rurales y en comunidades indígenas”.

63. El Comité recomienda al Estado parte “*asegurar y supervisar el pleno acceso de las víctimas de violación a abortos legales, (...), asegurar el pleno acceso para todos, especialmente para niñas y mujeres jóvenes, a servicios de salud y educación reproductiva, especialmente en áreas rurales y en comunidades indígenas, y a destinar suficientes recursos para estos propósitos*”⁵⁰.

64. Parece claro, de lo transcrito aquí, que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no sólo no considera que el aborto se oponga al derecho a la salud, sino que, por el contrario:

a) señala que entre las libertades que componen el derecho a la salud se encuentran el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, el derecho a no padecer injerencias –entre las que se cuentan, evidentemente, el forzar a una mujer, sobre la base de la amenaza de una persecución penal, a llevar a cabo íntegramente la gestación contra su voluntad–, y la libertad de las personas para decidir si desean reproducirse y en qué momento;

b) señala que entre los componentes del derecho a la salud se encuentra el acceso de la mujer a servicios de salud y educación reproductiva, a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, le permitirán pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto.

c) indica que la existencia de obstáculos normativos y fácticos al acceso a abortos previstos legalmente es incompatible con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

d) subraya la relación entre la criminalización del aborto y las restricciones legales al acceso a un aborto seguro, y las altas tasas de mortalidad materna y de problemas para la salud de la mujer.

2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

65. Los impugnantes afirman que las normas bajo examen violan el derecho a la vida, según lo establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo 4.1 de la Convención Americana establece que:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

⁵⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: México*, E/C.12/MEX/CO/4, 9/6/2006, para. 44 (el énfasis es nuestro).

66. Como puede verse, si bien el artículo señala que el derecho a la vida estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción, matiza esa prescripción con el calificativo “en general”. Al respecto resultan de gran utilidad los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En los primeros anteproyectos de Convención Americana (llamada inicialmente “Convención interamericana sobre Derechos Humanos”), no figuraba la locución “en general”. No obstante, durante los trabajos de redacción de la Convención, se acordó como principio rector la “coexistencia entre los pactos de las Naciones Unidas y una convención regional”.⁵¹ Entre otros motivos, ello obedeció al respeto del artículo 137 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (hoy art. 131) que prescribe que “Ninguna de las estipulaciones de esta Carta se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados miembros de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas.” La inclusión de la locución “en general,” por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, obedeció a la necesidad de evitar un conflicto normativo con el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que permite implícitamente el aborto⁵².

67. Esto significa que la Convención admite excepciones a la protección de la vida desde el momento de la concepción que, como en los demás tratados internacionales, quedan libradas al margen de apreciación que poseen los Estados parte. Si alguna duda cupiera al respecto, estas se disiparían prontamente con la sola lectura de la declaración interpretativa hecha por México al momento de la ratificación de la Convención:

“Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4, considera que la expresión "en general", usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción" ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados”.

68. El representante de la Comisión Nacional de Derechos Humanos pretende que el sentido de esta declaración interpretativa sólo puede ser el de conservar la legislación que no proteja el derecho a la vida desde el momento de la concepción vigente al momento de la reserva, pero no el de autorizar nuevas normas que –como la impugnada– decidan no extender plenamente la protección desde el momento de la concepción. Esta interpretación contradice las propias palabras de la declaración interpretativa, que reserva expresamente las facultades del Estado de *no* adoptar (“no constituye obligación de adoptar”), y de *derogar* o *modificar* (“no constituye obligación (...) [de] mantener en vigor”) legislación que proteja la vida desde el momento de la concepción. Es evidente que la reserva se refiere al ejercicio *futuro* de esas facultades –de lo contrario, la declaración interpretativa no tendría sentido, ya que no hay manera de aplicarla retroactivamente, a la creación de legislación ya existente al momento de la ratificación, sino sólo ultraactivamente, a potencial legislación a ser creada o no creada en el futuro. En el mismo sentido, el uso del presente en la expresión “pertenece al dominio reservado de los Estados” implica la intención del Estado de manifestar la actualidad de esas facultades –y no sólo de señalar su existencia en el pasado.

⁵¹ Ver CARLOS A. DUNSHEE DE ABRANCHES, “Estudio comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas sobre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y los Proyectos de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos”, en *Anuario Interamericano de Derechos Humanos – 1968*, Publicaciones OEA, p. 180.

⁵² *Ibid.*, p. 192.

69. Con respecto a la interpretación de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos respecto de esta cláusula, cabe señalar desde un inicio que no existen casos en los que ni la Comisión ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan declarado que la existencia de normas que autorizan la interrupción voluntaria del embarazo, o la ausencia de normas que la penalicen, constituyan una violación al artículo 4.1 de la Convención Americana – pese a la existencia de hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo en toda la región. Ello es indicativo, al menos, de la ausencia de evidencia clara a favor de la interpretación que ofrecen los impugnantes. Por el contrario, al menos dos casos producidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos son relevantes al respecto, y llevan a la conclusión meridianamente opuesta.

70. En primer término, la Comisión Interamericana ha decidido, en el denominado caso “Baby boy”⁵³, que la existencia de legislación que autoriza la interrupción voluntaria del embarazo no constituye violación del derecho a la vida, establecido por el artículo I de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre –los Estados Unidos de América no son parte de la Convención Americana. En lo que interesa a efectos de esta acción, los peticionantes señalaron que el texto del artículo I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que no incluye referencias a la protección de la vida desde el momento de la concepción, debía leerse a la luz de la posterior adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 4.1 ya hemos transcrito, de modo de entenderse que la vida resultaba protegida desde el momento de la concepción. Al respecto, la Comisión Interamericana efectuó las siguientes consideraciones:

“20. El segundo argumento de los peticionarios, respecto a encontrar en la Convención elementos para interpretar la Declaración, requiere también un estudio de los motivos que prevalecieron en la Conferencia de San José al adoptarse la definición del derecho a la vida.

21. La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, celebrada en Santiago de Chile en 1959, encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la preparación de un Proyecto de convención de derechos humanos que los Estados Americanos deseaban suscribir desde la Conferencia de México de 1945.

22. El Proyecto, preparado por ese Consejo en dos semanas, fue origen de la Declaración Americana aprobada en Bogotá, pero también recibió la contribución de otras fuentes, inclusive los trabajos iniciados en las Naciones Unidas. Contiene 88 artículos, empieza con una definición del derecho a la vida (art. 2), en la cual se volvió a introducir el concepto de que "Este derecho estará protegido por la ley desde el momento de la concepción." Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968 - Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1973, p. 67 y 237).

23. La Segunda Conferencia Especial de Estados Americanos (Río de Janeiro, 1965) consideró el proyecto del Consejo y otros dos textos preliminares presentados por los gobiernos de Chile y Uruguay, respectivamente, y solicitó

⁵³ Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 2141, Estados Unidos de América, Resolución No. 23/81, 6 de marzo de 1981.

que el Consejo de la OEA, en cooperación con la CIDH, preparase un Proyecto de Convención para presentarlo a la conferencia diplomática que habría de convocarse con este propósito.

24. El Consejo de la OEA, al considerar la Opinión emitida por la CIDH sobre el Proyecto de Convención preparado por el Consejo de Jurisconsultos, encomendó a la Comisión que estudiara dicho texto y elaborara otro definitivo para transmitirlo como documento de trabajo a la Conferencia de San José (Anuario, 1968, p. 73-93).

25. Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de "desde el momento de la concepción", con las objeciones suscitadas, desde la Conferencia de Bogotá sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, *inter-alia*, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro, la CIDH, volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras "en general". Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2 "1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, *en general*, desde el momento de la concepción" (Anuario, 1968, p. 321).

26. El relator propuso, en esta segunda oportunidad de discusión de la definición del derecho a la vida, eliminar la frase final entera "...en general, desde el momento de la concepción". Repitió el razonamiento de su opinión disidente, es decir, que se basaba en las leyes sobre aborto vigentes en la mayoría de los Estados americanos, con la siguiente adición: "para evitar cualquier posibilidad de conflicto con el artículo 6, párrafo 1, del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Cívicos y Políticos, que establece este derecho únicamente de manera general" (Anuario 1968, p. 97).

27. Sin embargo, la mayoría de miembros de la Comisión creyeron que, por razones de principio, era fundamental formular la disposición sobre la protección del derecho a la vida en la forma recomendada al Consejo de la OEA en su Opinión (primera parte). Se decidió, por tanto, mantener el texto del párrafo 1, sin cambios (Anuario, 1968, p. 97).

28. En la conferencia diplomática que aprobó la Convención Americana, las delegaciones de Brasil y de la República Dominicana presentaron enmiendas separadas de eliminación de la frase final del párrafo 1 del artículo 3 (derecho a la vida), o sea: "en general, desde el momento de la concepción". La delegación de Estados Unidos apoyó la posición de Brasil (Conferencia Especializada Americana sobre Derechos Humanos -Actas y Documentos -Washington, D.C. 1978, (reimpresión), p. 57, 121 y 160).

29. La delegación de Ecuador apoyó, en cambio, la eliminación de las palabras "en general". Por fin, por voto de la mayoría, la conferencia adoptó el texto preliminar sometido por la CIDH y aprobado por el Consejo de la OEA el cual continúa hasta el presente como texto del artículo 4, párrafo 1, de la Convención Americana (Actas y Documentos, p. 160 y 481).

A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase "en general, desde el momento de la concepción" no significa que quienes formularon la

Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula "en general, desde el momento de la concepción" son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta "desde el momento de la concepción", que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios”⁵⁴.

71. Es decir, de acuerdo con la propia interpretación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la inclusión del término “en general” en la redacción del artículo 4.1 de la Convención Americana autoriza excepciones a la protección de la vida desde el momento de la concepción, entre las cuales se cuentan, como en el caso decidido, las leyes que prevén hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo.

72. El segundo antecedente relevante es más reciente, e involucra a México. En el caso *Paulina Ramírez v. México*⁵⁵, las peticionarias denunciaron la reticencia, negativa y tergiversación de información de miembros del personal médico de los servicios de salud del Estado de Baja California, que fueron determinantes para que la víctima no pudiera acceder a un aborto legalmente autorizado al que tenía derecho. Las peticionantes alegaron la violación por parte del Estado mexicano de los derechos establecidos en los artículos 1, 5, 7, 8, 11, 12, 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de los derechos protegidos por los artículos 1, 2, 4, 7 y 9 de la Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como "Convención de Belém do Pará"), entre otros. Lejos de considerar que la existencia de hipótesis de aborto legalmente autorizado violaban el derecho a la vida del “producto de la concepción” o hacían inadmisibles la petición, la Comisión Interamericana propició un acuerdo de solución amistosa entre el Estado y las peticionantes. En el acuerdo arribado entre las partes se incluye el siguiente punto:

“DÉCIMO SEGUNDO.- El Estado mexicano por medio de la Secretaría de Salud se compromete a:

(...)

3. Elaborar y entregar un comunicado de la Secretaría de Salud Federal a los Servicios Estatales de salud y a otras entidades del Sector, con el propósito de fortalecer la garantía de no repetición de violaciones al derecho de las mujeres a la interrupción legal del embarazo, mismo que se enviará a más tardar durante la segunda quincena de marzo de 2006”.

73. En su “Determinación de compatibilidad y cumplimiento del acuerdo”, la Comisión Interamericana señaló que:

“22. Con referencia al décimo primer punto del acuerdo, las partes sostienen que el 15 de septiembre de 2006, el Secretario General de Gobierno del Estado de

⁵⁴ El énfasis es nuestro.

⁵⁵ Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Petición 161/02, *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto v. México*, Solución amistosa, Informe N° 21/07, de 9 de marzo de 2007.

Baja California sometió a consideración de la XVIII Legislatura del Congreso del Estado, la iniciativa acordada por las partes de reforma de Código Penal, Código de Procedimientos Penales y de la Ley de Salud Pública, todos del Estado de Baja California. Asimismo, manifiestan que el 2 de mayo de 2006, se firmó una minuta por representantes de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, del Gobierno de Baja California y de la Dirección General de Derechos Humanos y Democracia de la Cancillería, relacionada con la propuesta de reforma al artículo 79 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Baja California, así como la propuesta de Circular para la Secretaría de Salud. Al respecto, el 13 de octubre de 2006 fue publicada en el Periódico Oficial del Estado de Baja California, la reforma al Reglamento, y el 4 de octubre de 2006 fue emitida la Circular para que surta sus efectos legales a partir de esa fecha. Cabe señalar que las partes también informan sobre los cursos de capacitación que las peticionarias realizarán a personal de la Procuraduría General de Justicia y de la Secretaría de Salud de Baja California. Las partes asimismo dan por cumplido el inciso 3 del décimo segundo acuerdo, ya que con fecha 4 de abril de 2006, la Secretaría de Salud Federal envió a los Secretarios de Salud de 31 entidades federativas y del Distrito Federal, al Coordinador General del Programa IMSS Oportunidades, al Subdirector General Médico del ISSSTE, al Director de Prestaciones Médicas del IMSS y al Director General de Coordinación y Desarrollo de Hospitales Federales, el oficio circular en el que se exhorta a desarrollar e implementar los lineamientos y procedimientos necesarios para garantizar el ejercicio oportuno del derecho que tiene toda mujer a la interrupción legal del embarazo”.

74. Entre las Conclusiones de la Comisión Interamericana se encuentran las siguientes:

“24. La Comisión Interamericana ha seguido de cerca el desarrollo de la solución amistosa lograda en el presente caso. De la información que antecede, se desprende que en sus lineamientos generales se ha cumplido con el acuerdo dentro de los términos de la Convención Americana. La Comisión dará seguimiento a algunos aspectos pendientes de cumplimiento. En base a las consideraciones que anteceden y en virtud del procedimiento previsto en los artículos 48(1)(f) y 49 de la Convención Americana, *la Comisión reitera su profundo aprecio por los esfuerzos realizados por las partes, y su satisfacción por el logro del acuerdo de solución amistosa en el presente caso, fundado en el objeto y fin de la Convención Americana.*

Los logros alcanzados gracias a las acciones y voluntad de ambas partes de este asunto, constituyen un importante ejemplo a seguir en otros casos tanto de México como de otras regiones y países del hemisferio. La CIDH valora en particular el interés activo y directo de los representantes del Gobierno Federal y del gobierno de Baja California, de conformidad con lo señalado en los artículos 1, 2, y 28 de la Convención Americana. En un país de estructura federal como México, tanto las autoridades nacionales como locales se hallan obligadas a dar plena efectividad a los derechos reconocidos en la Convención Americana. Se

destaca por ello en este caso el trabajo conjunto y complementario de las autoridades federales y locales – cada una de ellas en su respectivo ámbito de competencia – para la consecución de dicho fin. La CIDH valora igualmente los esfuerzos y flexibilidad desplegados por las peticionarias que hicieron posible este acuerdo.

Sin perjuicio del párrafo anterior, *la CIDH observa la importancia de que los Estados adopten medidas de tipo penal, civil o administrativa, con la finalidad de garantizar que hechos como los ocurridos en este caso sean debidamente sancionados y no permanezcan en la impunidad. La CIDH ha manifestado reiteradamente que un acceso de jure y de facto a recursos judiciales idóneos y efectivos resulta indispensable para la protección de todos los derechos de las mujeres, así como también lo es el cumplimiento de los Estados de su obligación de actuar con la debida diligencia frente a violaciones de sus derechos humanos*⁵⁶.

75. En vistas de lo enunciado, la Comisión decidió “aprobar el acuerdo de solución amistosa firmado por las partes” y “continuar con el seguimiento y la supervisión de los puntos del acuerdo amistoso pendientes de cumplimiento y de cumplimiento sucesivo”.

76. De lo transcrito, queda claro:

- a) que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que la obstrucción del acceso a la realización de un aborto legal constituye una violación de los derechos de la mujer, merecedora de investigación y sanción;
- b) que la Comisión Interamericana avaló, y consideró “fundado en el objeto y fin de la Convención Americana” un acuerdo de solución amistosa que incluye el compromiso del Estado mexicano “de fortalecer la garantía de no repetición de violaciones al derecho de las mujeres a la interrupción legal del embarazo”.

77. La meridiana claridad de estas conclusiones sería suficiente para descartar la idea de que la existencia de hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo en la legislación de un Estado sean contrarias a las Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por el contrario, la Comisión Americana ha considerado que lo que contraviene las obligaciones impuestas por la Convención Americana es la falta de pleno acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, en los casos en los que este esté previsto en la legislación.

3. Sistema Europeo de Derechos Humanos

78. Aunque, por obvias razones, México no es parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, efectuaremos aquí una breve referencia a la jurisprudencia producida en la materia por la Corte Europea de Derechos Humanos –dado el hábito de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a recurrir a los

⁵⁶ El énfasis es nuestro.

precedentes del Sistema Europeo de Derechos Humanos para interpretar cláusulas similares de los respectivos tratados que constituyen el derecho positivo aplicable en los respectivos sistemas.

79. Tanto la ya extinta Comisión como la Corte Europea de Derechos Humanos han rechazado la sugerencia de que el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos imponga la protección de la vida desde el momento de la Concepción. Esta ha sido la jurisprudencia constante de la Corte en diversos casos⁵⁷. En el caso, *Vo v. Francia*, por ejemplo, la Corte efectúa un recuento de la jurisprudencia, y concluye que:

“La cuestión de cuando comienza el derecho a la vida está incluida dentro del margen de apreciación del cual la Corte, en general, considera que deben gozar los Estados en esta materia (...). Las razones para tal conclusión son, en primer lugar, que la cuestión de tal protección no ha sido resuelta en la mayoría de los Estados parte, ni en Francia en particular, donde aún se debate (...), y, en segundo lugar, que no existe un consenso europeo sobre la definición científica y legal del inicio de la vida”⁵⁸.

80. Esto significa que la decisión acerca de establecer o no hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo queda librada a la decisión soberana de cada Estado.

81. En el caso *Boso v. Italia*⁵⁹, por ejemplo, el peticionante estaba casado con una mujer que decidió realizar un aborto, previsto legalmente en el ordenamiento normativo italiano. Como el aborto se llevó a cabo pese a su oposición, el presunto agraviado, después de agotar los recursos internos, interpuso una comunicación ante la Corte Europea de Derechos Humanos, alegando violaciones al derecho a la vida (dado que, según el peticionante, la autorización legal de interrupción del embarazo violaba el derecho a la vida del feto), a la vida privada y familiar (dada la ausencia de consideración de la voluntad del varón para la realización de la intervención en la legislación italiana que autoriza el aborto) y del derecho a fundar una familia (dado que, siempre de acuerdo con el peticionante, autorizar a la mujer a realizar un aborto le impidió formar una familia).

82. La Corte rechazó todos los planteamientos, considerándolos manifiestamente infundados, y declaró la petición inadmisibile. Entre sus consideraciones, la Corte indicó que:

“(1) la legislación italiana relevante autoriza el aborto en las primeras doce semanas de un embarazo en el que exista riesgo para la salud física o mental de la mujer. Más allá de ese punto, el aborto puede realizarse sólo cuando la continuación del embarazo o el nacimiento puedan poner la vida de la mujer en riesgo, o cuando se haya establecido que el niño nacerá en condiciones de tal gravedad que puedan

⁵⁷ Ver, entre otros, Comisión Europea de Derechos Humanos, *X v. Reino Unido*, decisión del 13 de mayo de 1980, DR 19, p. 244; *H. v. Norway*, comunicación no. 17004/90, decisión de 19 de mayo de 1992, DR 73, p. 155; Corte Europea de Derechos Humanos, *Boso v. Italy*, comunicación no. 50490/99; *Vo. v. Francia*, comunicación no. 53924/00, sentencia de 8 de Julio de 2004.

⁵⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, *Vo. v. Francia*, comunicación no. 53924/00, sentencia de 8 de Julio de 2004, para. 82 (la traducción es nuestra).

⁵⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Boso v. Italy*, comunicación no. 50490/99, decisión sobre admisibilidad de 5 de septiembre de 2002.

poner en peligro la salud física o mental de la madre. Por ende, el aborto puede llevarse a cabo para proteger la salud de la mujer.

En la opinión de la Corte, tales disposiciones establecen un adecuado equilibrio entre, por un lado, la necesidad de proteger al feto y, por otro, los intereses de la mujer. Teniendo en consideración las condiciones requeridas para la interrupción del embarazo y las particulares circunstancias del caso, la Corte no considera que el Estado demandado haya excedido el margen de discrecionalidad con el que cuenta en esta delicada área”⁶⁰.

83. Sobre la supuesta afectación del derecho del respeto de la vida privada y familiar del varón, por no requerirse su consentimiento para el aborto, la Corte dijo:

“La Corte nota que, como ha dicho la Comisión, “la legislación que regula la interrupción del embarazo entra en la esfera de la vida privada”, dado que “cuando una mujer está embarazada, su vida privada entra en estrecha conexión con el feto en desarrollo (ver *Brüggemann y Scheuten v. Alemania*, no. 6959/75, informe de la Comisión de 12 de Julio de 1977, DR 10, p. 100, y *X. v. Reino Unido*, citado antes, en p. 254). Sin embargo, la Comisión también ha sido de la opinión de que el respeto del derecho de la vida privada y familiar del potencial padre no podía ser interpretado tan ampliamente de modo de incluir el derecho de ser consultado o de requerir una orden judicial sobre un aborto que su mujer pretende realizar (ver *X. v. Reino Unido*, citado antes, en p. 254, y *H. v. Noruega*, citado antes, en p. 170).

La Corte considera que cualquier interpretación de los derechos del potencial padre bajo el artículo 8 de la Convención cuando la madre pretende realizar un aborto debe tener ante todo en consideración los derechos de la madre, dado que ella es la persona afectada primordialmente por el embarazo y por su continuación o interrupción.

Como la Corte observó antes, en el presente acaso el aborto se llevó a cabo de acuerdo con la legislación italiana, y por ende persiguió la finalidad de proteger la salud de la madre.

En consecuencia, cualquier interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 que pueda asumirse ocurrió en las circunstancias del caso estuvo justificado por ser necesario para la protección de los derechos de otra persona (ver *H. v. Noruega*, citado antes, en p. 170)”⁶¹.

84. Por último, y en sentido similar a lo decidido en el caso *Karen Noelia Llantoy Huamán v. Perú*, del Comité de Derechos Humanos, y de la evaluación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de la solución amistosa en el caso *Paulina Ramírez v. México*, la Corte Europea de Derechos Humanos decidió, en la sentencia de mérito del caso *Tysiāc v. Polonia*, que el establecimiento de obstáculos para el pleno ejercicio de su derecho a la

⁶⁰ La traducción es nuestra.

⁶¹ La traducción es nuestra.

realización de un aborto legal, en las circunstancias establecidas por la ley, constituyó una violación al derecho de la peticionante al respeto de su vida privada⁶².

4. Conclusión

85. De todo lo dicho, puede desprenderse:

- a) que el derecho internacional de los derechos humanos no establece un derecho incondicional a la vida desde el momento de la concepción, ni en sus instrumentos de carácter universal, ni en sus instrumentos de carácter regional –incluyendo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados internacionales sobre derechos humanos de los que México es parte;
- b) que la protección del producto de la concepción queda librada al margen de discrecionalidad que poseen los Estados;
- c) que el establecimiento de legislación que permita hipótesis de la interrupción voluntaria del embarazo está perfectamente justificada dentro de ese margen de discrecionalidad o de apreciación, y que la criminalización incondicional de la interrupción del embarazo es incompatible con estos derechos;
- d) que los derechos a la salud, a la vida, a la integridad personal y a la vida privada de la mujer pueden requerir del Estado el establecimiento de hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo;
- e) que en los casos en los que exista legislación que prevea hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo, el Estado tiene la obligación positiva de garantizar el acceso de las mujeres, en condiciones adecuadas y seguras, a servicios que efectúen esa interrupción.

IV. El aborto en el derecho y en la jurisprudencia comparada

86. En este apartado abordaremos el tratamiento que han brindado los tribunales de otros países a planteos similares al que debe decidir la Honorable Suprema Corte de la Nación mexicana. Del análisis comparativo de la jurisprudencia nacional se infiere una convergencia hacia la validación judicial de la interrupción del embarazo, al menos, en tres situaciones específicas: 1) cuando el embarazo representa una amenaza a la vida o a la salud de la mujer embarazada; 2) cuando el feto sufre de malformaciones y/o defectos mentales graves; y 3) cuando el embarazo es el resultado de una violación. Con el fin de presentar argumentos que sean de la mayor utilidad para la Corte, esta exposición se centra en las primeras decisiones judiciales sobre el aborto en cada uno de esos países.⁶³ Estas decisiones, provenientes de tribunales europeos y latinoamericanos, constituyen ejemplos relevantes para el análisis del caso en cuestión. Si bien

⁶² Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Tysiāc v. Polonia*, comunicación no. 5410/03, sentencia de 20 de marzo de 2007, paras. 105-130.

⁶³ Las leyes de aborto han sido liberalizadas con posterioridad por los tribunales o las legislaturas en todos los países.

los precedentes no son vinculantes para México, constituyen antecedentes relevantes en la medida en que pueden orientar a la Honorable Suprema Corte en la resolución del caso, ya que han abordado previamente el mismo tipo de planteos, ante normas constitucionales o legales que consagran derechos similares –de modo que los argumentos debatidos son en gran medida similares. Previamente, efectuaremos algunas consideraciones relativas a las tendencias legislativas en el derecho comparado sobre la materia que es objeto de controversia.

1. Tendencias recientes en la reforma legal del aborto en el derecho comparado

87. La gran mayoría de las leyes que regulan el aborto en el mundo lo permite explícitamente en ciertas circunstancias. Aprobadas por 70 países—la mayoría de ellos europeos, además de Estados Unidos, Canadá y Australia—las normas en cuestión permiten a la mujer interrumpir un embarazo por cualquier razón o, en algunos casos, por amplios motivos terapéuticos, sociales y económicos. Sesenta y ocho naciones aprueban el aborto cuando el embarazo representa una amenaza a la vida o a la salud física de la mujer y otras 23 lo permiten cuando lo que está en riesgo es la salud mental. De los 161 países que lo consienten de manera amplia o restringida, 94 lo aprueban cuando el embarazo es resultado de violación⁶⁴. Lo que demuestra este recuento es que 161 países del mundo privilegian los derechos de la mujer embarazada sobre el interés del Estado en proteger la vida potencial.

88. También vale la pena mencionar que los últimos 20 años han mostrado una tendencia dominante en favor de la liberalización de las leyes del aborto. Por lo menos 32 países, incluidos Alemania, Bélgica, Colombia, España, Portugal, Suiza y el mismo México han liberalizado de manera significativa sus leyes al respecto⁶⁵. Durante este período, sólo unos cuantos países han restringido el acceso de las mujeres al aborto⁶⁶.

89. Un ejemplo reciente de legislación restrictiva es el de Nicaragua. El 16 de octubre del año 2006 el Congreso nicaragüense aprobó la prohibición absoluta del aborto, eliminando la excepción en caso de aborto terapéutico que existía anteriormente. La ley fue impugnada ante la Justicia por violar el derecho constitucional de la mujer a la vida, a la salud y a la integridad física y moral.

90. Si bien la resolución de este caso se encuentra pendiente, diversos organismos internacionales ya han manifestado su preocupación ante la prohibición total del aborto. En

⁶⁴ CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS, *The World's Abortion Laws*, Nueva York, 2007.

⁶⁵ ANIKA RAHMAN, LAURA KATZIVE y STANLEY HENSHAW, "A Global Review of Laws on Induced Abortion, 1985-1997", *International Family Planning Perspectives*, vol. 24, no. 2, 1998, pp. 56-64; Women's Link Worldwide, *Extractos de la Sentencia de la Corte Constitucional que liberalizó el aborto en Colombia*, http://www.womenslinkworldwide.org/pdf/sp_pub_c355.pdf [en adelante *Extractos de la Sentencia de la Corte Constitucional*]; Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se Adiciona la Ley de Salud del Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal, México, 26 de abril, 2007, pp. 2-3; Acuerdo que Reforma, Adiciona y Deroga diversos puntos de la CIRCULAR/GDF-SSF/01/06 que contiene los Lineamientos Generales de Organización y Operación de los Servicios de Salud relacionados con la interrupción legal del embarazo en el Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal, México, 4 de mayo, 2007, pp. 2-5; Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez, Lei no. 16/2007, 17 de abril, 2007; CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS, *Abortion and the Law: 10 Years of Reform*, Centro de Derechos Reproductivos, Nueva York, 2005 (la actualización correspondiente al año 2007 se encuentra en los archivos del Centro de Derechos Reproductivos).

⁶⁶ *Ibid.*

efecto, el 10 de noviembre de 2006, el Relator Especial sobre Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana emitió una carta al Ministerio de Relaciones Exteriores de Nicaragua, enfatizando que:

[e]l aborto terapéutico ha sido internacionalmente reconocido como un servicio de salud especializado y necesario para las mujeres, cuyo propósito último es salvar la vida de la madre cuando es amenazada por el embarazo. La denegación de este servicio pone en peligro la vida de las mujeres, como también su integridad física y psicológica⁶⁷.

91. A su vez, como ya hemos visto, en sus más recientes conclusiones finales sobre Nicaragua, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer manifestó su preocupación por la reciente reforma legal para criminalizar el aborto terapéutico. El Comité resaltó la necesidad de evitar que las mujeres se vean forzadas a buscar abortos ilegales e inseguros, e instó al Gobierno de Nicaragua a:

[r]evisar las leyes relativas al aborto con miras a remover las normas punitivas impuestas sobre las mujeres que tienen abortos⁶⁸.

2. Jurisprudencia de tribunales extranjeros

92. Los tribunales constitucionales de los países referidos en esta exposición han empleado diferentes esquemas analíticos para abordar la constitucionalidad del aborto. La mayoría de los tribunales ha sopesado la protección de la vida potencial del feto con los derechos fundamentales a la vida, la salud y la dignidad de la mujer. Para hacerlo, han instaurado medidas de resguardo para proteger los intereses del feto⁶⁹, pero despenalizando el aborto en circunstancias que afecten de manera grave los derechos de la mujer.

93. Si bien Gran Bretaña y Australia, por su tradición jurídica, no han efectuado la misma ponderación constitucional de los intereses en conflicto, sí han llegado a los mismos resultados que sus vecinos europeos. Los tribunales de estos dos países siguen aceptando un marco penal general para el aborto, pero reconocen el *estado de necesidad* como legítima defensa frente al procesamiento. Por la importancia del precedente en la interpretación legal, los jueces han

⁶⁷ Carta del Relator sobre Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dirigida al Ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua (10 de Noviembre de 2006). El énfasis es nuestro.

⁶⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales, Nicaragua, U.N. Doc. CEDAW/C/NUC/CO/6 (2007), para. 18. El énfasis es nuestro.

⁶⁹ En la mayoría de los países, las leyes exigen que las mujeres obtengan consejería obligatoria con anterioridad al aborto y certificado médico sobre su necesidad. Alientan además la continuación del embarazo, proporcionando a la mujer instrucción, servicios de salud y apoyo económico. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Portugal advirtió que el requisito de proteger el feto se debería cumplir primordialmente con métodos no penales, incluida la educación, la consejería, los servicios de salud y el apoyo económico. Ver Tribunal Constitucional de Portugal, 29 de mayo, 1985, *Diário da República*, no. 85, p. 5844. En una decisión de 1993 (*Bundesverfassungsgericht*, vol. 88, p. 203), el Tribunal Constitucional alemán sostuvo que un consejero pre-aborto debe decidir cuándo es pertinente poner fin a la consejería y debe certificarlo. GERALD L. NEUMAN, "Casey in the Mirror: Abortion, Abuse and the Right to Protection in the United States and Germany", *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 1995, pp. 273, 284.

llegado a la conclusión de que una interpretación restringida del *estado de necesidad* no ofrecería protección suficiente a los derechos de una mujer en los casos en que la continuación del embarazo amenace su vida o su salud. Con el fin de asegurar que los derechos de la mujer estén adecuadamente protegidos, estos tribunales han interpretado el *estado de necesidad* de manera generosa, extendiendo las circunstancias cobijadas. En la práctica, esto ha significado un amplio acceso de las mujeres al aborto.

94. Francia y Estados Unidos, por su parte, reconocen expresamente el derecho de la mujer al aborto y permiten que ésta tome la decisión de interrumpir su embarazo dentro de las primeras etapas. La legislación francesa lo permite durante las primeras doce semanas⁷⁰. El fundamento constitucional del apoyo de los tribunales a esta legislación es la libertad de la mujer. Para la Corte Suprema de Estados Unidos, la facultad de abortar está amparada en el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁷¹. La Corte, además impide al gobierno crear cargas indebidas para el acceso al aborto antes de la viabilidad fetal. A pesar de que la admisión del aborto libre en las primeras etapas del embarazo podría llevar a pensar que estos tribunales privilegian los derechos de la mujer, una mirada atenta a sus argumentos demuestra que reconocen implícita o explícitamente el interés del Estado en proteger la vida potencial del feto y procuran conciliar este interés con el de la mujer embarazada.

2.1. La ponderación de intereses

95. Las decisiones jurídicas emitidas por la mayoría de los tribunales destacan la necesidad de conciliar el interés del Estado en proteger la vida potencial con los derechos de la mujer embarazada. Aunque estos tribunales han afirmado con consistencia el interés del Estado en la protección del feto, han reconocido que este interés no es absoluto y no supera los derechos fundamentales de la mujer. Estos tribunales han aplicado una prueba de ponderación de los intereses en conflicto para determinar si el embarazo representa un grave peligro para la mujer y justifica una excepción a la prohibición general del aborto. En los casos en los que la continuación del embarazo pone en grave riesgo los derechos de la mujer a la vida, la salud, la dignidad o la autonomía, estos tribunales han defendido consistentemente la excepción a la prohibición general del aborto y la han declarado constitucional.

96. Para los tribunales y órganos legislativos de estos países, las situaciones que vulneran de manera grave los derechos fundamentales de la mujer y justifican la excepción a la penalización general del aborto son: 1) la amenaza a la vida o la salud de la mujer embarazada; 2) la grave malformación física del feto; o 3) el embarazo producto de una violación.

⁷⁰ La legislación francesa calcula la edad fetal desde la supuesta fecha de concepción. El período de gestación límite es 14 semanas desde el último ciclo menstrual. Ver Código de Salud Pública (nouvelle partie législative): art. 2212-1.

⁷¹ Si bien una traducción literal del derecho aducido (*Privacy Right*) sería privacidad o intimidad, optamos por la traducción Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad, para no confundirlo con el derecho a la intimidad, que en la tradición jurídica de algunos países de América Latina remite a la protección constitucional sobre datos o hechos que sólo conciernen a la persona.

2.1.1. Italia

97. En 1975, la Corte Constitucional de Italia sostuvo que la prohibición absoluta del aborto era inconstitucional, y que la mujer tiene derecho a interrumpir su embarazo cuando este causa un peligro grave y médicamente certificable a su salud⁷². Si bien el tribunal reconoce “el derecho constitucional a la protección” del feto, sostuvo que no se le puede dar prioridad automática sobre los derechos de la mujer, sino que deben ser considerados de manera balanceada.

*El interés constitucionalmente protegido del concebido puede estar en pugna con otros intereses que gozan de protección constitucional. En consecuencia, la ley no puede conceder al primer interés [intereses fetales] un predominio completo y absoluto, negando al segundo interés una protección adecuada. Esta es precisamente la violación constitucional en este caso, que según el parecer de la Corte, invalida la actual sanción penal al aborto*⁷³.

98. La Corte subrayó que el peso acordado a los derechos a la vida y la salud de una persona plenamente desarrollada son más sustanciales que el deber del Estado de proteger la vida potencial del feto: “No hay equivalencia entre el derecho, no sólo a la vida, sino también a la salud de alguien que ya es una persona, como lo es la madre, y la protección al embrión que se ha de convertir en persona”⁷⁴.

99. En breve, para la Corte Constitucional de Italia, la potencialidad de vida del feto no puede valer más que el derecho a la vida y la salud de un ser humano plenamente desarrollado.

2.1.2. Alemania

100. Aunque la ley permite el aborto sin restricciones en cuanto a las razones⁷⁵, el Tribunal Constitucional alemán ha subrayado, durante tres décadas, que el feto tiene un derecho constitucional a la vida y ha declarado que el Estado tiene el deber de proteger la vida fetal. El Tribunal ha dejado en claro que su enfoque se basa en la decisiva afirmación del derecho constitucional a la vida incluida en la Ley Fundamental (Constitución) como un rechazo a la experiencia traumática del genocidio durante la II Guerra Mundial:

*La expresa incorporación a la Ley Fundamental del derecho a la vida -en contraste con la Constitución de Weimar- se puede explicar principalmente como una reacción a la ‘destrucción de vida que no merece la vida’, a la ‘solución final’ y a la ‘liquidación’ llevadas a cabo por el Régimen Nacional Socialista [Nazi] como decisión estatal*⁷⁶.

⁷² Ver Corte Constitucional italiana, 18 de febrero, 1975, no. 27, *Raccolta Ufficiale delle Leggi e dei Decreti della Repubblica Italiana*, p. 201, *Giurisprudenza Italiana* I. 1, p. 1416.

⁷³ *Ibid.*, p. 204. El énfasis es nuestro.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 205. En 1978, el Parlamento aprobó una ley de reforma al aborto que lo permitía en el primer trimestre cuando había malformación fetal, violación, incesto y una amplia gama de condiciones económicas, de salud y personales que serían afectadas por un embarazo no deseado.

⁷⁵ Código Penal, publicado por C.H. Beck, 1997, art. 218 (la traducción y el énfasis son nuestros).

⁷⁶ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 39, p. 1 (explicando que la vida existe “en cualquier caso desde el día 14 después de la concepción”), traducido en ROBERT E. JONAS y JOHN D. GORBY (trads.), “West

101. Pero, a pesar de la decisiva protección de los intereses fetales, el Tribunal Constitucional alemán también ha reconocido que esos intereses deben ser equilibrados con los derechos de la mujer embarazada. En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha defendido la autoridad del poder legislativo para permitir abortos que protejan el derecho de la mujer embarazada a la vida y la salud, o que eviten la grave vulneración de sus derechos, como la que proviene de embarazos con grave malformación fetal o resultado de una violación.

102. En un caso de 1975, el Tribunal Constitucional alemán reconoció que el derecho a la vida del feto no podía ser desconocido en los embarazos normales. Declaró que el feto está amparado por la protección del artículo 2 de la Ley Fundamental, que garantiza que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad corporal”. Estimó entonces que el derecho a la vida del feto está garantizado constitucionalmente⁷⁷ y que en los embarazos normales, la autonomía de las mujeres no es razón suficiente para desestimar el derecho a la vida del feto⁷⁸.

103. A pesar de prohibir los abortos libremente decididos, el Tribunal reconoce que el aborto es permisible cuando el embarazo pone en grave riesgo los intereses fundamentales de la mujer. Para el Tribunal, los derechos de la mujer embarazada, al igual que los derechos del feto, deben ser contemplados “en su relación con la dignidad humana; centro del sistema de valores de la Constitución”⁷⁹.

104. Para sopesar estos valores, el Tribunal señaló ciertas circunstancias en las que los abortos serían permisibles: cuando la vida y la salud de la mujer están en riesgo, “su propio ‘derecho a la vida y a la inviolabilidad corporal’ [...] está en juego, y no se puede esperar que ella lo sacrifique por la vida no nacida”.⁸⁰ Sostuvo también que el deber del Estado de proteger la vida no se incumple al permitir abortos en los casos en que el embarazo impone “cargas extraordinarias sobre la mujer embarazada”.⁸¹ El Tribunal declaró específicamente que las malformaciones fetales, el embarazo producto de una violación y otras situaciones “sociales o de emergencia” cumplen los requisitos para ser calificados como cargas extraordinarias⁸². “La situación social general de la mujer embarazada y su familia puede producir conflictos de tal magnitud que no se puede exigir, por medio del derecho penal, sacrificar, más allá de lo necesario, a la mujer embarazada en favor de la vida no nacida...”⁸³.

El punto de vista decisivo es que en todos estos casos hay otro interés que merece igual protección, desde el punto de vista de la Constitución, y que afirma su validez con tal urgencia que el orden legal del Estado no puede exigir que la

German Abortion Decision: A Contrast to Roe v. Wade”, *John Marshall Journal of Practice & Procedure*, vol. 9, 1976, pp. 606, 637. El énfasis es nuestro.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 638 (el Tribunal, con cita de la Ley Fundamental).

⁷⁸ *Ibid.*, p. 644.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 643 (cita omitida).

⁸⁰ *Ibid.*, p. 648.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

*mujer embarazada deba, en todas las circunstancias, otorgar precedencia al derecho del no nacido*⁸⁴.

105. De este modo, el Tribunal reconoció que la protección del derecho del feto a la vida no podía imponer categóricamente considerables cargas físicas y económicas a la mujer o a su familia⁸⁵.

106. Es importante notar que desde entonces el Tribunal ha sostenido la expansión del lenguaje legislativo del derecho al aborto, reafirmando al mismo tiempo el deber del estado de proteger la vida potencial. En 1993, el Tribunal decidió que el poder legislativo podía permitir el aborto durante las primeras 12 semanas del embarazo y permitir a la mujer embarazada tomar la decisión final, con tal que participe en servicios de consejería y haya un período de espera previo al procedimiento⁸⁶. En respuesta a esta decisión, el poder legislativo aprobó una nueva ley en 1995 despenalizando todos los abortos de primer trimestre, conforme a ciertos requisitos de procedimiento⁸⁷.

2.1.3. España

107. En 1983 se presentó un proyecto de ley que permitía abortos, bajo ciertas restricciones de tiempo, en los casos en que el embarazo: 1) planteaba un grave peligro a la vida o la salud de la mujer; 2) fuera resultado de violación; o 3) resultara en una criatura con graves malformaciones⁸⁸. El proyecto de ley fue impugnado por supuesta violación del derecho constitucional del feto a la vida y a la integridad física y moral.

108. El Tribunal Constitucional español declaró que el feto, aunque no es persona, es “un bien jurídico constitucionalmente protegido”⁸⁹. No obstante, consideró que “la protección [del bien fetal] [no] es absoluta, porque como ocurre en el caso de todos los bienes y derechos reconocidos constitucionalmente, en determinadas situaciones pueden y deber estar sometidos a limitaciones....”. El Tribunal subrayó que “los derechos [del feto] no pueden prevalecer incondicionalmente sobre los derechos de la mujer, y tampoco pueden los derechos de ella tener

⁸⁴ *Ibid.* El énfasis es nuestro.

⁸⁵ El Tribunal Constitucional reafirmó esta decisión en 1993, al convalidar una ley que modificaba el sujeto legitimado para determinar las excepciones, otorgando esa facultad al sistema de consejería obligatoria. En *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 88, p. 203, el Tribunal reconoció, de nuevo, que el feto tenía derecho a la vida, pero sostuvo que la dignidad humana de la mujer, el derecho a la vida y la salud, y el derecho al libre desarrollo de su personalidad, justifican que se le permita interrumpir un embarazo dentro de las doce primeras semanas de la concepción cuando éste: 1) creara un grave peligro a su vida o salud; 2) fuera resultado de delitos sexuales; 3) tuviera por resultado una criatura con graves defectos de nacimiento; o 4) creara una situación de necesidad personal comparable en intensidad a las situaciones descritas en las tres primeras excepciones enumeradas. NEUMAN, *supra* nota 5, pp. 279-82.

⁸⁶ NEUMAN, *supra* nota 5, pp. 282-283, 285.

⁸⁷ NANETTE FUNK, “Abortion Counseling and the 1995 German Abortion Law”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 12, 1996, pp. 51-52 (Grosse Mehrheit für das neue Abtreibungsrecht. Fristenregulung mit Beratungspflicht beschlossen, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 30 de junio, 1995).

⁸⁸ *Annual Review of Population Law*, vol. 12, 1985, pp. 37-38.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, 11 de abril, 1985, *Boletín Oficial del Estado*, no. 53, <<http://www.ual.es/~canonico/tribunalconstitucional/1981-1985/tc1985053.htm>>, visitada el 14 de mayo, 2007.

la primacía absoluta sobre la vida “del que va a nacer”⁹⁰. Por lo tanto, los derechos de la mujer embarazada y los del feto se han de equilibrar para determinar la constitucionalidad del aborto en determinadas circunstancias.

109. En los casos en los que el embarazo amenaza la vida de una mujer, el Tribunal consideró que forzarla a llevar el feto a término vulneraría su derecho a la vida:

*Si la vida “del que va a nacer” se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido [la madre], y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida.... Por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre*⁹¹.

110. El Tribunal consideró, además, que una excepción basada en una amenaza grave a la salud física y mental de la mujer era justificable y significaba la protección de los derechos constitucionales de la mujer a la vida y la integridad física: “Por ello, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada [para motivar ese sacrificio]”⁹².

111. En el caso de malformaciones fetales, el Tribunal enmarcó su análisis en la carga que impondría a la mujer y a su familia actual, y sostuvo que una obligación de este tipo “entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres y, especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales....”⁹³.

112. El Tribunal también consideró que la excepción basada en el embarazo producto de la violación afirma el derecho constitucional de la mujer a la dignidad; que definió como “íntimamente vinculado” a las disposiciones constitucionales que protegen el libre desarrollo de la personalidad (art. 10); el derecho a la integridad física y moral (art. 15); el derecho a la libertad de ideas y creencias (art. 16); el derecho al honor, la intimidad personal y familiar, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer (art. 18.1)⁹⁴. El Tribunal resaltó la necesidad de asegurar que la mujer no sea forzada a sufrir las consecuencias de un acto violento que ya ofendió profundamente el respeto a su dignidad personal:

Basta con considerar que la gestación tiene su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado sobreponiéndose a la resistencia de ella por medio de la violencia, perjudicando de manera importante su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad.... Es manifiesto

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.* El énfasis es nuestro.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

*que obligarla a soportar las consecuencias de un acto de esa naturaleza es algo que no se le puede pedir*⁹⁵.

2.1.4. Portugal

113. El 11 de febrero de 2007, se llevó a cabo un referendo nacional en el que la mayoría votó a favor de la liberalización de la ley de aborto. Posteriormente, el 17 de abril de 2007, el parlamento portugués reformó la ley de 1984 y aprobó una nueva legislación que autoriza la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras 10 semanas de gestación⁹⁶.

114. Antes de la nueva Ley, el Tribunal Constitucional de Portugal había sostenido de manera consistente leyes que permiten el aborto en determinadas circunstancias en las que se afectan los derechos fundamentales de la mujer embarazada. El Tribunal declaró que aunque el feto tiene un derecho constitucional a la protección, este derecho es limitado y no puede pesar más que los derechos de las personas vivas, como los de la mujer a la vida, la salud y la dignidad.

115. La ley de 1984 suspendía el procesamiento penal del aborto cuando existía: 1) malformación fetal; 2) peligro para la vida de la mujer o daño grave e irreversible a la salud física o mental de la mujer; o 3) embarazo resultado de violación⁹⁷. En respuesta a una solicitud del Presidente, el Tribunal determinó la constitucionalidad de la nueva ley⁹⁸.

116. En 1985, después de que la ley entrara en vigor, se pidió nuevamente al Tribunal que la revisara y reafirmara su constitucionalidad⁹⁹. Al sopesar el interés del estado en el feto y los derechos de la mujer, el Tribunal reiteró que se debe otorgar mayor peso a los derechos de las personas vivas:

*La protección debida al derecho de cada persona a su vida no es directamente aplicable, ni está en el mismo nivel, de la vida prenatal en el útero. Esta distinción es muy importante, especialmente con respecto a conflictos con otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Si bien es difícil imaginar que podría haber otro derecho que, enfrentado con el derecho a la vida, podría justificar el sacrificio del derecho a la vida, podemos imaginar situaciones en las que el bien protegido constitucionalmente, que es la vida prenatal, tiene que ceder el paso cuando entra en conflicto, no sólo con otros valores o bienes constitucionales, sino sobre todo con determinados derechos fundamentales (específicamente los derechos de una mujer a la vida, la salud, el buen nombre y reputación, la dignidad, la maternidad voluntaria, etc.)*¹⁰⁰.

117. En un caso posterior, la Corporación explicó que la ponderación entre los derechos de la mujer y el feto depende, en parte, de la duración del embarazo. Declaró que “el Estado tiene un

⁹⁵ *Ibid.* El énfasis es nuestro.

⁹⁶ Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez, *supra* nota 3, art. 142(1)(e).

⁹⁷ Exclusão de ilicitude em Alguns Casos de Interrupção Voluntária da Gravidez, Lei no. 6/84, 11 de mayo, 1984.

⁹⁸ Tribunal Constitucional de Portugal, 19 de marzo, 1984, *Diário da República*, no. 25, p. 2982.

⁹⁹ Tribunal Constitucional de Portugal, 29 de mayo, 1985, *Diário da República*, no. 85, p. 5844.

¹⁰⁰ *Ibid.* El énfasis es nuestro.

gran deber de proteger al feto cuanto más cerca está de nacer¹⁰¹. Estimó que, en general, el derecho del feto prevalecería en las últimas semanas del embarazo, pero a la mujer se le podía dar mayor autonomía para tomar la decisión de abortar en las primeras semanas¹⁰². Resulta significativo que el Tribunal sostuviera que la Constitución no exige la penalización del aborto en las diez primeras semanas de gestación¹⁰³.

2.1.5. Colombia

118. El 10 de mayo de 2006, la Corte Constitucional de Colombia decidió que la prohibición absoluta del aborto, consagrada en el artículo 122 del Código Penal, vulneraba los derechos fundamentales de la mujer, y en ese sentido resolvió que el aborto está legalmente permitido en las siguientes circunstancias¹⁰⁴:

- i) *cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico,*
- ii) *cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico, y*
- iii) *cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto*¹⁰⁵.

119. Del examen de los tratados y convenios internacionales, la Corte Constitucional colombiana concluyó que: “[D]e las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos (...)”¹⁰⁶, para concluir que la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes y por tanto requieren protecciones jurídicas distintas, y en ese sentido prevalecen los derechos a la vida, dignidad, libre desarrollo de la mujer por encima de la protección al que está por nacer.

120. Para los casos de acceso carnal, abusivo o sin consentimiento, inseminación artificial no consentida e incesto, la Corte determinó que someter a una mujer a llevar a término el producto de la violación constituye una carga desproporcionada para la víctima y, asimismo, enfatizó la importancia del reconocimiento del principio de autonomía y libre desarrollo de la gestante a la hora de asumir la decisión de llevar a cabo la maternidad en dichas circunstancias específicas.

¹⁰¹ Tribunal Constitucional de Portugal, 18 de abril, 1998, *Diário da República*, no. 288, p. 47, <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>>, visitada el 14 de mayo, 2007.

¹⁰² *Ibid.*, p. 49.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 43.

¹⁰⁴ Los extractos de esta decisión pueden consultarse en *Extractos de la Sentencia de la Corte Constitucional*, supra nota 3.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 77-78. El énfasis es nuestro.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 26.

*La mujer que como consecuencia de una vulneración de tal magnitud a sus derechos fundamentales queda embarazada no puede jurídicamente ser obligada a adoptar comportamientos heroicos, como sería asumir sobre sus hombros la enorme carga vital que continuar el embarazo implica, ni indiferencia por su valor como sujeto de derechos, como sería soportar impasiblemente que su cuerpo, contra su conciencia sea subordinado a ser un instrumento útil de procreación*¹⁰⁷.

121. Adicionalmente, la Corte afirmó que en los dos casos restantes de liberalización, cuando exista peligro para la vida o la salud de la mujer y exista grave malformación que haga inviable la vida del feto, el Estado desde la norma penal no puede exigir el sacrificio de la vida en formación a cargo de la mujer, ni tampoco imponer actos heroicos de ofrendar su propia vida por un tercero potencialmente viable o en algunos casos inviable. En tanto que, si bien es verdad, el ordenamiento jurídico protege el bien jurídico de la vida no la protege de igual manera en las múltiples etapas de desarrollo y por lo tanto cada etapa merece una protección distinta, y en este caso específico prevalece la protección de los derechos a cargo de la mujer que la protección jurídica al que está por nacer.

*[L]a vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana*¹⁰⁸.

122. Para finalizar, la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional afirma que los

*[d]erechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y, por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social*¹⁰⁹.

123. Las decisiones de los tribunales de Alemania, Colombia, España, Italia y Portugal enseñan cómo la Suprema Corte de Justicia de México puede respaldar el interés del Estado en la vida potencial, y al mismo tiempo reconocer que dicho interés no puede truncar los derechos fundamentales de la mujer embarazada. Como ser humano plenamente formado, la mujer posee derechos fundamentales a la vida, la salud y la dignidad que deben ser respetados. Los ejemplos señalados muestran que todos los tribunales conceden mayor peso a los derechos constitucionales de la mujer, que al interés en la vida potencial del feto, y le permiten interrumpir su embarazo cuando éste sea una amenaza contra su salud o su vida, cuando enfrente malformaciones fetales, o cuando sea resultado de la violación.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 58. El énfasis es nuestro.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 22. El énfasis es nuestro.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 34. El énfasis es nuestro.

2.2. El estado de necesidad

124. En los países que conservan un marco penal para el aborto, el *estado de necesidad* es aceptado como defensa. Sin embargo, tanto los tribunales de la tradición jurídica continental, como los de la tradición anglosajona, han expresado que la interpretación del *estado de necesidad* debe ser amplia. Cuando se exige que la mujer demuestre una amenaza inmediata y grave a su vida, la excepción del *estado de necesidad* es inadecuada para resguardar sus derechos fundamentales. La Corte Constitucional italiana, por ejemplo, sostuvo que el *estado de necesidad* es insuficiente para proteger la salud materna y exigió la creación de salvaguardas específicas para la mujer embarazada con el fin de asegurarla¹¹⁰. Asimismo, tribunales del Reino Unido y Australia han rechazado la interpretación restringida del *estado de necesidad*. En lugar de rechazar esta defensa abiertamente, como lo hizo la Corte Constitucional de Italia, estos tribunales han ejercido su autoridad judicial para definir de manera amplia el principio del *estado de necesidad* en el contexto del aborto. El resultado ha sido su aceptación para la mayoría de las circunstancias.

2.2.1. Italia: la insuficiencia del estado de necesidad

125. En 1975, la Corte Constitucional de Italia declaró que el *estado de necesidad* que contiene el Código Penal y que exige una amenaza inmediata y grave, no proporciona suficiente protección a las mujeres cuando el embarazo representa un grave peligro para su salud:

*La condición de la mujer embarazada es particular y no está adecuadamente protegida por una norma de aplicabilidad general como lo es el artículo 54 del Código Penal, que exige no sólo que el daño o peligro sea grave y absolutamente inevitable, sino también que sea un peligro o daño presente. Aunque se pueda prever el daño o el peligro de continuar el embarazo, no siempre es inmediato*¹¹¹.

126. Como el tipo de amenaza que significa la no-interrupción del embarazo podría no satisfacer el requisito de inmediatez de la defensa por necesidad, tal como lo define el Código Penal, la Corte pidió la creación de protecciones específicas para los tipos de riesgos que puede plantear un embarazo. Además, declaró expresamente que el *estado de necesidad* es conceptualmente inapropiado para el contexto del aborto. Según la Corte, la aceptación de esta defensa interpretaría erróneamente el peso dado a los derechos de la mujer a la vida y la salud y el derecho del feto a la protección.

*El Artículo 54 del Código Penal [sobre el estado de necesidad] parte del supuesto de que hay una equivalencia entre el bien violado por el autor del delito con el fin de proteger otro bien. Sin embargo, no hay equivalencia entre el derecho, no sólo a la vida, sino también a la salud de alguien que ya es persona, como lo es la madre, y salvaguardar el embrión que aún tiene que llegar a ser persona*¹¹².

¹¹⁰ Corte Constitucional italiana, 18 de febrero, 1975, no. 27, *Raccolta Ufficiale delle Leggi e dei Decreti della Repubblica Italiana*, pp. 204-205.

¹¹¹ *Ibid.* El énfasis es nuestro.

¹¹² *Ibid.* El énfasis es nuestro.

127. Como a la salud de la mujer se le ha de otorgar mayor peso que a los intereses fetales, la Corte sostuvo que el *estado de necesidad* es inadecuado para ser tomado en consideración en el análisis de la permisividad del aborto cuando la vida o la salud de la mujer está amenazada, inclinándose, como hemos visto, por declarar la inconstitucionalidad de la punición incondicionada del aborto.

2.2.2. Gran Bretaña y Australia: la amplia interpretación del estado de necesidad

128. A diferencia de la mayoría de los tribunales europeos, que han ponderado el interés del estado en el feto y los derechos de la mujer para crear excepciones explícitas y limitadas a la penalización del aborto, los tribunales de Gran Bretaña y Australia han analizado el tema del aborto dentro de los principios generales de derecho penal. Esta diferencia de enfoque se puede explicar en parte por la falta de una constitución escrita en el Reino Unido y de una declaración formal de derechos en la Constitución australiana. A pesar de estas diferencias, estos países llegaron a las mismas conclusiones que sus homólogos europeos a través de la reinterpretación y expansión de principios de derecho penal. Estos tribunales han aceptado que el *estado de necesidad*, como defensa penal general, puede proteger suficientemente los derechos de la mujer, pero la han redefinido, en el contexto del aborto de manera que se aplique a una amplia gama de circunstancias. Han declarado expresamente que este principio de defensa, tal como se aplica en el contexto del aborto, no se limita a las circunstancias que plantean una amenaza inmediata a la vida física o a la salud de la mujer; abarca también las amenazas a su salud mental y su bienestar socio-económico. En la práctica, este principio permite el aborto en virtualmente todas las circunstancias.

129. Esta interpretación fue abordada por primera vez por un tribunal británico de segunda instancia hace más de seis décadas¹¹³. En 1938, un médico notificó a las autoridades que planeaba realizar un aborto en un hospital de Londres a una adolescente de catorce años que había sido violada por soldados. El médico fue procesado penalmente por violar una ley que prohibía todo tipo de abortos, excepto cuando eran necesarios para salvar la vida de la mujer.

130. Al proporcionar instrucciones al jurado sobre si un aborto realizado en esas circunstancias podía entrar en la excepción del *estado de necesidad* que contempla la ley, el juez señaló la dificultad que implica distinguir entre una amenaza a la vida física y una amenaza a la salud: “¿Hay una línea de distinción perfectamente clara entre peligro para la vida y peligro para la salud? Yo pensaría que no. Yo pensaría que el deterioro de la salud puede llegar a un nivel en que es un peligro para la vida”¹¹⁴. El juez concluyó:

*Si la posible consecuencia de la continuación del embarazo es hacer de la mujer un ser física o mentalmente destrozado, el jurado está plenamente autorizado a opinar que el médico que operó en esas circunstancias, y con esa sincera convicción, lo hace con el fin de preservar la vida de la mujer*¹¹⁵.

¹¹³ Véase Caso *R v. Bourne*, 1938, *All England Law Reports*, vol. 3, p. 615.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.* El énfasis es nuestro.

131. El jurado exculpó al médico de las acusaciones penales y consideró que los efectos psicológicos en la víctima de violación son suficientemente graves.

132. Después de *R v. Bourne*, una serie de casos de tribunales inferiores aclararon y definieron mejor las condiciones en las que se podía justificar el aborto con el *estado de necesidad* como defensa. Repetidamente han manifestado que el embarazo debe significar una amenaza a la vida, pero que ésta se puede manifestar como un peligro tanto al bienestar físico como al mental de la mujer¹¹⁶. Aunque los tribunales han desarrollado el *estado de necesidad* como defensa, la legislatura aprobó una norma que define las excepciones en las que es permitido el aborto, e incluye toda la gama de excepciones aprobadas por los tribunales del Reino Unido¹¹⁷.

133. Del mismo modo, en los tribunales estatales australianos, el principio del *estado de necesidad* ha sido usado como una defensa en el caso del aborto, y ha sido ampliamente interpretado para incluir la amenaza a la salud mental y física de la mujer¹¹⁸. En *R v. Davidson*¹¹⁹, la Corte Suprema de Victoria revisó el juicio de un médico de Melbourne acusado de realizar abortos. Como los tribunales británicos, la Corte australiana se negó expresamente a limitar el principio del *estado de necesidad* a circunstancias que representan un peligro para la vida de la mujer y reconoció, en cambio, que esta defensa se podía basar en graves riesgos para su salud física o mental, siempre que sean más graves que los inherentes a un embarazo normal¹²⁰. La Corte declaró que para determinar la ilegalidad de un aborto, la Corona debe probar que el acusado no actuó bajo la convicción sincera y razonable acerca de la necesidad del acto para proteger a la mujer embarazada de una grave amenaza a su vida o salud física o mental. El fiscal es quien tiene la carga de la prueba y debe refutar, como mínimo, uno de los elementos del principio del *estado de necesidad*, lo que determina, en la práctica, que sea muy difícil que se profieran sentencias condenatorias.

¹¹⁶ En *R v. Newton*, por ejemplo, un médico fue acusado y condenado por realizar un aborto ilegal. En las instrucciones al jurado, la Corte declaró:

La ley sobre el uso de instrumentos para ocasionar aborto es la que sigue: “este uso de un instrumento es ilegal a menos que se use con buena fe y con la intención de preservar la vida o la salud de la mujer”. Cuando digo salud, me refiero no sólo a su salud física, sino también a su salud mental. *Criminal Law Review*, vol. 5, 1958, p. 469 (citando el caso *R v. Newton Central Criminal Court*, 1958 (no publicado)).

¹¹⁷ En la práctica esta legislación permite que las mujeres en Gran Bretaña tengan acceso virtualmente absoluto al aborto dentro de las primeras veinticuatro semanas de embarazo. Las excepciones reglamentarias son: 1) cuando continuar el embarazo implica, para la salud física o mental de la mujer, un riesgo mayor que interrumpirlo (con el límite de veinticuatro semanas); 2) cuando continuar el embarazo implica, para la salud física o mental de cualquiera de los hijos existentes, un riesgo mayor que interrumpirlo (con el límite de veinticuatro semanas); 3) riesgo para la vida de la mujer embarazada; 4) riesgo para la vida de la mujer embarazada; y 5) si la criatura fuera a estar gravemente discapacitada si naciera. Véase KERRY PETERSON, “Abortion Laws: Comparative and Feminist Perspectives in Australia, England and the United States”, *Med Law International*, vol. 2, 1996, pp. 84-85 (describiendo la Ley de Aborto del Reino Unido (1967), reformada por la Human Fertilisation and Embryology Act (1990)).

¹¹⁸ En Australia, el aborto está regulado por cada estado a través de reglamentos, la interpretación judicial de los reglamentos y el derecho común. PETERSON, *ibid.*, p. 88.

¹¹⁹ Caso *R v. Davidson*, 1969, *Victorian Reports*, p. 667.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 671 (*declarando que* “[el estado de necesidad] no debe limitarse al peligro a la vida, y debe aplicarse igualmente al peligro al estado físico o mental con tal que constituya un grave peligro y no sea sólo los peligros normales del embarazo y el parto”).

134. Los tribunales australianos han mantenido la referencia al caso *Davidson* como precedente, y han ampliado las circunstancias motivo de la defensa. En *R v. Wald*¹²¹, de Nueva Gales del Sur, el jurado exculpó a cinco acusados a los que se culpaba de realizar abortos ilegales. En las instrucciones al jurado, el juez aplicó el principio del *estado de necesidad*, pero amplió la definición de “peligro grave para la salud mental” para permitir que el jurado tomara en consideración factores socio-económicos:

*En mi opinión, le corresponde al jurado decidir si existía, en el caso de cada mujer, alguna causa o razón económica, social o médica que en su opinión pudiera constituir razón suficiente para que una acusada pudiera sincera y razonablemente creer que iba a haber un grave peligro para su salud física o mental*¹²².

135. Asimismo, en el caso *CES v. Superclinics (Aust) Pty Ltd*, la Corte de Apelaciones de Nueva Gales del Sur adoptó una defensa más amplia del *estado de necesidad* que incluyó amenazas a la salud mental de la mujer procedentes de las consecuencias socio-económicas adversas del embarazo¹²³. Un juez resaltó que un médico puede considerar las consecuencias sociales y económicas a las que la mujer estaría expuesta después del embarazo para determinar si su salud mental estaría en grave riesgo de continuar con el embarazo:

*Habiendo reconocido la pertinencia de otros motivos económicos o sociales que pueden dar origen a este tipo de creencia, es ilógico excluir de la consideración, como factor relevante, la posibilidad de que el estado psicológico de la paciente se pueda ver amenazado después del nacimiento de la criatura, por ejemplo, debido a las circunstancias económicas y sociales en las que probablemente se encuentre entonces*¹²⁴.

136. En conclusión, sea a través de la consideración de la insuficiencia del *estado de necesidad*, como ocurre en el caso de los tribunales italianos, o a través de una amplia interpretación de esta defensa, como en el caso de los tribunales anglosajones, todos los jueces han declarado que limitar los abortos a casos en los que existe una amenaza física inmediata no da suficiente preponderancia a los derechos fundamentales de la mujer a la salud mental y física.

2.2.3. Colombia: el estado de necesidad es insuficiente para proteger los derechos de las mujeres

137. La Corte Constitucional colombiana estudió la constitucionalidad del numeral 7 del artículo 32 del Código Penal, que excluye la responsabilidad penal cuando se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, y concluyó que por ser el estado de necesidad un eximente de responsabilidad de la parte general del Código Penal aplicable a los delitos compatibles de ausencia de responsabilidad, no puede declararse la inconstitucionalidad de dicho numeral. En la medida que, “el estado de necesidad en materia

¹²¹ Caso *R v. Wald*, 1971, *District Court Reports (New South Wales)*, vol. 3, p. 25.

¹²² *Ibid.*, p. 29. El énfasis es nuestro.

¹²³ Caso *CES v. Superclinics (Aust) Pty Ltd*, 1995, *New South Wales Law Reports*, vol. 38, p. 47.

¹²⁴ *Ibid.* El énfasis es nuestro.

penal cumple una función mucho más amplia que aquella de servir en algunos casos como causal de exoneración de la responsabilidad penal de la mujer que aborta”¹²⁵. “[L]a causal de ausencia de responsabilidad penal acusada, como todas las demás causales contempladas en el aludido artículo, resultan aplicables no sólo al delito de aborto sino, en general, a todas las hipótesis de delito compatibles con las mismas. Dado que se trata de una acusan genérica no puede resultar afectada de inconstitucionalidad por los cargos expuestos”¹²⁶.

138. Por último, la Corte afirma que al despenalizarse parcialmente el aborto en las tres circunstancias específicas, dichas circunstancias pierden su contenido penal y en ese sentido no habría lugar a indagar por la responsabilidad penal¹²⁷.

2.3. El derecho de la mujer al aborto

139. A diferencia de la mayoría de los países europeos y del *Commonwealth*, Francia y Estados Unidos destacan de manera particular la autonomía de la mujer para elegir abortar en las primeras etapas del embarazo, sin supervisión médica, y sin amenaza de sanción penal. No obstante, como en los otros países, sus decisiones no desconocen el interés estatal en la protección de la vida potencial del feto y llevan a cabo una ponderación de intereses. Los tribunales franceses han declarado la constitucionalidad de la legislación que permite a la mujer decidir por sí misma continuar con su embarazo en las primeras semanas y han declarado que esta legislación tiene su fundamento constitucional en la libertad de la mujer. Consideran que estas normas respetan el equilibrio entre la dignidad humana -implícitamente, la del feto- y la autonomía de la mujer. Estados Unidos reconoce específicamente el derecho al aborto como parte del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad y aplica la ponderación para determinar el alcance del derecho al aborto.

2.3.1. Francia: la libertad de decidir

140. En 1975, el Consejo Constitucional de Francia declaró la constitucionalidad de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, que despenaliza el aborto hasta la décima semana del embarazo cuando su continuación pueda causar perturbaciones a la mujer¹²⁸. La ley no define el término perturbación, y la determinación acerca de si el embarazo la genera es discrecional de la mujer.¹²⁹ Después de la décima semana, la ley permite el aborto en los siguientes casos: 1) si la continuación del embarazo constituye un serio peligro para la vida o la salud de la mujer, ó 2) si se trata de malformaciones fetales¹³⁰.

¹²⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, 10 de mayo, 2006, p. 279.

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 278-9.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 279.

¹²⁸ “Abortion”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 24, 1975, pp. 587, 587-88 (Consejo Constitucional francés, 15 de enero, 1975, D. 1975, Jur. 529, con nota de Léo Hamon). La Ley consistía en buena medida en un nuevo capítulo en el Código de Salud Pública. Ver Código Penal francés, art. 317, que tipifica el delito de aborto. Cabe aclarar que, como el sistema de control de constitucionalidad francés es previo a la aprobación de la ley, el Consejo se expidió sobre lo que entonces era un proyecto de ley –que, a la postre, se convirtió en ley.

¹²⁹ BARTHA M. KNOPPERS, ISABEL BRAULT y ELIZABETH SLOSS, “Abortion Law in Francophone Countries”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 38, 1990, pp. 889, 904 (discutiendo Código de Salud Pública, art. 161-1).

¹³⁰ *Ibid.*, p. 905.

141. Quienes impugnaban la ley argumentaron que era inconstitucional porque el feto debía estar protegido de acuerdo con las garantías constitucionales a la vida y la protección de la salud de la infancia.¹³¹ Se apoyan en el Preámbulo a la Constitución de 1958 que establece que “todo ser humano ... posee derechos sagrados e inalienables”¹³², y en el Preámbulo a la Constitución de 1946 que establece que la nación “garantiza la protección de la salud a todos, en especial a los niños y a las madres”¹³³.

142. El Consejo Constitucional rechazó estos argumentos y declaró que la ley no era contraria a ninguna disposición constitucional francesa¹³⁴. Por inferencia, el derecho constitucional a la salud se aplica sólo a niños/as nacidos¹³⁵. El Consejo rechazó los argumentos basados en el derecho a la vida del feto, explicando que la ley garantiza el respeto a toda vida humana, pero que ese respeto está sometido a limitaciones¹³⁶. Consideró que la autonomía de las mujeres para elegir abortar está fundamentada en su derecho a la libertad.

143. En 2001, al considerar un proyecto de ley que ampliaba el periodo durante el cual se puede interrumpir voluntariamente un embarazo de diez a doce semanas, el Consejo reafirmó su anterior resolución explicando: “Cuando una mujer embarazada, por causa de su embarazo, se encuentra en un estado de perturbación, la Ley no ... rompe el equilibrio entre la salvaguarda de la dignidad humana frente cualquier forma de deterioro y la libertad de las mujeres que exige la Constitución”¹³⁷.

2.3.2. Estados Unidos: el libre desarrollo de la personalidad

144. Estados Unidos reconoce el derecho específico al aborto como parte del derecho más amplio al libre desarrollo de la personalidad. No obstante, los tribunales de Estados Unidos han declarado que este derecho no es ilimitado y depende del peso del interés estatal en proteger la vida potencial del feto y la salud de la mujer embarazada. Por lo tanto, a pesar de su diferente aproximación, Estados Unidos se asemeja a los países europeos en el uso que hace de la ponderación para determinar el alcance del acceso al aborto.

145. En su primer caso importante sobre la materia, *Roe v. Wade*¹³⁸, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que el “derecho [constitucional] a libre desarrollo de la personalidad... es lo suficientemente amplio como para abarcar la decisión de la mujer de interrumpir o no su

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Traducido en MARY ANN GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Europe*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1987, p. 162, nota 34.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Véase Consejo Constitucional francés, 15 de enero, 1975, D. 1975, Jur. 529, pár. 11, con nota de Léo Hamon, <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/langues/anglais/a7454dc.pdf>> visitada el 14 de mayo, 2007.

¹³⁵ H. PATRICK GLENN, “The Constitutional Validity of Abortion Legislation: A Comparative Note”, *McGill Law Journal*, vol. 21, 1975, pp. 673, 677.

¹³⁶ Véase Consejo Constitucional francés, *supra* nota 119, pár. 9, con nota de Léo Hamon.

¹³⁷ Consejo Constitucional francés, 27 de junio, 2001, D. 2001, Jur. 74, pár. 5, con nota de Bertrand Mathieu.

¹³⁸ Ver Corte Suprema de los Estados Unidos de América, caso *Roe v. Wade*, 22 de enero, 1973, *U.S. Reports*, vol. 410, 1973, p. 113.

embarazo”¹³⁹. Consideró el daño físico, mental y socioeconómico que el Estado puede causar a una mujer embarazada al negarle la elección de abortar:

*Puede incluir el daño específico, directo y médicamente diagnosticable incluso en el embarazo temprano. La maternidad, o la prole adicional, puede imponer a la mujer una vida y un futuro angustiosos. El daño psicológico puede ser inminente. La salud mental y física pueden ponerse a prueba con el cuidado de la criatura. También debe considerarse la perturbación, para todos los implicados, asociada con el hijo no deseado, y el problema de incorporar una criatura a una familia ya incapaz, psicológicamente y de otras maneras, de atenderla. En otros casos, como en éste, pueden estar implicadas dificultades adicionales y el constante estigma de ser madre soltera*¹⁴⁰.

146. Aunque la Corte protegió el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo antes del período de viabilidad, también declaró que “el derecho al libre desarrollo de la personalidad... no es absoluto”¹⁴¹. Procuró, además, equilibrar los intereses de la mujer embarazada, el interés del Estado en la salud materna y el interés del Estado en la vida potencial: “[El] Estado puede afirmar legítimamente importantes intereses en la protección de la salud, el mantenimiento de estándares médicos y la protección de la vida potencial. En determinado momento del embarazo estos intereses pueden llegar a ser, cada uno, tan apremiante que justifiquen la reglamentación de las causas que rigen la decisión de abortar”¹⁴².

147. En el caso *Planned Parenthood v. Casey*¹⁴³, la Corte Suprema reafirmó el derecho de la mujer embarazada a abortar y articuló más ampliamente los intereses del Estado y de la mujer que han de estar equilibrados:

*Hay que declarar desde el inicio y con claridad que la consideración esencial de Roe, consideración que reafirmamos, consta de tres partes. La primera es un reconocimiento del derecho de la mujer a practicarse un aborto antes de la viabilidad, y lograrlo sin la indebida interferencia del Estado. Antes de la viabilidad, los intereses del Estado no son lo bastante fuertes como para respaldar una prohibición del aborto o la imposición de un obstáculo sustancial al derecho efectivo de la mujer a elegir el procedimiento. La segunda parte es una confirmación del poder del Estado para restringir los abortos después de la viabilidad fetal, si la ley contiene excepciones para embarazos que ponen en peligro la vida o la salud de la mujer. Y la tercera parte es el principio de que el Estado tiene intereses legítimos, desde el inicio del embarazo, en proteger la salud de la mujer y la vida del feto que puede llegar a ser un ser humano*¹⁴⁴.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 153.

¹⁴⁰ *Ibid.* El énfasis es nuestro.

¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 153-54.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Ver Corte Suprema de los Estados Unidos de América, caso *Planned Parenthood v. Casey*, 29 de junio, 1992, *U.S. Reports*, vol. 505, p. 833.

¹⁴⁴ *Ibid.*, pp. 845-46. El énfasis es nuestro.

148. Aunque reconoció que el Estado puede legítimamente limitar el acceso a los abortos; después de la viabilidad fetal, la Corte subrayó que los estados no pueden imponer una “carga indebida” a la mujer cuando se trata de elegir abortar un feto no viable. Una carga indebida es definida como “una reglamentación estatal [que] tenga el propósito, o el efecto, de poner un obstáculo sustancial a una mujer que decide abortar un feto no viable”¹⁴⁵.

149. El caso *Casey* destaca la libertad de las mujeres que resulta afectada por el embarazo. La Corte declaró que “la capacidad de las mujeres para participar en pie de igualdad en la vida económica y social de la Nación ha sido facilitada por su capacidad para controlar su vida reproductiva”¹⁴⁶.

*Aunque el aborto es una conducta, esto no significa que el Estado tenga derecho a proscribirlo en todos los casos. Esto se debe a que la libertad de la mujer está en juego en un sentido único para la condición humana y, por tanto, único para la ley. La madre que lleva su embarazo a término está sometida a angustias, a constreñimientos físicos, a dolor que sólo ella debe soportar. El que estos sacrificios hayan sido soportados desde el principio del género humano con un orgullo que la ennoblece a los ojos de los demás y da a la criatura un lazo de amor, no es razón para que el Estado insista en que la mujer tiene que sacrificarse. Su sufrimiento es demasiado íntimo y personal para que el Estado insista, sin más, en su propia visión del rol de la mujer, por muy dominante que haya sido esta visión en el transcurso de nuestra historia y nuestra cultura. El destino de la mujer se debe configurar en buena medida de acuerdo con su propia concepción de sus imperativos espirituales y de su lugar en la sociedad*¹⁴⁷.

3. Conclusión

150. Todos los países que hemos examinado en la presente intervención, aunque difieran unos de otros en sus tradiciones jurídicas y sus condiciones culturales, y se separen en sus posiciones acerca del aborto voluntario, han establecido un equilibrio entre los derechos de la mujer embarazada y el interés del estado en proteger la vida potencial.

151. Teniendo en cuenta que los artículos 144, 145, 146, 147 y 148 del Código Penal del DF; la adición del tercer párrafo al artículo 16 Bis 6 y la adición del 16 Bis 7 y 8 de la Ley de Salud, ambas del Distrito Federal, no hacen sino reforzar los derechos fundamentales a la vida, la salud y la dignidad, los intervinientes en carácter de *amicus curiae* en el presente caso con todo respeto instamos a la Honorable Suprema Corte de Justicia de México a que declare la constitucionalidad de estas normas, y que pondere de manera proporcional los derechos y bienes constitucionales en juego en el presente caso.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 877.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 856.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 852. El énfasis es nuestro.

V. Conclusiones

152. A la luz de las anteriores consideraciones, el Centro de Derechos Reproductivos y la Comisión Internacional de Juristas formulan las siguientes conclusiones:

- a) En materia de *interpretación constitucional*, dada la ausencia de definición expresa del constituyente acerca del momento en el que debe brindarse protección constitucional a la vida, los jueces deben ser deferentes con la decisión adoptada por el legislador, en el uso legítimo de sus competencias.
- b) En materia de *derecho internacional de los derechos humanos* (y de su empleo –en naciones que han adoptado, como México, un régimen monista– como parámetro de control de constitucionalidad):
 - 1) que el derecho internacional de los derechos humanos no establece un derecho incondicional a la vida desde el momento de la concepción, y mucho menos una obligación de persecución penal incondicional del aborto, ni en sus instrumentos de carácter universal, ni en sus instrumentos de carácter regional –incluyendo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados internacionales sobre derechos humanos de los que México es parte;
 - 2) que la extensión de la protección del producto de la concepción queda librada al margen de discrecionalidad que poseen los Estados;
 - 3) que el establecimiento de legislación que permita hipótesis de la interrupción voluntaria del embarazo está perfectamente justificada dentro de ese margen de discrecionalidad o de apreciación, y que la criminalización incondicional de la interrupción del embarazo es incompatible con estos derechos;
 - 4) que los derechos a la salud, a la vida, a la integridad personal y a la vida privada de la mujer pueden requerir del Estado el establecimiento de hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo, de modo que su criminalización incondicional es incompatible con aquellos derechos;
 - 5) que en los casos en los que exista legislación que prevea hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo, el Estado tiene la obligación positiva de garantizar el acceso de las mujeres, en condiciones adecuadas y seguras, a servicios que efectúen esa interrupción.
- c) En materia de derecho comparado:
 - 1) que la tendencia legislativa reflejada en el campo del derecho comparado consiste en la ampliación de las hipótesis de interrupción voluntaria del embarazo;
 - 2) que la tendencia jurisprudencial en tribunales constitucionales, cortes supremas y tribunales penales de diversas tradiciones jurídicas ha convalidado la constitucionalidad de las leyes que establecen hipótesis lícitas de interrupción del embarazo, o ha establecido límites a la persecución penal del aborto, a partir de la

ponderación del interés en proteger la vida del feto con los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física y psíquica, a la dignidad y a la autonomía o libre desarrollo de la personalidad de la mujer.