

Aborto

Sentencias y Precedentes

1.	Alemana.....	P. 5
2.	Argentina.....	P. 13
3.	Canadá.....	P. 17
4.	Colombia.....	P. 22
5.	España.....	P. 24
6.	Estados Unidos.....	P. 26
7.	Francia.....	P. 38
8.	Reino Unido.....	P. 42
9.	Sudáfrica.....	P. 44
10.	CEDH.....	P. 50
11.	CIDH.....	P. 56

País	Sentencias
Alemania	BVerfGE 39, 1 25 Feb 1975 Tribunal Constitucional
	2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, and 2 BvF 5/92 28 mayo 1993 Tribunal Constitucional
Argentina	Amparo 421-XXXVI 11 de enero de 2001 Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina
	S. 1091. XLI Sánchez Elvira Berta 22 Mayo 2007 Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina
Canadá	Tremblay v. Daigle, 2 S.C.R. 530 8 Ago 1989 Suprema Corte de Canadá
	3 BHRC 611 Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v G 31 Oct. 1997 Suprema Corte de Canadá
Argentina	Amparo 421-XXXVI 11 de enero de 2001 Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina
	S. 1091. XLI Sánchez Elvira Berta 22 Mayo 2007 Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina
Colombia	Sentencia C-355/06 10 Mayo 2006

España	53/1985 11 Abril 1985 Tribunal Constitucional
Estados Unidos	Roe v. Wade 410 U.S. 113 13 Dic 1971
	Planned parenthood v. Casey 91-744 and 91-902 29 Junio 1992
	Stenberg v. Carhart No. 99—830 28 Junio 2000
	Gonzales v. Carhart No. 05-380. 18 abril 2007
Francia	Consejo Constitucional Decisión 74-54 DC 15 Enero 1975 Ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo
	Corte de Cassación, Sala Penal 96-80223 27 Nov. 1996

Reino Unido	Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees 2 All ER 987 (1979) QB 276
Corte y Com. Interamericana	Carta a Nicaragua
Corte y Comisión Europea de Derechos Humanos	VO v. Francia 8 Julio 2004 Corte Europea de Derechos Humanos
	Paton v. UK o X v. UK 13 Mayo 1980 3 EHRR 408 E Com HR
Sudáfrica	16291/97 Christian Lawyers' Association of SA and Others v. Minister of Health and Others 10 Julio 1998
	7728/2000 Christian Lawyers' Association v. National Minister of Health and Others 24 Mayo 2004

Tribunal Constitucional de Alemania

Sentencia BVerfGE 39,1

Referencia

Sentencia de Control Abstracto de Constitucionalidad BVerfGE 39,1
25 de febrero de 1975
Tribunal Constitucional de Alemania

Hechos

- El 18 de junio de 1974 se modificó la regulación del aborto a través de la Quinta Ley para la Reforma del Código Penal.¹ En ésta se establecía la llamada **regulación de los plazos**; es decir, se permitía el aborto por decisión libre de la mujer dentro de las primeras 12 semanas del embarazo, después de consultar a un médico y asesores respecto el apoyo público y privado brindado a las mujeres embarazadas, así como a madres y niños.
- La penalización del aborto se mantenía después del tercer mes del embarazo, salvo en los siguientes supuestos: 1) cuando estuviese en peligro la vida y/o salud de la madre (indicación médica) y; 2) cuando, por causas hereditarias o por motivos del embarazo, el no nacido pudiese sufrir daños no superables en su estado de salud (indicación eugenésica).
- En respuesta, 193 miembros del Parlamento y varios gobiernos de los *Länder* exigieron al Tribunal Constitucional alemán la revisión del artículo 218-a de la mencionada ley, donde se establecía dentro de las 12 primeras semanas de embarazo la franja de libertad para abortar.²

Litis

La cuestión jurídica que enfrentó el Tribunal Constitucional de Alemania fue si la llamada regulación de plazos –la posibilidad de que la mujer abortase mediante libre decisión durante las primeras 12 semanas- era incompatible o no con la Constitución, específicamente respecto los artículos 1º y 2º de dicho texto normativo.³

¹ Al final de este documento se anexa los artículos que fueron objeto de revisión por parte del Tribunal Constitucional alemán.

² " **Artículo 218-a. No punibilidad de la interrupción del embarazo dentro de las 12 primeras semanas.** No será sancionado el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, cuando no hayan transcurrido más de doce semanas desde la concepción."

³ **Artículo 1.0. de la Constitución alemana de 1949**

1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección.
2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento (Grundlage) de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.
3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable.

Artículo 2.0. de la Constitución alemana de 1949

1. Cada uno tendrá derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, en tanto no vulnere los derechos de otro y no atente al orden constitucional (verfassungsmässige Ordnung) o a la ley moral (Sittengesetz).

Argumentos Jurídicos

El Tribunal Constitucional de Alemania **declaró la invalidez** del artículo 218-a de la Quinta Ley para la Reforma del Código Penal, fundamentado su decisión mediante los siguientes argumentos:

- El Tribunal Constitucional determinó que su decisión se circunscribía meramente a si la regulación del aborto en escrutinio era compatible o no con la Constitución alemana, dejando a un lado otras posibles consideraciones sobre el tema.
- La protección constitucional de la vida no se limita a humanos ya nacidos o aquellos no nacidos que sean viables y con posibilidad de lograr la independencia respecto la madre. Por el contrario: el artículo 2 del texto constitucional señala que la vida de “todos” o “cada uno” se encuentra dentro del manto protector. De tal manera que no es posible hacer distinciones entre las diferentes etapas de gestación o entre la vida prenatal y la postnatal. La protección es igual en cualquier de estas circunstancias o variantes.
- En este contexto, el Estado tiene la obligación de proteger toda forma o etapa de la vida humana. Pues, finalmente, ésta es la base vital de la dignidad humana y el prerrequisito del resto de los derechos fundamentales.
- Esta obligación del Estado de cobijar bajo su protección la vida en desarrollo existe, apuntó el Tribunal, inclusive a pesar de la voluntad de la madre. Sin embargo, esto no significa que se desconozca la especial unión entre la madre y la vida prenatal. La cual sitúa al embarazo dentro de la esfera íntima de la mujer y donde en principio el legislador no debe intervenir. Además del derecho a la intimidad, el Tribunal consideró indispensable sumar el derecho a desarrollar libremente la personalidad, el cual abarca la libertad que una mujer tiene para decidir su maternidad.
- Mas estos derechos de la mujer, subrayó el Tribunal, no son absolutos. No es posible permitir que tales derechos realicen una intrusión en la esfera de libertad de un tercero o, peor aún, que destruya la vida de ese tercero.
- El Tribunal entendió el conflicto de derechos al que se enfrentaba y determinó que la correcta ponderación debería realizarse considerando a la dignidad humana como el centro del sistema constitucional. Y, por ello, estableció que se le debe dar prioridad a la vida del feto. En principio, esta prevalencia se mantendría durante todo el proceso de gestación y no podría ser objeto de excepción en ninguna fase o etapa en particular del embarazo.
- Al hilo de su ejercicio de ponderación, el Tribunal determinó que también es cierto que el Estado no puede imponerle a la madre la obligación de llevar el embarazo a su término, inclusive sacrificando sus propios valores y derechos por encima de las expectativas razonables. Y, por ello, **declaró constitucional el sistema de indicadores** que establecía los supuestos médicos y eugenésicos, y agregó dos más: por violación o incesto y por situaciones sociales extremas para la madre. Dejando en libertad al legislador para puntualizar éstos y otros casos semejantes de condiciones extremas y excepcionales.

2. Cada uno tendrá derecho a la vida y a la integridad física y será inviolable la libertad de la persona. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley.

- Asimismo, el Tribunal consideró que la Quinta Ley para la Reforma del Código Penal adolecía también de los siguientes rasgos inconstitucionales:
 - a. En términos generales, la ley colocaba al aborto, junto con el nacimiento, como procedimientos normales relacionados con el embarazo. Cuando, más bien, una ley que aborde este tema debe establecer de manera fehaciente que el aborto es un acto de asesinato.
 - b. La ley no distinguía de manera clara entre abortos válidos y abortos inválidos, ignorando el mandato constitucional de protección de la vida.
 - c. La asesoría y consulta médica que establecía la ley tenía como finalidad informar a la mujer sobre el aborto y sus implicaciones, cuando el objetivo debiese ser más bien disuadir a la mujer de optar por el procedimiento del aborto.

Comentarios

En 1976 el Parlamento aprobó la Decimoquinta Ley para la Reforma del Código Penal, conocida como reglamentación de indicadores, que rigió hasta el año de 1992, y donde se permitía la interrupción del embarazo cuando la mujer se encontraba en ciertas situaciones graves de necesidad.⁴

⁴ “Indicaciones para la interrupción del embarazo:

“(1) La interrupción del embarazo a través de un médico no será sancionada de acuerdo con el art. 218 cuando

1. la mujer embarazada manifiesta su conformidad y

2. el aborto es indicado por el médico en consideración de las condiciones de vida presentes y futuras de la mujer, con el fin de evitar un peligro para su vida o el peligro de un grave perjuicio de su salud corporal y mental, y esos peligros no pueden ser conjurados de otra manera que pueda ser exigida para la mujer

(2) Los supuestos del numeral 1.2 se consideran cumplidos cuando, según el conocimiento médico,

1. existen razones poderosas que sustentan la suposición de que el niño, por causa de factores hereditarios o de las condiciones del embarazo, sufrirá un daño insuperable en su salud, de tal gravedad que no se puede exigir de la mujer que continúe con su embarazo.

2. la mujer embarazada fue víctima de uno de los delitos contemplados en los arts. 176 a 179 y existen razones poderosas que fundamentan la suposición de que el embarazo es consecuencia de ese delito, o

3. el aborto ha sido indicado para conjurar el peligro de una situación de necesidad de la mujer que

a) es tan grave que no se le puede exigir a la mujer que continúe con su embarazo, y

b) no puede ser evitado a través de otra forma que pueda ser exigida de la mujer.

(3) En el caso del numeral 2.1 no pueden haber transcurrido más de 21 semanas desde la concepción y en el caso de los numerales 2.2 y 2.3 no más de 12 semanas.”

Quinta Ley para la Reforma del Código Penal:

"Artículo 218. Interrupción del embarazo

"(1) Quien interrumpa un embarazo después de transcurridos más de trece días desde la concepción será sancionado con pena de privación de la libertad hasta por tres años o con una multa, si

"1. actúa contra la voluntad de la mujer embarazada o

"2. causa en forma culposa un peligro de muerte o un grave daño de salud a la mujer embarazada

" (...)

"(3) Si la mujer embarazada incurre en la conducta, será sancionada hasta con un año de prisión o con multa.

"(4) La tentativa es punible. La mujer no será sancionada por la tentativa.

"Artículo 218-a. No punibilidad de la interrupción del embarazo dentro de las primeras 12 semanas

"No será sancionado el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, cuando no hayan transcurrido más de doce semanas desde la concepción. [esta es la llamada regulación de los plazos – Fristenregelung]

"§ 218-b Indicación para el aborto luego de transcurridos más de 12 semanas

"El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, después de transcurrido el plazo de las 12 semanas después de la concepción, no será sancionado, cuando de acuerdo con los conocimientos médicos

"1. la interrupción del embarazo ha sido recomendada para evitar un peligro para la vida de la madre o para evitar un grave peligro para su salud, siempre y cuando esos riesgos no pudieran ser conjurados a través de otra medida que pudiera serle exigible a la mujer [la llamada indicación médica] o

" 2. razones poderosas permiten presumir que el niño, por causas hereditarias o por motivos del embarazo, sufriría de daños no superables en su estado de salud, tan graves que no se puede exigir de la mujer que continúe con su embarazo, y no han transcurrido más de 22 semanas desde la concepción [indicación eugenésica].

"Artículo 218-c. Interrupción del embarazo sin que la mujer haya recibido consejería e información

"(1) Quien practique un aborto sin que la mujer

1. en relación con la interrupción del embarazo se hubiera dirigido antes a un médico o a un centro de consejería autorizado y hubiera recibido información sobre las ayudas públicas y privadas existentes para las mujeres embarazadas, las madres y los niños, especialmente sobre aquellos apoyos que facilitan la continuación del embarazo y la situación de la mujer y el niño, y

"2. hubiera sido asesorada por un médico, será sancionado con pena de prisión de hasta un año de duración o con multa, si el hecho no es sancionable de acuerdo con el artículo 218.

"(2) La mujer que interrumpe su embarazo no será sancionada por los hechos descritos en el numeral 1.

"Artículo 219. Interrupción del embarazo sin la existencia de un concepto

"(1) Quien interrumpe un embarazo después de transcurridas más de doce semanas desde la concepción y sin que la dependencia correspondiente hubiere certificado con anterioridad que se cumplieran los supuestos del artículo 218-b, numerales 1 ó 2, será sancionado con pena de prisión hasta por un año o con multa, si el hecho no es sancionable de acuerdo con el artículo 218.

"(2) La mujer que interrumpe su embarazo no será sancionada por los hechos descritos en el numeral 1"

Tribunal Constitucional de Alemania

Sentencia BVerfGE 88,203

Referencia

Sentencia de Control Abstracto de Constitucionalidad BverfGE 88,203
28 de mayo de 1993
Tribunal Constitucional de Alemania

Hechos

- En 1992, después de la reunificación alemana, el Parlamento elaboró una nueva ley sobre el aborto:⁵ *Ley para el Apoyo de la Familia y el Embarazo*. La nueva regulación permitía el aborto de acuerdo a las siguientes reglas:
 - a. Que un médico mediante certificado conste que la mujer embarazada se ha sometido a consejería.
 - b. Que después de la consejería la mujer embarazada haya reflexionado al respecto durante tres días.
 - c. Que la interrupción del embarazo se lleve a cabo por un médico.
 - d. Que no hayan transcurrido más de 12 semanas desde la fecha de la concepción.
- La nueva ley establecía también varias medidas encaminadas a facilitarle a la mujer la continuación del embarazo, así como la posibilidad de que los gastos de la intervención fuesen asumidos por el Estado.
- En desacuerdo con esta nueva regulación, 249 miembros del Parlamento y el gobierno de Baviera exigieron ante el Tribunal Constitucional alemán la revisión constitucional de esta nueva ley.

Litis

El Tribunal Constitucional tuvo que revisar nuevamente la constitucionalidad de un sistema de libertad para practicar el aborto, así como una serie de medidas organizacionales en cuanto a la consejería, la seguridad social, etcétera. La pregunta medular era si se ratificaba o no la interpretación realizada en BverfGE 39,1 (1975) respecto el derecho a la vida y la dignidad humana

Argumentos Jurídicos

El Tribunal Constitucional **declaró la inconstitucionalidad** del sistema de libertad del aborto condicionado a la consejería, tres días de reflexión y a que se practicase durante las primeras 12 semanas del embarazo. Esta decisión se hiló mediante los siguientes argumentos:

⁵ Al final de este documento se anexa los artículos que fueron objeto de revisión por parte del Tribunal Constitucional alemán.

- Esta resolución siguió en muy buena medida lo establecido en el caso previo BverfGE 39,1 (1975). Reitera la noción respecto el no nacido y la obligación del Estado de protegerlo inclusive en contra de la voluntad de la madre. La dignidad no es un atributo que se adquiere con el nacimiento, ésta se extiende hasta los no nacidos en cualquier momento de la gestación.
- En este sentido, la protección constitucional del no nacido exige que el aborto se prohíba durante todas las etapas de la gestación y que se establezca el deber de la madre de llevar a término su embarazo. De tal manera que el Tribunal consideró que "...la mujer no podía reivindicar sus derechos constitucionalmente protegidos a fin de matar al no nacido, hecho involucrado en la interrupción del embarazo." Y más adelante agregó lo siguiente: "Los derechos constitucionales de la mujer no tienen, en términos generales, un alcance tal como para invalidar su obligación de llevar su embarazo a término".
- El Tribunal, sin embargo, nuevamente, apuntó a un conflicto de derechos y valores entre el deber de proteger la vida del no nacido y derechos de la mujer, tales como el derecho a la protección y respeto de su dignidad, derecho a la salud, derecho al desarrollo de la personalidad, etcétera.
- Esto significa que no sólo se pueden considerar como excepciones constitucionalmente válidas a la penalización del aborto cuando está en peligro la salud o vida de la madre. Es posible también, insistió el Tribunal, fijar otros supuestos donde el aborto esté también justificado.
- El criterio establecido por el Tribunal fue el siguiente: "exigibilidad del sacrificio". El sacrificio requerido a la mujer para obligarla a llevar su embarazo a término; esto significa que en principio una mujer embarazada está obligada a llevar a término su embarazo, a menos que éste represente una carga tan fuerte que se traduciría en un sacrificio inexigible. O, lo que es lo mismo, el aborto es permitido cuando seguir con el embarazo implica un sacrificio excesivo para la mujer.
- El tribunal también declaró inconstitucional la configuración de la asesoría a la mujer embarazada, ya que no estaba encaminada con la fuerza suficiente para animar a no abortar y llevar a buen término su embarazo.

Comentarios

Como en el año de 1975, El Tribunal Constitucional alemán intentó reafirmar de manera tajante la inconstitucionalidad del aborto, sin dejar de considerar las condiciones reales de la sociedad alemana, así como las políticas permisivas adoptadas por la mayoría de sus vecinos europeos. Esta ambigüedad se ha considerado resultado del contexto histórico alemán y su rechazo del régimen nazi.

La actual ley del aborto alemana, votada según las recomendaciones del tribunal, en esta sentencia, despenaliza (sin legalizar) el aborto hasta 12 primeras semanas en situaciones excepcionales (de hecho, por cualquier motivo), a condición de que el médico (con quien la cita es obligatoria) trate de convencer la mujer de no abortar.

Código Penal alemán.

"Artículo 218. Aborto

"(1) Quien interrumpa un embarazo será sancionado con pena de prisión hasta por tres años o con multa. Los actos que tengan efectos antes de la culminación de la nidación del óvulo fecundado no se consideran como interrupciones del embarazo en el sentido de esta ley.

"(2) En casos especialmente graves la pena será de prisión de seis meses a cinco años. Un caso especialmente grave se presenta normalmente cuando el infractor:

"1. Actúa contra la voluntad de la mujer o

"2. de manera culposa causa un peligro para de muerte o un daño grave en la salud de la mujer embarazada.

"(3) Si la mujer comete el acto ilícito, la pena será hasta de un año de prisión o de multa.

"(4) La tentativa será sancionada. La mujer embarazada no será sancionada por la tentativa.

"Artículo 218-a. No punibilidad del aborto

"(1) El aborto no se será ilegal cuando

"1. la mujer embarazada solicita el aborto y el médico certifica, en la forma prescrita por el artículo 219, párrafo 3, frase 2, que ella recibió consejería por lo menos tres días antes de la intervención (Asesoría de la mujer embarazada en una situación de necesidad y conflicto),

"2. el aborto es practicado por un médico y

"3. no han transcurrido más de doce semanas desde la concepción

"(2) El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, no es ilegal cuando, de acuerdo con los conocimientos médicos, el aborto es necesario para evitar un peligro para la vida de la mujer o el peligro de que se produzca un perjuicio grave para su estado de salud física o mental, siempre y cuando esos peligros no puedan ser conjurados de otra manera que le pueda ser exigida a la embarazada.

"(3) Los supuestos del numeral 2 se consideran también cumplidos cuando, de acuerdo con los conocimientos médicos, existen razones poderosas que fundamentan la presunción de que el niño sufrirá de daños insuperables en su salud, por causas hereditarias o derivadas del embarazo, de tal gravedad que no se puede exigir de la mujer que continúe con su embarazo. Lo anterior será válido solamente si la mujer embarazada le demuestra al médico, a través de una certificación expedida de conformidad con el art. 219, numeral 3, frase 2, que ella acudió a un centro de consejería, por lo menos tres días antes de la intervención, y si no han transcurrido más de 22 semanas desde la concepción.

"(4) La mujer embarazada no será sancionada al tenor del art. 218, cuando el aborto es practicado por un médico, luego de recibir asesoría (art. 219) y antes de que hubieren transcurrido más de 22 semanas desde la concepción. El Tribunal puede prescindir de aplicar la pena establecida en el art. 218 cuando establece que la mujer estuvo sometida a especiales presiones en el momento del aborto.

"Artículo 218-b. Aborto sin certificación médica; certificaciones médicas incorrectas

"(1) Quien practique un aborto en los casos del artículo 218-a, numerales 2 ó 3, sin presentar la certificación escrita de un médico –que será distinto al que realice el aborto - acerca de la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 218-a, numerales 2 ó 3, frase 1 (2) Un médico no puede expedir las certificaciones a que se refiere el artículo 218-a, numerales 2 ó 3, frase 1, cuando le ha sido prohibido por la entidad competente, en razón de que él ha sido sancionado por un ilícito relacionado con la práctica de un aborto. La entidad competente puede también prohibirle a un médico, en forma provisional, que expida las certificaciones mencionadas en el artículo 218-a, numerales 2 ó 3, frase 1, cuando contra el médico se ha abierto un proceso penal por motivo de la práctica de abortos ilegales.

"Artículo 219. Asesoría a la mujer en situación de necesidad y conflicto

"(1) La asesoría ha de servir para la protección de la vida a través del consejo y la ayuda para la mujer embarazada, en reconocimiento del alto valor de la vida en gestación y de la responsabilidad propia de la mujer. La asesoría debe contribuir a superar la situación de necesidad y conflicto en que se encuentra la mujer en razón del embarazo. Ella debe poner a la mujer en la situación de tomar su propia decisión, consciente y responsable. Es labor de la asesoría brindarle a la mujer una amplia información médica, social y jurídica. La asesoría abarca la descripción de los derechos de la mujer y el niño y de las posibles ayudas prácticas, especialmente aquellas que facilitan la continuación del embarazo y la situación de la mujer y el niño. La asesoría contribuye también a evitar futuros embarazos indeseados.

"(2) La asesoría debe ser prestada por una entidad reconocida por la ley. El médico que practica el aborto no puede actuar como asesor.

"(3) La asesoría prestada no será llevada a actas y se realizará en forma anónima si así lo solicita la mujer. La entidad asesora deberá expedir una certificación fechada acerca de que realizó una consejería en los términos del numeral 1 y de que la mujer ha recibido la información necesaria para tomar su decisión."

¹ Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 88, 203. Mayo 28 de 1993. Control Abstracto del Artículo 218 del Código Penal Alemán. Interrupción del embarazo II (Schwangerschaftsabbruch II). Votación 5:3.

¹ Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 88, 203. Mayo 28 de 1993. Control Abstracto del Artículo 218 del Código Penal Alemán. Interrupción del embarazo II (Schwangerschaftsabbruch II). Votación 5:3.

¹ Norma Fundamental. Alemania. Artículo 2. (1) Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o a la ley moral. (2) Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser coartados en virtud de una ley.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de Argentina

Amparo 421-XXXVI

Referencia

Amparo 421-XXXVI
11 de enero de 2001
Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina

Hechos

- El médico de una mujer embarazada detectó que el feto carecía de masa encefálica. Lo cual hacía inevitable su muerte al momento del nacimiento.
- La mujer interpuso un amparo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para conseguir la autorización para que un médico le practicase un parto inducido. El tribunal le otorgó dicho amparo y autorizó al Hospital Infantil "Ramón Sardá" para que procediera a inducir el parto.
- El Asesor General de Incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso un recurso extraordinario ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina, para la revisión del amparo en cuestión.

Litis

La Suprema Corte determinó que el presente caso no implicaba evaluar la autorización de un aborto, pues debido al avanzado estado del embarazo de la amparista se trataba más bien de autorizar un nacimiento "prematuro". Y, en este sentido, determinar la legalidad de adelantar lo inevitable: la muerte del producto una vez que naciese debido a su carencia fisiológica irreparable.

Argumentos Jurídicos

La Suprema Corte de Justicia de Argentina ratificó la sentencia del tribunal de Buenos Aires, permitiéndole a la mujer embarazada proceder a un parto inducido:

- Por obvias razones, la Corte Suprema resolvió el presente caso de la manera más rápida posible. Esto con el propósito de evitar que el proceso biológico de gestación llegase a su término, dejando sin materia el asunto en cuestión.
- Los dictámenes médicos arrojaron dos aspectos decisivos. Por un lado, que la falta de masa encefálica del producto hacía inevitable su muerte una vez que naciera. Y, por el otro, que durante el embarazo la salud de la amparista se encontraba en excelentes condiciones, igual que la del feto. De ahí que el representante legal del feto no considerase válido autorizar el parto inducido.

- El argumento de la amparista apuntaba a que si de todas formas la muerte del producto era inevitable con el nacimiento, entonces, por qué someterla a un estado de estrés innecesario.
- La Suprema Corte consideró que, efectivamente, no había razón para someter a un estado de tensión a la mujer embarazada ni a su familia ante una situación inevitable. "...adelantar o postergar el alumbramiento, en esta etapa de gestación, no beneficia ni perjudica al *nasciturus*. Es que su eventual fallecimiento no sería consecuencia del hecho normal de su nacimiento, sino de la gravísima patología que lo afecta." P. 5.
- La Corte agregó lo siguiente: frente a la incapacidad de la ciencia para sortear la condición del niño nacido, entonces, cobran toda su virtualidad los derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física. P. 7.
- Así, insistiendo la Corte que no resolvía un caso de aborto, aborto eugenésico, ni de eutanasia, sino la autorización de un aborto inducido en circunstancias singulares, ratificó entonces la validez legal del mismo.

Comentarios

El presente caso no aborda el tema del aborto. Se trata, más bien, de evaluar la posibilidad de adelantar el parto debido a la inevitable muerte del feto una vez nacido. Fuese al término natural del embarazo o adelantando éste mediante un determinado procedimiento. El derecho a la vida no fue objeto de discusión, pues, desafortunadamente, la falta de masa encefálica rebasaba las posibilidades de la ciencia para ayudar a preservar la vida del feto.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de Argentina

Recurso Extraordinario 409/01

Referencia

Recurso Extraordinario 409/01
22 de mayo de 2007
Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina

Hechos

- El caso inició con la presentación de la señora Elvira Berta Sánchez ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, de una solicitud de indemnización de acuerdo a la ley 24.411* con motivo de la muerte de su nieta.
- La pretensión de dicha solicitud se basaba en la siguiente base fáctica: Ana María del Carmen Pérez, hija de la actora, fue víctima de homicidio por parte de las fuerzas de seguridad antes del 10 de octubre de 1983, en circunstancias en que, habiendo sido previamente privada de su libertad, se hallaba con un embarazo a término. Según los peritos en Antropología Forense, los restos óseos de un nonato fueron hallados en la zona pelviana de los restos exhumados individualizados como pertenecientes a Ana María del Carmen Pérez, quien falleciera como consecuencia de una herida de arma de fuego en dicha región pelviana; y que el nonato contaba al momento de la muerte entre 9 y 10 meses lunares de edad.
- El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos negó el beneficio previsto por la ley 24.411 bajo el siguiente argumento: no habiendo nacido con vida, se trataba de un nonato que no podía adquirir derechos.
- La parte actora interpuso recurso de apelación ante la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, la cual por mayoría rechazó nuevamente el beneficio en cuestión. Los argumentos de la mayoría fueron prácticamente los mismos que ofreció, en su momento, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- En respuesta, la parte actora interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina.

* **Ley 24.411.-**

Artículo 1º.- Las personas que al momento de la promulgación de la presente ley se encuentren en situación de desaparición forzada, tendrán derecho a percibir, por medio de sus causahabientes, un beneficio extraordinario equivalente a la remuneración mensual de los agentes Nivel A del escalafón para el persona civil de la administración pública nacional aprobado por el decreto 993/91, por el coeficiente 100. A los efectos de esta ley, se entiende por desaparición forzada de personas, cuando se hubiera privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuese seguido por la desaparición de la víctima, o si ésta hubiera sido alojada en lugares clandestinos de detención o privada bajo cualquier otra forma del derecho a la jurisdicción.

Artículo 2º.- Tendrán derecho a percibir igual beneficio que el establecido en el art. 1º los causahabientes de toda persona que hubiese fallecido como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas, de seguridad, o de cualquier grupo paramilitar con anterioridad al 10 de diciembre de 1983.

Artículo 2 bis.- La indemnización establecida por la presente ley tiene el carácter de bien propio del desaparecido o fallecido. En el caso de desaparición y en tanto la ausencia permanezca, será distribuida haciendo aplicación analógica del orden de prelación establecido en los arts. 3545 y siguientes del Código Civil, sin perjuicio de los derechos que reconoce el art. 4º de esta ley (artículo incorporado por art. 1º de la ley No. 24.823 B.O. 28/05/1997).

Litis

La Suprema Corte de Justicia de Argentina tuvo que analizar y resolver si la parte actora tenía derecho a percibir el beneficio o indemnización establecido en el artículo 2º de la Ley 24.411. Y, en este sentido, determinar si revocaba o no la decisión de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Argumentos Jurídicos

La Suprema Corte de Justicia de Argentina **revocó la sentencia** de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, otorgándole a la parte actora los beneficios establecidos en la citada ley. Esta decisión se basó en los siguientes argumentos:

- La Corte inicio su argumentación señalando que el artículo 1º de la ley 24.411 establece que la indemnización le será otorgada al fallecido por medio de sus causahabientes; mientras que el artículo 2º de la misma ley determina que serán estos, los causahabientes, los beneficiarios de la indemnización. Por lo cual, la parte actora resulta ser 'causahabiente' de la bebe fallecida y que estaba a punto de nacer.
- La Corte acudió al Código Civil para fundamentar su decisión. En dicho ordenamiento, en su artículo 30, se define como personas a todos aquellos entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones. Y el artículo 63 del mismo Código agrega lo siguiente: se incluye dentro del género 'personas' aquellas que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno.
- Así, la Corte apuntó que tratándose el caso en cuestión del fallecimiento de una persona "por nacer", considerada como una especie jurídica del género *persona* según el Código Civil, entonces, no existe motivo alguno para negar la pretensión de la parte actora.
- Por último, la Corte abono lo siguiente: la misma ley 24.411 determina que en caso de duda sobre el otorgamiento de la indemnización en cuestión, se deberá resolver lo que sea más favorable al beneficiario, sus causahabientes o sus herederos. De tal manera, que la Corte consideró que aun si el argumento de la definición de la persona no era suficiente, entonces, había que entender que la idea de la ley era beneficiar en caso de duda al beneficiario.

Comentarios

Al igual que las sentencias alemanas del presente estudio, este caso no se puede entender sin dejar de considerar el contexto histórico argentino. Y la necesidad de compensar a la sociedad por los excesos cometidos, en su momento, por las fuerzas estatales. Como la misma Corte afirma respecto el caso en cuestión: "...sólo tiene el propósito de señalar los posibles beneficiarios legitimados para acceder a la indemnización y, eventualmente, su modo de distribución..." P. 15.

Suprema Corte de Canadá *Tremblay v. Daigle*

Referencia

Tremblay v. Daigle, [1989] 2 S.C.R. 530
File No.: 21553
8 de Agosto de 1989

Hechos

- La señorita Daigle (21 años) y el señor Tremblay (25 años) rompieron su relación de noviazgo después de ocho meses. La señorita Daigle, al momento de la separación, y teniendo un embarazo de 18 semanas, decidió abortar.
- El señor Tremblay, en desacuerdo con esta decisión, pidió y obtuvo una orden de la Corte Superior para impedirle a su ex novia que abortase.
- En respuesta, la señorita Daigle interpuso un recurso de apelación en contra de dicha orden restrictiva.
- El padre potencial cimentó su demanda en dos derechos fundamentales:
 - a. El **derecho a la vida del feto** garantizado por:
 - o La Carta de Derechos y Libertades de Canadá.
 - o La Carta de Derechos y Libertades de Québec.
 - o El Código Civil.
 - b. El **derecho del padre** potencial a ser parte de las decisiones que afectan a su prole.

Litis

Los magistrados de la Suprema Corte examinaron la validez de esta orden que prohibía a una mujer abortar y que se fundamentaba en la protección de los derechos del feto, así como en los derechos del padre. En concreto, la Corte encapsuló el problema jurídico de la siguiente manera: ¿Tiene el Señor Tremblay derechos sustantivos para fundamentar la orden restrictiva en cuestión?

Argumentos Jurídicos

La Suprema Corte elaboró el siguiente razonamiento para declarar la **invalidez** de tal orden restrictiva:

Derecho a la vida del feto: interpretación de las Cartas de Derechos y Libertades de Canadá de Québec

- La Corte rechazó el argumento basado en la *Carta de Derechos y Libertades de Canadá*,⁶ debido a la naturaleza jurídica del caso. La Carta canadiense, arguyó esta Corte, solamente se puede invocar para impugnar una acción o legislación estatal. Aquí, por el contrario, se trata de un litigio civil entre dos particulares: no hay que olvidar que el demandante no hace valer la inconstitucionalidad de ninguna ley.
- Por otra parte, desde el inicio de su argumentación, la Corte aclaró que no era necesario debatir en términos teológicos o filosóficos para determinar si el feto podía ser o no clasificado como ser humano. La respuesta al caso en cuestión no dependía ni de opiniones médicas ni de pruebas científicas. Más bien, señaló la Corte, se trataba de "resolver una litis puramente jurídica", según la propia interpretación de la legislación de Québec. "La tarea de clasificar el feto en derecho y en ciencia tiene objetivos diferentes." P. 29.
- Interpretando la *Carta de Québec*,⁷ la Corte se percató de que este texto fundamental fue redactado en términos muy generales. Subrayó la ausencia en este texto de una definición de "ser humano" y "persona". La Carta de Québec, concluyó la Corte, no manifiesta ninguna voluntad clara que le imprima cierta relevancia jurídica al feto. En abono, los magistrados cuestionaron lo siguiente: "por qué los redactores de la Carta, si tenían la intención de establecer el derecho a la vida del feto, dejaron la protección de este derecho en tal estado de incertidumbre". P. 20
- Por otro lado, la Corte rechazó la interpretación del demandante respecto el uso de las expresiones "**ser humano**" y "**persona**". El señor Tremblay afirmaba que los redactores de la Carta de Québec diferenciaron estos dos términos con el fin de incluir el feto dentro de la categoría "ser humano" e excluirlo cuando se hiciese referencia a los derechos de la "persona". La Corte, por el contrario, entendió la diferencia entre "ser humano" y "persona" como "personas físicas" y "personas físicas y morales", respectivamente. Es decir, los derechos del ser humano se aplican exclusivamente a las personas físicas, mientras que los derechos de la persona pueden beneficiar también a las entidades corporativas.

Derecho a la vida del feto: interpretación del Código civil de Québec

- Ahora bien, la Corte al momento de estudiar el artículo 18 del Código Civil de Québec,⁸ reconoció la necesidad de estudiar el tratamiento jurídico otorgado al feto en el resto del Código a fin de interpretar de manera coherente el artículo citado. Esto debido a que en otros artículos del mismo Código se otorgaban derechos patrimoniales al feto (en particular el derecho a heredar) P. 22-4.

⁶ La Sección 7 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades establece que "Toda persona tiene derecho a la vida (...)".

⁷ Las secciones relevantes al respecto de la Carta de Québec establecen lo siguiente:

Sección 1: "Todo ser humano tiene derecho a la vida (...) Tiene también personalidad jurídica".

Sección 2: "Todo ser humano, la vida de quien se encuentra en peligro, tiene derecho a asistencia. Toda persona tiene la obligación de ayudar a alguien en peligro".

⁸ El artículo 18 del Código civil de Québec dispone que "Todo ser humano tiene personalidad jurídica".

- Sin embargo, la Corte rechazó este argumento de la siguiente manera: "El reconocimiento de la personalidad jurídica del feto siempre ha sido (...) una ficción del derecho civil, utilizada a fin de proteger los intereses futuros del feto (...) Los artículos 608, 771, 838, y 2543 establecen explícitamente que no le serán otorgados al feto los derechos mencionados por el Código Civil a menos de que nazca vivo y viable" P. 25. Para reforzar su posición, la Corte acudió al derecho comparado y señaló que estipulaciones idénticas se encontraban en el Código Civil francés, por ejemplo. Mas esto no ha sido impedimento para que en dicho ordenamiento jurídico se despenalice el aborto.

Derecho independiente del padre potencial

- En concreto, para responder la pregunta jurídica que enfrentaba, la Corte canadiense apuntó lo siguiente: "No parece existir ninguna base jurisprudencial a favor de este argumento. Ningún tribunal, de Québec o de cualquier otra parte del mundo, ha aceptado en algún momento el argumento según el cual los intereses de un padre sobre el feto que contribuyó a crear pudieran sostener un derecho a vetar la decisión de abortar de una mujer respecto al feto del que está embarazada." P. 33.
- Así, en breve, la Corte concluyó que un padre no tenía los intereses sustantivos requeridos para actuar en representación del feto, dado que éste carece de personalidad jurídica.

Comentarios

Esta sentencia se ha erigido en una importante referencia en materia de aborto alrededor del mundo. Es posible encontrarla citada por diversos ordenamiento jurídicos y tribunales (por ejemplo, el ordenamiento jurídico sudafricano).

Suprema Corte de Canadá *Winnipeg Child and Family Services v. G.*

Referencia Sentencia

Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.),
[1997] 3 S.C.R. 925
File No.: 25508
Suprema Corte de Canadá
3 BHC 644
31 de octubre de 1997

Hechos

- La señora D.F.G., adicta a las drogas, se encontraba embarazada de 5 meses. El tipo de drogas usado por la Señora D.F.G. representaba un riesgo potencial para el sistema nervioso del feto en desarrollo.
- Preocupados por la salud del niño en gestación, los servicios sociales pidieron y obtuvieron una orden de la Corte Superior para internar a la fuerza a la señora D.F.G. en un centro médico a fin de tratarla hasta el nacimiento del niño. La Corte de Apelación anuló la orden.
- La señora D.F.G. salió del centro de tratamiento en agosto y dejó las drogas hasta el nacimiento de su hijo en diciembre. El bebe nació aparentemente sin defecto alguno. Sin embargo, los servicios sociales consideraron que a pesar de la situación fáctica, el punto legal en cuestión se encontraba todavía sin respuesta del más alto tribunal.
- La Suprema Corte de Canadá reconoció la validez de este argumento y aceptó juzgar el caso.

Litis

La Suprema Corte de Canadá analizó la validez de una orden que detenía y recluía a una mujer embarazada en contra de su voluntad a fin de proteger el feto.

Resolución

La Corte siguió el siguiente razonamiento para declarar la **invalidez de dicha orden**:

- La Corte aclaró que en el ordenamiento jurídico canadiense existía el principio que determina que a un niño, ya nacido vivo y viable, se le pueden otorgar derechos "retroactivos"; es decir, que puede gozar de ciertos derechos desde el momento de su concepción sujetos a la condición de que naciese vivo y viable y que tales derechos tengan propósitos precisos y limitados. De tal manera, que esto no implicaba que la ley canadiense le reconociera personalidad jurídica alguna al feto antes del nacimiento, al contrario. P. 10

- En este sentido, la Corte determinó que la ley no reconocía al feto ninguna personalidad jurídica ni derechos legales hasta su nacimiento. "Si el Parlamento o los legisladores locales desean legislar sobre los derechos jurídicos del no nacido, u otras medidas protectivas del feto, tienen la posibilidad de hacerlo (...) Otorgarle personalidad a un feto por ley es una tarea fundamentalmente normativa". P. 10
- El análisis del *common law* fue todavía más rápido: la Corte se basó en el precedente canadiense de *Tremblay v. Daigle* para reafirmar que el *common law* de Inglaterra y de Canadá no reconocían al feto como persona jurídica. Además, según los precedentes, aunque el daño cometido contra un feto sea reconocido como procesable, el derecho a procesar no surge sino hasta el nacimiento. P. 11
- Después de haber evaluado modificar el sentido del *common law* y anular los precedentes, la Corte rechazó esta posibilidad pues hubiese sido una desviación demasiado importante de la norma vigente durante décadas. Además, para reforzar su análisis, la Corte insistió en las complejas e inciertas consecuencias que derivarían de dicho cambio: por ejemplo, ¿en qué momento del desarrollo de un feto le serían otorgados derechos? También consideró que permitir tal demanda podría tener efectos perversos como incitar a las mujeres a abortar. Por último, la Corte apuntó que entender a la mujer embarazada como responsable de daños al feto causados por su estilo de vida, podría llevar a ciertos jueces a autorizar demandas por nicotismo, alcoholismo, exceso de ejercicio, etcétera.
- Por otro lado, la Corte subrayó el siguiente aspecto: otorgarle al feto el derecho de demandar a su futura madre, todavía embarazada, implicaría entender al feto y a la madre como personas independientes jurídicamente, creando una relación antagónica contradictoria de la realidad. En apoyo a su tesis, el magistrado citó la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, *Paton v. UK* de 1980: "...la vida del feto se encuentra íntimamente conectada a la vida de la mujer embarazada y no puede ser considerada aisladamente". P.15
- El juez encargado de resolver el presente asunto finalizó arguyendo que reconocer la validez de una orden que restringe la libertad de una mujer embarazada, en contra de su voluntad, a fin de proteger el feto necesitaría cambios en la ley de tal magnitud que no podían ser efectuados por los tribunales. Esa tarea le corresponde al Poder Legislativo. Mientras tanto, concluyó, no debe existir la posibilidad de demandar a alguien en nombre de un feto hasta su nacimiento.

Comentarios

Cabe señalar que, una vez más, la Suprema Corte de Canadá fundamentó su decisión en buena medida en el derecho comparado. Haciendo varias referencias a precedentes y autores extranjeros.

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia C-355/06

Referencia

Sentencia de Constitucionalidad Condicionada C-355-06
10 de mayo de 2006
Corte Constitucional de Colombia

Hechos

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los siguientes ciudadanos del Estado de Colombia: Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana, exigieron la revisión constitucional de los Arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000 Código Penal.

Litis

La Corte Constitucional de Colombia tenía que revisar la constitucionalidad de **la penalización absoluta del aborto** establecida en los citados numerales. Esta regulación del aborto encontraba su sustento en el deber del Estado de proteger la vida y, por ello, la Corte se enfrentó a una colisión entre este deber y los derechos fundamentales de la mujer, tales como derecho a la intimidad, derechos sexuales y reproductivos, derecho a un plan de vida, etcétera. De ahí que el caso exigiese determinar la correcta ponderación constitucional de los mencionados derechos y valores.

Argumentos Jurídicos

La Corte Constitucional se basó en los siguientes argumentos para declarar **inconstitucional** la prohibición absoluta del aborto en el ordenamiento jurídico colombiano:

- De acuerdo con la Corte, la Constitución de Colombia comprende en su texto tanto el derecho a la vida como el deber del Estado de proteger la vida. Sin embargo, la misma Corte subraya la distinción entre éstos: el derecho a la vida exige su titularidad –y para ello como condición mínima es indispensable que la persona haya nacido– para su ejercicio y protección, mientras que la vida como bien protegido por el Estado consiste en la protección para aquellos que aún no han reunido las condiciones para la titularidad del derecho a la vida, es decir, los no nacidos (*nasciturus*). Esto implica un grado o intensidad de protección diferente respecto el *nasciturus* y el ser humano, de tal manera que sea desigual la regulación del aborto –aún en el supuesto de que éste esté sancionado– que la correspondiente para el homicidio o el infanticidio.
- La Corte colombiana señaló que determinar de manera precisa cuando inicia la vida humana es una tarea completa y controvertida aun en el plano estrictamente científico. Y, por ello, no consideró oportuno debatir este aspecto.

- La Corte consideró que ningún derecho fundamental es absoluto: es indispensable ponderarlos respecto otros valores y derechos. En el caso concreto del aborto, el deber del Estado de proteger la vida debe sopesarse frente a los siguientes derechos de la mujer: derechos sexuales y reproductivos, derecho a la autodeterminación productiva y derecho a la intimidad.
- En este sentido, la Corte apuntó que el legislador goza en esta materia de una gran libertad para configurar y regular el aborto. Pero dicha libertad, como cualquier otra, debe estar limitada. Y en el caso del aborto por los siguientes valores y derechos:
 1. Por la dignidad humana que entiende a la mujer no como un mero instrumento de reproducción de la especie humana.
 2. Por el derecho a salud en relación con el derecho a la autonomía personal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- Así, la Corte determinó que la prohibición total del aborto es inconstitucional, ya que implica entender ciertos deberes y valores de manera absoluta e inflexible. Al ponderar el deber del Estado para proteger la vida con los derechos arriba mencionados, la Corte consideró que existen los siguientes supuestos (independientes y autónomos) que requieren despenalizar el aborto:
 - a. Incesto (se exige la denuncia ante las autoridades competentes)
 - b. Riesgo de salud física o mental de la madre (se exige certificación médica)
 - c. Acceso carnal abusivo o acto sexual sin consentimiento, así como la inseminación artificial o la transferencia de óvulo fecundando no consentidas (se exige la denuncia ante las autoridades competentes y la certificación médica).
- Un último aspecto que resolvió la Corte colombiana fue la valoración del consentimiento de la menor de edad en caso de aborto. Es decir, determinar la fuerza y relevancia jurídica de la voluntad de la menor para consentir un procedimiento de aborto, independientemente de la opinión que pudiesen tener adultos relacionados directamente con ella (como los padres o, en su caso, el esposo). En respuesta a la regulación aprobada por el Congreso, que despojaba de relevancia jurídica el consentimiento de la menor, la Corte determinó, basándose en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y la dignidad de los menores, que tal regulación era inconstitucional. Tales derechos, subrayó la Corte, son los que abren la posibilidad de que los menores consientan tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo, aun cuando tengan un carácter altamente invasivo.

Comentarios

Es importante señalar que esta sentencia además de establecer un sistema de indicadores que despenaliza el aborto, establece también que tales supuestos excepcionales son apenas "...las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública." p. 282.

Tribunal Constitucional de España

Sentencia 53/1985

Referencia

Sentencia de Recurso Previo de Constitucionalidad 53/1985
11 de abril de 1985
Tribunal Constitucional de España

Hechos

El 2 de diciembre de 1983, un grupo de 54 Diputados interpuso recurso previo de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de España, contra el 'Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del Código Penal'.⁹ El cual despenalizaba el aborto mediante un sistema de indicadores. Los recurrentes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del referido proyecto en su totalidad y, con carácter subsidiario, la inconstitucionalidad parcial de las circunstancias b) y c) del artículo en cuestión.

Litis

El Tribunal español revisó la constitucionalidad de la legislación que introducía la **despenalización del aborto en los siguientes supuestos: terapéutico, eugenésico y ético**, de acuerdo a los artículos 1.1, 3, 4, 9.3, 10.2, 15, 39.3, 49 y 51.1 de la Constitución española. Y, en este sentido, el Tribunal Constitucional español tuvo que delimitar el alcance de la protección constitucional al *nasciturus* y ponderar tal grado de protección frente al derecho a la vida y dignidad de la mujer. Todo esto con el propósito concreto de determinar si el legislador puede excluir constitucionalmente en algunos supuestos la vida del *nasciturus* de la protección penal.

Argumentos Jurídicos

El Tribunal Constitucional fundamentó la **constitucionalidad** del sistema de indicadores que despenalizó el aborto en ciertos casos mediante los siguientes argumentos:

- El Tribunal arrancó con la siguiente premisa: no es posible resolver constitucionalmente el presente caso sin partir de una noción de la vida que sirva de base para determinar el grado de protección que el Estado debe garantizarle. En este sentido, el Tribunal consideró

⁹ "Artículo único.-El art. 417 bis del Código Penal queda redactado de la siguiente manera:

El aborto no será punible si se practica por un Médico, con el consentimiento de la mujer, cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.
2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.
3. Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada."

que los dos momentos más relevantes del proceso vital de un ser humano son, por una parte, cuando el *nasciturus* es susceptible ya de vida independiente de la madre y, por la otra, el nacimiento. Sin embargo, esto no significa que la Constitución desproteja la vida en aquella etapa previa que es condición para la vida independiente de la madre y que finalmente es parte del desarrollo de la vida misma.

- Es decir, la protección de la vida para el Tribunal español va más allá de la viabilidad del *nasciturus* y considera que comprende inclusive el proceso de gestación, aún cuando aquél no sea titular del derecho fundamental.
- Así, el Tribunal señaló que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de la Constitución española,¹⁰ lo cual implica dos obligaciones genéricas para el Estado: abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y establecer una regulación jurídica que defienda la vida (que incluya como garantía última las normas penales).
- El Tribunal, sin embargo, apuntó que entender la vida del *nasciturus* como un bien protegido por el Estado no significa que dicha protección goce de un carácter absoluto. Por el contrario: es necesario considerar los supuestos en los cuales la vida del *nasciturus* entra en colisión con derechos y valores de gran relevancia, como la vida y la dignidad de la mujer. De tal manera, que la protección de la vida del *nasciturus* no puede prevalecer incondicionalmente frente a los derechos de la mujer, ni éstos pueden gozar de una primacía absoluta respecto la vida del *nasciturus*. De ahí la importancia del ejercicio de ponderación constitucional que permita armonizar este conjunto de derechos y valores o, en su caso, fijar las condiciones y requisitos en que se acepte la prevalencia de uno de ellos.
- Dentro de este marco argumentativo, el Tribunal consideró que los tres supuestos señalados por la reforma a la legislación penal –terapéutico, eugenésico y ético-, como excepciones a la penalización de aborto, eran constitucionales. Se tratan de supuestos que impiden que la protección de la vida del *nasciturus* se coloque incondicionalmente por encima de la salud y la dignidad de la mujer.
- Ahora bien, otro aspecto que analizó el Tribunal fue la constitucionalidad de la regulación contenida en el art. 417 bis del Código Penal para garantizar de manera efectiva el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto. Es decir, si se reguló de tal manera que la desprotección del *nasciturus* no exceda las situaciones previstas ni se desproteja los derechos a la vida y la integridad física de la mujer. Y aunque el legislador previó varias medidas encaminadas a verificar la actualización de los supuestos en que se encuentra despenalizado el aborto, el Tribunal español determinó que éstas no eran suficientes y, por tanto, **se consideraron inconstitucionales**.
- En el caso del aborto terapéutico, el Tribunal señaló que el legislador debió haber previsto como indispensable el dictamen médico que comprobase el supuesto de hecho para poder practicar el aborto. Y que está comprobación de hecho junto con la

¹⁰ **Artículo 15 de la Constitución Española:**

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

correspondiente en el aborto eugenésico (si prevista en la legislación en cuestión) se debiese producir necesariamente con anterioridad a la realización del aborto. Asimismo, respecto los tres supuestos de aborto, el legislador debió considerar que la realización de éste se debiese llevar a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados para tal efecto.

Comentarios

Otro aspecto relevante que aborda la presente sentencia es la **relevancia jurídica del consentimiento del padre** para proceder al aborto. Los recurrentes de la legislación en cuestión, exigieron la declaración de inconstitucionalidad del consentimiento en los tres supuestos de aborto, pues éstos no hacen especial referencia a la participación del padre. Considerando que tal exclusión vulneraba el artículo 39.3 de la Constitución española.¹¹ Sin embargo, el Tribunal determinó que considerar de manera exclusiva el consentimiento de la mujer no era inconstitucional, "...dado que la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla." P. 31.

¹¹ **Artículo 39 de la Constitución Española**

(...)

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda.

Suprema Corte de los Estados Unidos

Roe v. Wade

Referencia

410 U.S. 113, Roe v. Wade (1973)
22 de Enero de 1973
Suprema Corte de los Estados Unidos

Hechos

- Jane Roe, una mujer soltera que residía en la ciudad de Dallas, estado de Texas, pidió a la Suprema Corte Federal declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1191 a 1194 y 1196 del Código Penal de Texas.
- Esto debido a que se encontraba en proceso de embarazo y quería abortar, lo cual estaba prohibido por el Código Penal de Texas, que sólo previa como legal la causal de aborto terapéutico para salvar la vida de la madre.
- La demandante arguyó que la ley de Texas en cuestión violaba su derecho fundamental a la intimidad personal, además de ser inconstitucionalmente imprecisa.
- Un doctor amenazado de ser condenado por practicar abortos, así como una pareja que exigía el derecho a abortar en el caso hipotético de que fallasen las medidas anticonceptivas utilizadas por la esposa, no fueron admitidos como partes en el caso debido a la falta de interés directo y daño inmediato.

Litis

La Suprema Corte tuvo que decidir si la Ley de Texas que penalizaba el aborto (excepto en casos terapéuticos para salvar la vida de la madre), violaba el derecho fundamental de la mujer a la libertad e intimidad personal protegido por la Constitución Federal de los Estados Unidos.

Argumentos Jurídicos

La Suprema Corte se basó en los siguientes argumentos para declarar la **inconstitucionalidad** de los artículos previstos del Código Penal del estado de Texas que penalizaba el aborto:

- Analizando la historia del aborto, la Corte hizo valer que la ley anteriormente aplicada en Inglaterra y los Estados Unidos hasta la mitad del siglo XIX (la *Common Law*), era mucho más permisiva en el sentido de que no penalizaba el aborto hasta el "quickening" (cuando se empezaban a sentir los movimientos del feto en el vientre de la mamá; es decir, hasta 16 o 18 semanas).
- La Corte reconoció que la Constitución no mencionaba **explícitamente** el derecho a la intimidad (de la demandante), pero que contaba con precedentes afirmando que el

derecho a la intimidad personal **si existía** en la Constitución (Enmiendas 9 y 14¹²). Asimismo, llegó a la conclusión de que el derecho a la intimidad personal era suficientemente amplio para incluir la decisión de una mujer de interrumpir o no su embarazo.

- Sin embargo, reconoció que este derecho a la intimidad personal no era un derecho absoluto y podía ser limitado por ley si entraba en colisión con intereses relevantes que el Estado debía proteger.
- Entonces, la Corte estadounidense entendió la necesidad de **ponderar** el derecho a la intimidad y los intereses del Estado para regular esta materia.
- Cuando se trata de derechos fundamentales como el derecho a la intimidad personal, la jurisprudencia de la Corte determina que se aplique el estándar del “estricto examen” (*strict scrutiny*). La carga de la prueba pesa sobre el Estado, el cual tiene que demostrar que la ley es **necesaria** para garantizar un interés **primordial** del Estado, y que no había medida menos restrictiva para cumplir con dicho objetivo.
- La Corte al hilo de su interpretación de la Constitución notó que la palabra “persona” no se encontraba definida. “En casi todas las referencias, **el uso de la palabra era tal que no se podía aplicar antes del nacimiento**”. Esto combinado con la legislación anterior de carácter permisivo, le ofrecía suficientes elementos a la Corte para considerar que la palabra-concepto “persona”, tal cual como se encontraba en la Enmienda 14 **no** comprendía al no-nacido.
- El estado de Texas argumentó que la vida empezaba desde la concepción y que por eso el Estado tenía un interés primordial en proteger esta vida desde la concepción. La Corte contestó que no se encontraba en una posición para resolver la cuestión del principio de la vida, sobre todo considerando que médicos, filósofos y representantes de la Iglesia no habían podido llegar a un acuerdo sobre el tema.
- Sin embargo, con el pretexto de mencionar los diferentes puntos de vista al respecto, la Corte se percató de que la comunidad científica no se enfocaba tanto en el principio de la vida, sino en el punto intermedio: **la viabilidad**, o la capacidad potencial de vivir fuera del vientre de la madre, hasta con ayuda artificial. La Corte agregó que la “viabilidad era generalmente **colocada** alrededor de los 7 meses de embarazo (28 semanas) pero podía ocurrir antes, hasta en las 24 semanas”.
- La Corte concluyó que la adopción de la teoría de la vida desde la concepción por el estado de Texas, no podía ser causa justificada para invalidar los derechos fundamentales

¹²ENMIENDA NUEVE

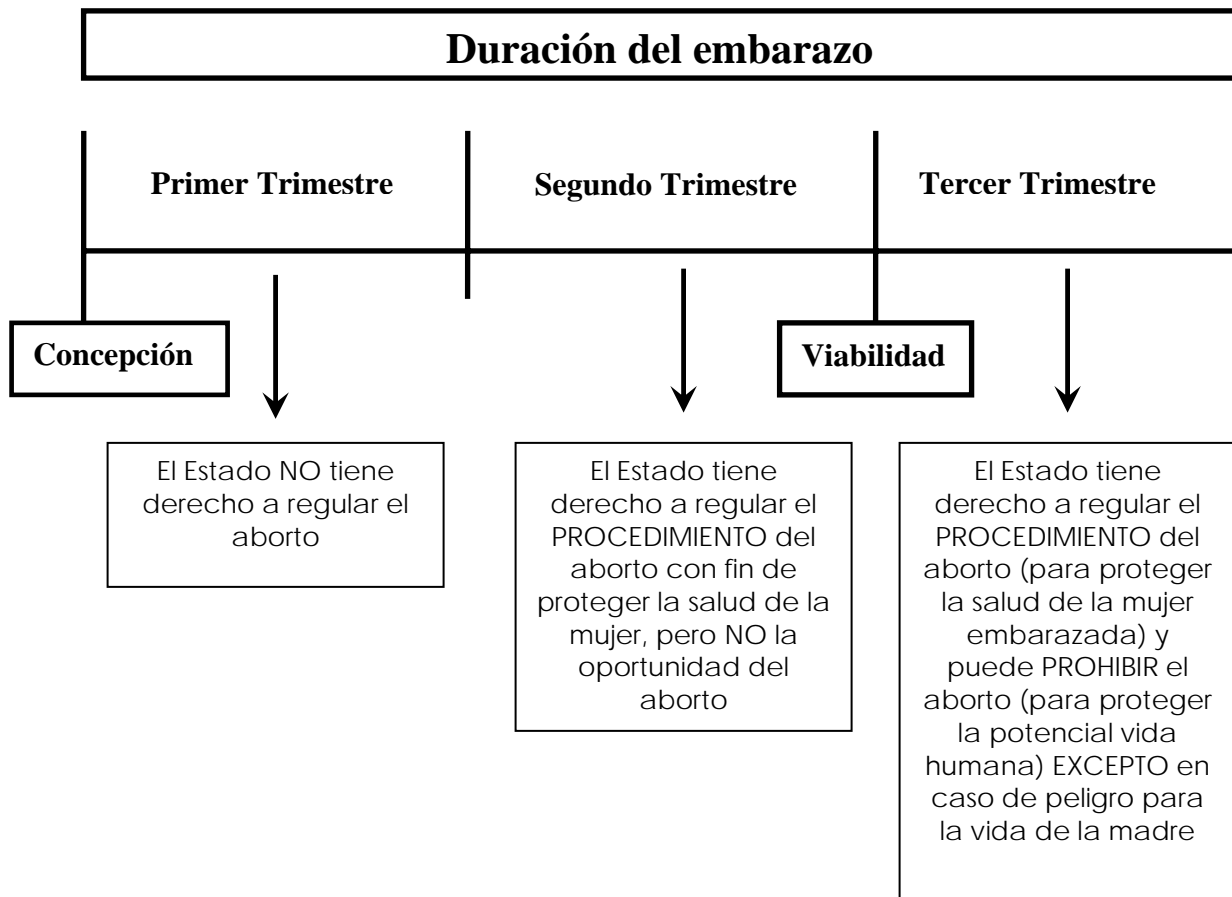
“No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”.

ENMIENDA CATORCE

Sección 1: “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningun Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”. (...)

de las mujeres embarazadas. Aunque ello no signifique que el Estado carezca de interés para proteger dos relevantes y legítimos valores: **la salud de la mujer embarazada y la potencialidad de la vida humana**.

- En este contexto, **la pregunta medular** que se planteó la Corte Suprema fue la siguiente: ¿En que etapa del embarazo el interés del Estado de proteger la salud de la mujer embarazada y de proteger la potencialidad de la vida humana pasaba de “importantes y legítimos” a “primordiales”, superando el derecho a la intimidad de la mujer embarazada?
- Con base en la **protección de la salud de la mujer embarazada**, la Corte otorgó al Estado la autoridad de regular **el procedimiento** del aborto a partir del inicio del segundo trimestre (semana 12), porque antes su interés no podía ser calificado de “primordial”. La Corte aclaró que de hecho una mujer que aborta dentro de las 12 primeras semanas del embarazo corre menos riesgos respecto su salud que una mujer que da a luz de manera normal.
- Con base en la **protección de la potencialidad de la vida humana**, el punto de inflexión es la **viabilidad**. El interés del Estado no salta de “importante y legítimo” a “primordial” hasta que el feto sea capaz de vivir fuera del útero y, por ello, no se supera el derecho de la mujer a elegir sino hasta después de las 24 semanas de embarazo. Una vez rebasado este período, la Corte otorgó al Estado la autoridad de prohibir el aborto, excepto en caso de peligro para la vida de la madre.
- En breve: Roe v. Wade legalizó una franja de libertad para practicar el aborto que comprendía las primeras 24 semanas del embarazo.



Comentarios

Esta sentencia tiene una importancia fundamental dentro del tema del aborto toda vez que fue una de las primeras en legalizar el aborto en el mundo. Sin embargo, actualmente, tiene que ser analizada y entendida junto con el precedente *Planned Parenthood v. Casey* (1992). En el cual, los *justices* de la Suprema Corte, sin rechazar el punto resolutorio esencial de *Roe v. Wade*, cambiaron el criterio de constitucionalidad e invalidaron el estricto análisis de *Roe v. Wade* en la disección (y regulación) trimestral del embarazo.

Suprema Corte de los Estados Unidos

Planned Parenthood v. Casey

Referencia

Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey
505 U.S. 833 (1992)
29 de junio de 1992
Suprema Corte de los Estados Unidos

Hechos

Cinco clínicas donde se realizaban abortos y un médico especializado (representando su profesión) demandaron la inconstitucionalidad de varias disposiciones de la *Ley de Control del Aborto* del estado de Pensilvania de 1982 (enmendada en 1988 y 1989).

Las secciones relevantes de esta ley estipulaban:

- Una mujer que desea abortar tenía que otorgar su consentimiento informado y, para ello, se le debía proporcionar la información pertinente al menos 24 horas antes del aborto.
- Asimismo, en caso de que la mujer embarazada fuese menor de edad, la ley exigía el consentimiento informado de uno de los titulares de la autoridad parental. Si la menor de edad no deseaba informarle a sus padres contaba con la alternativa judicial.
- La ley también disponía que una mujer casada que deseara abortar tenía que firmar una declaración que certificara que había notificado su intención de abortar a su esposo.

Litis

La Suprema Corte tuvo que revisar la constitucionalidad de *la Ley de Control del Aborto* del estado de Pensilvania.

Argumentos Jurídicos

- Desde el inicio de su argumentación, la Corte reconoció que algunos de los fallos que dictó después de su precedente de *Roe v. Wade* ponían en duda el significado y el alcance de dicho precedente. En consecuencia, la Corte aclaró y reafirmó los puntos esenciales del precedente *Roe v. Wade*:
 - a. Una mujer tiene el derecho de elegir abortar antes de la viabilidad del feto, así como el derecho de obtener la interrupción sin indebido obstáculo por parte del Estado.
 - b. El Estado tiene el poder de limitar el derecho al aborto después de la viabilidad del feto.
 - c. El Estado tiene intereses legítimos para proteger la salud de la mujer y la vida del feto (el cual puede resultar en un niño).
- En efecto, la Corte reafirmó que la libertad de la mujer a interrumpir su embarazo era un derecho protegido por la Constitución. "Concluimos que la decisión básica de *Roe v.*

Wade estaba fundamentada en un análisis que no podemos rechazar ahora. Sin embargo, la libertad de la mujer no se encuentra tan ilimitada como para prohibir cualquier interés del Estado en la vida del no nacido y luego durante el desarrollo del feto. El interés del Estado en la vida es suficientemente fuerte como para restringir el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo". P. 15-6

- La Corte continuó afirmando que la libertad no podía ser limitada si no a partir de un límite fijo y claro. "Concluimos que este límite debe ser la viabilidad, para que antes de este punto la mujer tenga el derecho de elegir la interrupción de su embarazo". P. 16
- La Corte justificó este límite con el argumento de que la viabilidad era bastante precisa, y tenía cierto elemento de justicia: después de la viabilidad existe una segunda vida independiente de la madre. Esta segunda vida puede ser objeto de la protección estatal, invalidando los derechos de la mujer. Al contrario, antes de la viabilidad, el Estado no tiene nada que proteger más que los derechos de la mujer. Por ello, el interés del Estado de proteger la potencialidad de la vida humana no es tan fuerte como para justificar cualquier prohibición al aborto antes de la viabilidad.
- Sin embargo, la Corte rechazó la construcción por trimestres del precedente *Roe v. Wade*, subrayando la rigidez de este esquema (*framework*) y apuntando que el Estado no podía ser privado totalmente de su facultad de intervenir durante el primer trimestre, en particular cuando se trata de asegurar la reflexión y la información de las mujeres a punto de abortar.
- Los magistrados insistieron en el hecho de que "no todas las leyes que establecen un obstáculo al ejercicio de un derecho violan, *ipso facto*, este derecho" (...) Una regulación estatal viola la libertad protegida por la catorce enmienda solamente cuando impone un **obstáculo indebido** sobre la capacidad de la mujer a tomar esta decisión". P. 18 (...) "En nuestro punto de vista, el estándar del obstáculo indebido es la manera adecuada de reconciliar el interés del Estado con la libertad constitucionalmente protegida de la mujer". P. 20
- La Corte definió el concepto de "obstáculo indebido" de la siguiente manera: cuando una regulación estatal tiene como objeto o efecto establecer un obstáculo sustancial en el camino de la mujer que solicita el aborto de un feto no viable, aunque los intereses del Estado sean legítimos. P. 20.
- Una vez aclarados los principios fundamentales alrededor de este tema, la Corte continuó su análisis de la validez de cada requisito definido en la ley de Pensilvania.
- La Corte no encontró ninguna objeción al requisito de consentimiento informado, a condición de que la información proporcionada sea verídica y no engañosa. Tampoco vio ninguna razón para impedir a un médico de informar a su paciente de los riesgos y alternativas. A parte, la Corte determinó que el período de 24 horas entre la proporción de la información y la realización del acto servía de manera razonable al interés legítimo del Estado. En consecuencia, los magistrados concluyeron que el requisito de "consentimiento informado" no imponía un obstáculo indebido sobre el derecho al aborto.
- Por el contrario, el requisito según el cual una mujer casada que desea abortar tenía que avisar a su esposo fue **considerado inválido** por la Corte. Tal requisito podía resultar en un

impedimento para numerosas mujeres al momento de decidir un aborto, debido a que millones de mujeres en los Estados Unidos son víctimas de abusos psicológicos y físicos por parte de sus esposos, dándoles excelentes razones para no avisar a su pareja antes de abortar. Este requisito hubiese impuesto un **obstáculo sustancial** al derecho de elegir un aborto. Y la Corte fue contundente: "Las mujeres no pierden sus derechos constitucionalmente protegidos cuando se casan". P. 33

- Por último, la Corte analizó el requisito de la autorización de los padres en caso de una menor de edad y ratificó la **constitucionalidad** de la ley que requiere la autorización de los padres, toda vez que finalmente la ley **también establece una alternativa judicial** (en caso de que la menor de edad no desee informarle a sus padres o tutores).

Comentarios

Esta sentencia es tan importante como la de Roe v. Wade debido a que reafirmó los derechos esenciales de la mujer a abortar, pero también cambió el criterio de constitucionalidad. Todas las leyes que regulan el aborto desde el caso Casey v. Planned Parenthood han sido analizadas a la luz del criterio del "**indebido obstáculo**".

Suprema Corte de los Estados Unidos *Attorney General v. Carhart 2007* *Stenberg v. Carhart 2000*

Referencia

Don Stenberg, Attorney General of
Nebraska, et al., Petitioners v.
Leroy Carhart
No. 99—830
28 de Junio del 2000
Suprema Corte de los Estados Unidos

Gonzales, Attorney General v. Carhart et al.

No. 05-380
18 de April del 2007
Suprema Corte de los Estados Unidos

Hechos

- En 1999, el Congreso del estado de Nebraska votó una ley prohibiendo el “aborto con nacimiento parcial”.
- Una vez que ha empezado el segundo trimestre del embarazo, ya no se puede realizar el aborto por el método de succión, es necesario utilizar otros procedimientos. El más común se llama “dilatación y evacuación (D&E)”: se trata de dilatar la cervix para poder introducir fórceps y otros instrumentos médicos y así sacar el feto de la cervix. Por el tamaño de los fetos después del primer trimestre de embarazo, no es posible sacarlo en su totalidad en un solo intento. Es necesario que el feto sea descuartizado y sacado en varios pedazos.
- Existe otra alternativa a la D&E: la D&X (dilatación y evacuación intacta), la cual consiste en sacar (evacuar) al feto intacto; lo cual exige aplastar el cráneo del feto para que pueda pasar su cuerpo entero por la pelvis.
- Este tipo de aborto es calificado como “aborto con nacimiento parcial” porque el feto (al menos que haya sido matado por una inyección previa al procedimiento) está vivo durante la extracción.
- El estado de Nebraska quería prohibir este último procedimiento (la D&X).
- Varios médicos que usualmente practicaban dicho procedimiento abortivo demandaron la inconstitucionalidad de la ley de Nebraska referida.
- La Suprema Corte (en su sentencia *Stenberg v. Carhart 2000*) declaró la inconstitucionalidad de la ley impugnada, debido a que ésta prohibía el referido procedimiento sin establecer una excepción en caso de peligro para la **salud** de la madre, (contemplaba solamente el supuesto de riesgo de la **vida** de la madre). La Corte se basó en su precedente *Roe v. Wade*, en el cual estableció que el Estado tenía el derecho de regular el procedimiento del aborto, pero cualquier regulación que restringiese el acceso a un determinado procedimiento, para ser válida, debía

contemplar una excepción en caso de peligro para la salud de la mujer, y no sólo en el supuesto de riesgo para su vida. En caso contrario, el legislador tiene la carga de la prueba para demostrar que tal excepción no es necesaria (por ejemplo si el referido procedimiento es **siempre** más riesgoso que otras alternativas).

- Años más tarde, en el 2003, el Congreso federal voto una ley similar: "Ley de prohibición del aborto con nacimiento parcial", cuya constitucionalidad fue nuevamente sometida a escrutinio ante la Suprema Corte por el mismo grupo de médicos. En esta ocasión, la Suprema Corte rechazó la demanda y declaró constitucional esta ley federal.

Litis

La Suprema Corte tuvo que decidir si la Ley de Nebraska que penalizaba el "aborto con nacimiento parcial" violaba la Constitución o si respetaba estándares promovidos por los precedentes (*Stenberg v. Carhart* del 2000).

La Corte enfrentó la misma pregunta respecto a la Ley federal de "prohibición del aborto con nacimiento parcial" en *Gonzales v. Carhart* del 2007.

Argumentos Jurídicos

- En **Stenberg v. Carhart** (2000), la Corte insistió en la necesidad, garantizada por sus precedentes (*Roe v. Wade* y *Casey v. Planned Parenthood*), de prever excepciones a la regulación del aborto para proteger la salud de la mujer embarazada. En efecto, según la Corte, el Estado tiene el derecho de promover, pero no de poner en peligro, la salud de la mujer cuando regula los procedimientos del aborto.
- La Corte siguió analizando datos científicos a fin de determinar si el procedimiento del D&X implicaba mayores riesgos que el D&E y, en tal caso, justificar su prohibición. Los magistrados subrayaron que varios peritos respetados afirmaban que el D&X podía ser más seguro en ciertos casos que cualquier otro procedimiento alternativo.
- La Corte llegó a la conclusión de que el gobierno de Nebraska no había logrado justificar la ausencia de excepción en caso de peligro para la salud de la mujer embarazada. Dado que dentro de la profesión médica no había opinión unánime respecto si el método D&X siempre era más riesgoso que el procedimiento D&E, entonces, la duda debía beneficiar a la mujer embarazada.
- Además, la Corte notó que la ley de Nebraska impugnada prohibía los procedimientos de "aborto con nacimiento parcial", sin especificar expresamente de cual se trataba.¹³ El gobierno de Nebraska argumentaba que era claro que esta prohibición se aplicaba nada más a las D&X y no a las D&E.
- Sin embargo, la Corte no estuvo de acuerdo con el argumento de Nebraska, afirmando que la falta de precisión respecto el alcance de la ley impugnada podría otorgar a las

¹³ The statute in *Stenberg* prohibited "deliberately and intentionally delivering into the vagina a living unborn child, or a substantial portion thereof, for the purpose of performing a procedure that the person performing such procedure knows will kill the unborn child and does kill the unborn child." P. 18 de *Gonzales v. Carhart*

autoridades de Nebraska el poder de sancionar no sólo a los médicos que practicasen D&X, si no también a aquellos que practicasen D&E.

- En consecuencia, la posible interpretación amplia de esta ley equivalía a prohibir ambos procedimientos –D&E y D&X-, lo cuales en conjunto representaban más del 90% de los abortos después del primer trimestre. En otras palabras, la interpretación amplia de la ley de Nebraska podría prácticamente prohibir el aborto después de las 12 primeras semanas. Por lo tanto, esta la ley establecía un **obstáculo indebido** al derecho de la mujer a abortar después de 12 primeras semanas.
- La falta de excepción en caso de peligro para la salud de la mujer embarazada (y no sólo en caso de peligro a la vida), así como el alcance potencialmente amplio de la ley, constituyeron las dos bases de inconstitucionalidad de la ley de Nebraska.
- En **Gonzales v. Carhart** (2007), la Corte fundamentó la constitucionalidad de la ley federal de “prohibición del aborto con nacimiento parcial” precisamente en consideración de los dos criterios definidos por su precedente de Stenberg v. Carhart.
- Los demandantes argumentaban que esta ley, como la de Nebraska, era inconstitucional por la imprecisión de su alcance, así como por el obstáculo indebido que le establecía al derecho de abortar después de las 12 primeras semanas.
- La Corte desde el inicio de su argumentación, aclaró que la **redacción** de la ley federal era **distinta** a la de la ley de Nebraska declarada inconstitucional, debido a que tenía una definición mucho más detallada del concepto de “nacimiento parcial”¹⁴. De tal manera que era claro que un médico no podía ser demandado por asistir en el parto de un feto ya muerto o por realizar procedimientos alternativos de aborto, los cuales no involucraban el paso del feto por la vagina (como la cesárea, la histerectomía...) y, por lo tanto, la ley no era inconstitucional por imprecisión.
- La Corte siguió examinando **si el efecto o el objetivo** de la ley federal era establecer un **obstáculo indebido** al derecho al aborto.¹⁵
- La Corte, analizando los términos de la ley, concluyó que la prohibición era nada más aplicable a la D&X, y no a la D&E –desmembrar el feto dentro del útero para sacarlo por partes todavía era legal-. En consecuencia, la ley federal no prohibía el procedimiento más común del aborto después del primer trimestre y, por ello, su **efecto** no era imponer un obstáculo indebido sobre la mujer que deseaba abortar en tales condiciones.
- Respecto al objetivo de esta legislación, la Corte reconoció la validez del interés legítimo del Estado “a proteger vidas humanas inocentes de un procedimiento brutal e inhumano, así como la reputación y la ética de la comunidad médica.”¹⁶

¹⁴ (...), the Act's definition of partial-birth abortion requires the fetus to be delivered "until, in the case of a head-first presentation, the entire fetal head is outside the body of the mother, or, in the case of breech presentation, any part of the fetal trunk past the navel is outside the body of the mother." P. 16 de Gonzales v. Carhart

¹⁵ Criterio definido en el precedente Planned Parenthood v. Casey

¹⁶ Pp. 4 y 22 de Gonzales v. Carhart

Comentarios

Estas dos sentencias deben ser analizadas de manera conjunta debido a que la Corte se basa en sus propios argumentos de *Stenberg v. Carhart* para rechazar la pretensión de inconstitucionalidad de *Gonzales v. Carhart*. Y declarar la ley federal constitucional. Esto debido a que la Corte consideró que la ley federal establecía una definición mucho más detallada de los procedimientos prohibidos que la de Nebraska. De tal manera que la ley federal no alcanza a prohibir todas las D&E y D&X, dejando varias opciones a las mujeres que decidan abortar después del primer trimestre.

Sin embargo, una diferencia notable se encuentra en la redacción de los dos fallos: la Corte dedicó su parte introductoria en *Stenberg v. Carhart* (2000) a ratificar la protección constitucional del derecho de la mujer a elegir la interrupción de su embarazo. Insistió en el principio de libertad y en la inviolabilidad de esta protección básica garantizada por la Constitución. Por el contrario, en *Gonzales v. Carhart* (2007), las menciones de los precedentes a favor del aborto se encuentran menos desarrollados y, finalmente, las referencias son más que nada técnicas, en vez de desarrollar el principio medular de la libertad de la mujer.

Consejo Constitucional Francés

Ley sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo

Referencia

Decisión no. 74-54
15 de Enero de 1975
Ley sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo

Hechos

- El control de constitucionalidad en Francia es competencia exclusiva del Consejo Constitucional. Este **control** es únicamente **previo**. Es decir, se realiza después de que el Parlamento vota una ley, pero antes de que se promulgue (o entre la firma y la ratificación o la aprobación cuando se trata de un instrumento internacional).
- La acción de inconstitucionalidad puede ejercerse por iniciativa de una autoridad política (Presidente de la República, Primer Ministro, Presidente del la Cámara de Diputados o del Senado, o 60 diputados o 60 senadores).
- En el presente caso, la ley que legalizó el aborto dentro de las primeras 10 semanas de embarazo¹⁷ fue sometida a revisión al Consejo Constitucional por 60 diputados.

Litis

El Consejo Constitucional examinó la conformidad de la *Ley sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo* con la Constitución¹⁸ (es decir la Constitución de 1958, su Preámbulo, así como el Preámbulo de la Constitución de la IVa República de 1946 y la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789).

Argumentos Jurídicos

- Primero, el Consejo Constitucional resolvió sobre el alcance del control de constitucionalidad en relación con los tratados internacionales. Negándose a examinar la conformidad de las leyes impugnadas respecto los tratados internacionales ratificados por Francia. Según el Consejo Constitucional una ley que viola o contradice un tratado internacional no significa que será considerada automáticamente como inconstitucional.

¹⁷ El plazo de 10 semanas fue extendido a 12 semanas en 2001

¹⁸ La Constitución francesa actual data de 1958, es la "Constitución de la Va República". El Preámbulo de esta Constitución hace referencia al Preámbulo de la Constitución de la IVa República (1946), así como a la Declaración de los derechos humanos y del ciudadano de 1789. En una decisión del 16 de Julio de 1971, el Consejo Constitucional decidió de incluir estos tres textos al "bloque de constitucionalidad" a fin de examinar la conformidad de las leyes impugnadas con la Constitución en su totalidad.

- Los 60 diputados fundamentaron su recurso de inconstitucionalidad ante el Consejo en el artículo 2 de la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano, en el Preámbulo de la Constitución actual y en el principio establecido en el Preámbulo de la Constitución de 1946, según el cual la Nación garantiza al niño la protección de su salud.
- El artículo 2 de la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano establece lo siguiente: "El objetivo de toda asociación política es la preservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión."¹⁹
- Los miembros del Consejo concluyeron que la *Ley sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo* respetaba la libertad de las personas con la necesidad de recurrir a, o a participar en una interrupción voluntaria de embarazo, por encontrarse en una situación de angustia o por motivo terapéutico. Por eso, la ley no viola el citado artículo.
- El Consejo consideró, además, que la Ley en cuestión reafirma en su artículo 1º el principio del respeto a todo ser humano desde el inicio de la vida, admitiendo excepciones a este principio únicamente en casos de extrema necesidad (según las condiciones y limitaciones prevista por la ley).
- Y considerando que ninguna de las excepciones actualmente previstas en la ley perjudicaba a alguno de los principios invocados por los demandantes; entonces, la Corte consideró que la ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo no viola la Constitución.

Comentarios

- Esta decisión tiene un papel primordial dentro de la jurisprudencia constitucional francesa, debido a que el Consejo Constitucional se negó a analizar la conformidad de las leyes respecto los tratados internacionales ratificados por Francia, dejando esta competencia a los tribunales del orden judicial y administrativo (el Consejo de Estado y la Corte de Casación).
- Respecto al aborto, el Consejo Constitucional no analizó ningún dato científico sobre el inicio de la vida o de la viabilidad del feto. El punto es que la ley francesa creó una **ficción jurídica**: afirmó de manera tajante el derecho a la vida del feto desde la concepción, pero autorizó un régimen de excepciones a este principio (en caso de "necesidad").
- El razonamiento del legislador y del juez constitucional fue el siguiente: sí, el derecho a la vida desde la concepción es un derecho fundamental, entonces, como cualquier otro derecho, no puede ser absoluto y debe aceptar excepciones.
- En consecuencia, el Consejo no necesitó estudiar la tema de la vida; nada más tuvo que analizar la constitucionalidad de las "excepciones" previstas por la ley. Mismas que declaró constitucionales.

¹⁹ **Article 2** - Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.

Corte de Casación de Francia – Sala penal

Demanda: 96-80223

Referencia

Demanda: 96-80223
Corte de Casación
Sala Penal
27 de noviembre de 1996

Hechos

- Un grupo de 8 personas se introdujo en un hospital donde se realizaban abortos, encadenándose a la sala de cirugía con el fin de manifestarse en contra de este derecho. La policía necesitó más de 3 horas para “liberarlos” y evacuar el lugar.
- Los miembros del grupo fueron condenados a 4'000 francos de multa –actualmente más de \$ 8'000- y 4 meses de prisión a aplicarse automáticamente en caso de reincidencia (sentencia en suspenso), por el delito de obstaculizar la práctica del aborto previsto en el Código de Salud francés.
- Los acusados invocaron en su defensa los siguientes tratados internacionales:
 1. El **artículo 2** de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.²⁰
 2. El **artículo 6** del Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos.²¹
 3. El **artículo 6** de la Convención de Nueva York del 26 de enero de 1990 sobre los derechos del niño.²²

Litis

La Corte de Casación examinó la compatibilidad de la *Ley sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo* respecto los tratados internacionales ratificados por Francia e invocados por los acusados.

²⁰ Derecho a la vida

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.
2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:
 - a. en defensa de una persona contra una agresión ilegítima ;
 - b. para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente ;
 - c. para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección

²¹ Artículo 6.-

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

²² Artículo 6.-

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

Argumentos Jurídicos

- Los acusados afirmaban que los citados artículos de la Convención Europea y del Pacto Internacional, protegían la vida de cualquier persona humana. Estableciendo como única excepción el supuesto de pena de muerte dictada por un tribunal competente. Por tanto, el aborto al no estar previsto dentro de las excepciones al derecho a la vida de acuerdo al orden internacional, quedaba prohibido.
- Asimismo, los acusados ofrecían la siguiente interpretación de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño: el texto de la Convención otorgaba un derecho intrínseco a la vida de **todo niño sin distinción alguna**; por ello, este tratado se debía de aplicar tanto al niño ya nacido, como al niño concebido pero todavía no nacido.
- Además, los acusados argumentaron que “estaba científicamente demostrado que la vida humana empezaba desde la fecundación de óvulo y se desarrollaba de manera continua sin posibilidad de realizar una distinción durante las diferentes fases de su desarrollo, de tal manera que la cualidad de ser humano del niño concebido siempre fue reconocida en el derecho francés, hasta por la propia ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo en su artículo primero”. P. 2.
- Los acusados concluyeron que como los tratados internacionales referidos no contemplaban ninguna excepción al derecho a la vida más que la pena capital, entonces, la ley francesa sobre la interrupción voluntaria del embarazo violaba los textos invocados.
- Los magistrados de la Corte de Casación **rechazaron todos estos argumentos** al determinar que la ley impugnada no permitía que la vida humana fuese atentada (inclusive desde la concepción), más que en aquellos casos de necesidad y según las condiciones dictadas por la ley misma. Esta limitación establecida por el legislador garantizaba la compatibilidad de la Ley sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo con los compromisos internacionales ratificados por Francia. P. 3.
- Además, la Corte subrayó el hecho de que existía una **declaración interpretativa** a la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño por parte del Estado francés, según la cual la Convención no podía ser interpretada como un obstáculo a la aplicación de las disposiciones de la ley francesa respecto al aborto.

Comentarios

- Como esta cuestión –la incompatibilidad de la ley que legalizó el aborto respecto determinados tratados internacionales- llegaba por primera vez a la Corte de Casación, esta última fue muy cuidadosa al momento de elaborar sus argumentos, con el fin de sentar jurisprudencia y no tener que volver a conocer asuntos similares²³.
- Cabe señalar también que las jurisdicciones francesas, aun cuando dictan sentencias muy importantes encaminadas a formar jurisprudencia en asuntos relevantes, no ofrecen una argumentación elaborada dejando el debate socio-económico-cultural correspondiente al Parlamento.

²³ La Corte de Casación de Francia, a diferencia de muchos tribunales constitucionales y cortes supremas, tiene la facultad de seleccionar los asuntos que desea resolver. No está obligada a tratar todos los casos que llegan a casación.

Queen's Bench Division at Liverpool (Reino Unido) *Paton v. British Pregnancy Advisory Service*

Referencia

Paton v. British Pregnancy Advisory Service
24 de mayo de 1978
Queen's Bench Division at Liverpool

Hechos

Una mujer embarazada por su esposo estaba preocupada por la viabilidad de su embarazo. Al consultar dos médicos al respecto, éstos consideraron que continuar con su embarazo podría implicar un serio riesgo físico o mental para su salud. De tal manera que ellos emitieron un dictamen médico para que, de acuerdo a *The Abortion Act of 1967*, la madre pudiese optar legalmente por el procedimiento de aborto. Ella quería elegir esta opción. Pero su esposo, que no fue consultado ni por ella ni por los médicos, no estaba de acuerdo con dicha posibilidad. El esposo argüía que tenía derecho para intervenir en el destino del niño en gestación y, por ello, interpuso ante la Corte un requerimiento judicial restrictivo en contra tanto del *British Pregnancy Advisory Service* como de su esposa, para evitar que ésta pudiese abortar sin su consentimiento.

Litis

El presente caso se centra principalmente en el poder de un esposo para evitar o, en su caso, consentir que su esposa tenga un aborto. Es decir, se tuvo que determinar la fuerza jurídica del consentimiento y opinión de un padre respecto la posibilidad de que su pareja se practicara un aborto y, en este sentido, del destino del niño en gestación.

Argumentos Jurídicos

El tribunal del Queen's Bench Division at Liverpool consideró que el requerimiento judicial restrictivo para evitar que la mujer abortase sin el consentimiento del padre **carecía de fundamento**. Los argumentos de dicha decisión fueron los siguientes:

- Un primer aspecto que determinó el tribunal era si lo que estaba en juego, en todo caso, era un derecho del padre o un derecho del feto. Respecto lo cual afirmó que el feto, de acuerdo al ordenamiento jurídico inglés, no goza de ningún derecho por sí mismo hasta que nace y tiene una existencia independiente de la madre.
- Así, una vez determinado la imposibilidad de que el feto tuviese un derecho de acción ni de ningún otro tipo, el tribunal centró el caso en el posible derecho del padre para intervenir en el destino del niño en gestación.

- En este contexto, el tribunal arrancó considerando que no le corresponde imponer mediante requerimiento judicial ciertas conductas propias del matrimonio, tales como relaciones sexuales o medidas anticonceptivas o, en su caso, restringir otras como la esterilización o la vasectomía. Este tipo de relaciones familiares no pueden ser impuestas por una autoridad judicial: son decisiones personales dentro del núcleo familiar.
- Asimismo, el tribunal señaló que ningún esposo puede mediante requerimiento judicial detener a su esposa a practicarse un aborto, cuando el supuesto de hecho cumple con los requisitos y condiciones señaladas por *The Abortion Act of 1967*. La enorme responsabilidad social, insistió el tribunal, en esta materia se deposita en la profesión médica, quienes una vez que dictaminan de buena fe la necesidad de un aborto, entonces, se fija la viabilidad legal del mismo.
- El tribunal apuntó que el caso en cuestión cubría todos los requisitos señalados por *The Abortion Act of 1967*:²⁴ certificado médico de dos doctores, otorgado de buena fe, donde se considera que continuar con el embarazo puede implicar riesgo de daño físico o mental para la salud de la madre. En ningún momento, subrayó el tribunal, existen otros requisitos para proceder al aborto, sea el derecho del padre para opinar respecto la terminación del embarazo.
- Por ello, el esposo no tiene ningún derecho legal para detener a su esposa de practicarse un aborto o, en su caso, detener a los médicos de dictaminar la necesidad del mismo.

Comentarios

Esta resolución se apoyó durante su argumentación en el derecho comparado, en concreto el tribunal señaló el precedente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, donde la Corte estadounidense determinó que no era constitucional aquella ley que exigiese el consentimiento del esposo como condición para practicar un aborto durante las primeras 12 semanas del embarazo. El Estado simplemente no puede intervenir en la franja de libertad de las 12 primeras semanas, una vez que el médico y su paciente (la esposa) han elegido la opción del aborto; es decir, el Estado no puede delegar tal decisión a ningún autoridad o persona en particular, diferente de la mujer embarazada, inclusive tratándose del esposo.

²⁴ **The Abortion Act of 1967**. Section 1 provides:

"... a person shall not be guilty of an offence under the law relating to abortion when a pregnancy is terminated by a registered medical practitioner if two registered medical practitioners are of the opinion, formed in good faith -- (a) that the continuance of the pregnancy would involve risk... of injury to the physical or mental health of the pregnant woman..."

Sudáfrica

Christian Lawyers' Association Sentencia de 1998

Referencia

Asunto No: 16291
1998 (11) BCLR 1434 (T)
Christian Lawyers' Association of SA and Others v. Minister of Health and Others
High Court, Transvaal²⁵ Provincial Division
10 de julio de 1998

Hechos

- El demandante exigió la inconstitucionalidad de la ley sudafricana sobre la "elección para terminar el embarazo" de 1996 (*The Choice on Termination of Pregnancy Act*) con base en la sección 11 de la Constitución.
- Esta ley legalizó el aborto de manera integral hasta las 12 primeras semanas de embarazo; entre las 13 y 20 semanas, con aviso de un médico, en caso de violación, peligro para la vida de la madre, riesgo de malformación del feto o razones económicas y sociales; y después de las 20 semanas, por causas terapéuticas (riesgos para la madre o para el feto).
- La Sección 11 de la Constitución sudafricana, única base de la demanda, dispone que "Toda persona tiene derecho a la vida." ²⁶

Litis

La pregunta medular que enfrentó este tribunal en este asunto fue la interpretación de la sección 11 de la Constitución para determinar si las expresiones "toda persona" o "todos" se refieren e incluyen también al no nacido desde el momento de la concepción.

Argumentos Jurídicos

La Corte **rechazó la demanda** de inconstitucionalidad de acuerdo a los siguientes argumentos:

²⁵ La provincia de Transvaal también se encuentra bajo la denominación de "Pretoria".

²⁶ Section 11 of the Constitution of the Republic of South Africa: "**Everyone has the right to life**".

La Corte aclaró que tras un detenido examen de la Constitución, la palabra "everyone" (todos / todas / todo mundo) es sinónimo con "every person", es decir "toda persona". Los dos términos se pueden utilizar de manera intercambiable.

- El demandante hacía valer el siguiente razonamiento para exigir la inconstitucionalidad de la citada ley:
 - a. La Constitución, en su Sección 11, protege la vida de todos.
 - b. La vida empieza desde la concepción, entonces, la expresión “todos” es aplicable al no nacido.
 - c. El aborto viola el derecho a la vida.
 - d. Por tanto, el aborto es inconstitucional de acuerdo a la sección 11 de la Constitución.

- Desde el inicio de su argumentación, la Corte aclaró que no era necesario debatir en términos teológicos o filosóficos para determinar si el feto pudiese ser o no clasificado como ser humano. Siguiendo un precedente canadiense,²⁷ la Corte consideró más bien que la respuesta al caso en cuestión no dependía ni de opiniones médicas ni de pruebas científicas. “La litis es puramente jurídica y debe de ser resuelta según la propia interpretación de la sección 11 de la Constitución. La tarea de clasificar el feto en derecho y en ciencia tiene objetivos diferentes.”²⁸ P. 7.

- Así, casi desde el principio de su resolución, la Corte apuntó como **inevitable** que el feto no fuese contemplado como persona humana en la Constitución. El magistrado encargado de dictar la sentencia consideró que la Constitución no ofrecía **explícitamente** al feto ninguna protección o personalidad jurídica, y rechazó la “teoría del naciturus” por aplicarse solamente cuando el feto nace vivo.

- Asimismo, el magistrado señaló que incluir al no nacido dentro de la expresión “toda persona” establecida en la Sección 11 de la Constitución, le atribuiría un sentido diferente del que tiene en cualquier otra parte del texto constitucional. Cuando se hace referencia a la prohibición de la esclavitud, a la libertad de asociación, a la libertad de reproducción sexual, etcétera, la expresión “toda persona”, claramente, no se refiere al no nacido.

- La Corte insistió, además, en las consecuencias anómalas que derivarían de aquella interpretación de la Sección 11 que otorgase protección constitucional a la vida del feto: “La vida del feto disfrutaría de la misma protección que la de la madre. El aborto estaría constitucionalmente prohibido hasta en caso de peligro para la vida de la madre, si el embarazo fuese resultado de una violación o incesto, o si hubiese probabilidades de que el niño nazca con defectos físicos o mentales graves (...) La interrupción del embarazo no calificaría como crimen de aborto, si no como asesinato. Desde mi punto de vista, los redactores de la Constitución no pudieron haber contemplado consecuencias tan drásticas sin expresarlo claramente.” P. 12.

- A parte, añadió el magistrado, si los redactores de la Constitución hubiesen deseado proteger al feto, lo hubiesen expresado en la Sección 28, la cual protege específicamente los derechos del niño. No obstante, la lectura de este artículo no deja dudas de la exclusión del feto del manto protector constitucional, señalando, en otras cosas, que “...un niño, para efectos de esta sección, se define como una persona con menos de 18 años de edad [y donde] la edad empieza con el nacimiento”. P. 11.

²⁷ Tremblay v. Daigle [(1989) 62 DLR (4th) 634 (SC)]

²⁸ Esta cita como el resto de las señaladas en este documento fueron traducidas por los autores del presente estudio.

- La Corte, agregó a esta argumentación, que otorgarle al feto el estatuto de persona jurídica tendría otra consecuencia: vulnerar los derechos y libertades de las mujeres garantizados por la Constitución. Tales derechos en riesgo serían los siguientes:
 - a. Derecho a la libertad y seguridad de la persona.
 - b. Derecho a tomar decisiones respecto a la reproducción.
 - c. Derecho a la integridad y control de sus cuerpos.
 - d. Derecho a la dignidad humana, a la vida y a la intimidad.
 - e. Libertad de religión, creencia y opinión.
 - f. Derecho a la salud.

- Por último, el magistrado consideró pertinente elaborar un breve estudio de derecho comparado (“útil e instructivo”) para apoyar su tesis. Hizo referencia a sentencias del Reino Unido,²⁹ de los Estados Unidos,³⁰ de Canadá,³¹ de la Corte Europea de Derechos Humanos,³² y de la Corte Constitucional de Alemania.³³ Y concluyó: a parte de Alemania – cuya discrepancia el magistrado la atribuyó a razones históricas-, todas las Cortes extranjeras examinadas se habían pronunciado en contra de la personalidad jurídica del feto.

Comentarios

A pesar de que existían precedentes sudafricanos anteriores³⁴ negando al feto la personalidad jurídica, esta sentencia tiene mayor relevancia debido a que fue dictada después de la implementación de la ley que legalizó el aborto en Sudáfrica.

²⁹ Elliot v. Joicey [1935 AC 209 (BL)]; Paton v. Trustees of BPAS [1978 2 All ER 987 (QB)]; C v. S [1987 1 All ER 1241 (CA)]; In re F [1988 2 All ER 193 (CA)];

³⁰ Roe v. Wade [410 US 35]

³¹ Sección 7 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades; Borowski v. Attorney-General for Canada [(1987) 39 DLR (4th) 73]; Tremblay v. Daigle [(1989) 62 DLR (4th) 634 (SC)]

³² Artículo 2(1) de la Convención Europea de Derechos Humanos; Paton v. United Kingdom [(1980) 3 EHRR 408]

³³ Casos No (39BverfGE1) y (88BverfGE203)

³⁴ Christian League of Southern Africa v. Rall 1981 (2) SA 821 (O) 829 in fin; Friedman v. Glicksman 1996 (1) SA 1134 (W) 1140G

Sudáfrica

Christian Lawyers' Association Sentencia de 2004

Referencia

Asunto No: 7728/2000
2004 (10) BCLR 1086 (T)
Christian Lawyers' Association v. National Minister of Health and Others
High Court, Transvaal³⁵ Provincial Division
24 de Julio del 2004

Hechos

- La Asociación de Abogados Cristianos volvió a demandar la inconstitucionalidad de la ley sudafricana de 1996 que legalizó el aborto.³⁶ En esta ocasión, su principal objetivo apuntaba hacia la posibilidad de que las menores de edad pudiesen abortar sin autorización de sus padres (Sección 5(2) y 5(3)).
- En Sudáfrica, el requisito fundamental para abortar dentro de las 12 primeras semanas del embarazo se encuentra regulado en la Sección 5(1) de la ley, la cual dispone que: "(...) la interrupción del embarazo sólo se podrá efectuar con el **consentimiento informado de la mujer embarazada.**"
- La sección 5(2)³⁷ dispone que "(...) **ningún otro consentimiento** distinto al de la mujer embarazada será requerido para la interrupción del embarazo"
- La Sección 5(3)³⁸ regula el aborto para menores de edad: "En caso de menor de edad embarazada, el médico deberá aconsejarla de avisar a sus padres, guardianes, familiares o amigos antes de interrumpir su embarazo, esto para evitar que la interrupción del embarazo sea negada debido a que la menor de edad no quiso consultarlos".
- La Sección 1 de la Ley del aborto sudafricana define "**mujer**" como "**cualquier persona de sexo femenino de cualquier edad**".
- En el ordenamiento jurídico sudafricano, el elemento decisivo para practicar el aborto dentro de las 12 primeras semanas es el requisito del "consentimiento informado", y no el límite de edad de la mujer embarazada.

Litis

³⁵ La provincia de Transvaal también se encuentra bajo la denominación de "Pretoria"

³⁶ Choice on Termination of Pregnancy Act 72 of 1996

³⁷ Section 5(2): "Notwithstanding any other law or the common law, but subject to the provisions of subsections (4) and (5), no consent other than that of the pregnant woman shall be required for the termination of a pregnancy".

³⁸ Section 5(3) "In the case of a pregnant minor, a medical practitioner or registered midwife as the case may be, shall advice such minor to consult with her parents, guardian, family members or friends before the pregnancy is terminated : Provided that the termination of the pregnancy shall not be denied because such minor chooses not to consult them".

La pregunta medular que enfrentó esta Corte tribunal en este asunto fue decidir si las mujeres menores de edad tenían la capacidad y la madurez para dar un consentimiento informado respecto al aborto. Y, en este sentido, determinar si el criterio del "consentimiento informado" era constitucional.

Argumentos Jurídicos

- El grupo demandante argumentaba que las mujeres menores de edad no tenían la capacidad (sin el control o consentimiento de los padres) para decidir de manera informada en aras de su mejor interés.
- Arguyendo la violación de varios artículos de la Constitución, los demandantes alegaban también que permitir a las mujeres menores de edad decidir por sí mismas la opción del aborto, violaba el derecho de cada niño a ser cuidado por su familia o sus padres, el derecho de cualquier persona a no ser maltratada, desatendida, abusada o degradada, así como el derecho a la igualdad frente la ley (Sección 9 y 28 de la Constitución).
- Así, la Corte determinó necesario examinar el sentido y los efectos jurídicos de los requisitos del consentimiento informado.
- No obstante, ante la falta de definición expresa de tales requisitos en la ley, la Corte se vio en la necesidad de construir su propia definición. De tal manera que señaló que el consentimiento informado se compone de tres aspectos centrales: **el conocimiento, la comprensión y el consentimiento**. La mujer debe conocer el procedimiento abortivo y sus riesgos (acceder a la información en la materia), entenderlos y aceptarlos libremente (sin presión o amenazas) y, finalmente, otorgar su consentimiento para proceder al aborto. P. 10. En abono, la Corte señaló lo siguiente: "un consentimiento válido solamente puede ser dado por alguien con **la capacidad intelectual y emocional** requerida para el conocimiento, la comprensión y el consentimiento". P. 11.
- La Corte concluyó que la edad no podía considerarse como el factor decisivo para determinar si una mujer tiene la capacidad intelectual y emocional para otorgar un consentimiento informado. Algunas mujeres mayores de 18 años no tienen esta capacidad, mientras que muchas otras menores de edad si son capaces intelectual y emocionalmente de asumir este tipo de decisiones. Por lo tanto, insistió la Corte, la capacidad para dar un consentimiento informado debe ser determinada en cada caso, de manera individual, mediante un análisis personalizado del médico.
- La Corte subrayó que cualquier limitación a un derecho constitucionalmente protegido, como la libertad de la mujer, debe de ofrecer un mínimo de racionalidad para que se justifique. Mínimo que no se encuentra en la exigencia de los demandantes, toda vez que la Sección 12(2) de la Constitución garantiza explícitamente que "...todos tienen derecho a la integridad física y psicológica, lo cual incluye el derecho a tomar decisiones respecto a la reproducción", y la Sección 9(3) establece la garantía contra la discriminación por la edad.
- La Corte consideró que la noción de consentimiento y capacidad que argüían los demandantes era demasiado inflexible, calificó como más racional y flexible el criterio del

consentimiento informado basado en la capacidad emocional e intelectual. Ratificándose, entonces, la **constitucionalidad de la ley**.

- Cabe agregar, que la Corte para reforzar el sentido de su sentencia se basó en el derecho fundamental a la autodeterminación individual: la interrupción voluntaria del embarazo. Citando varias sentencias extranjeras,³⁹ entre otras Roe v. Wade, la Corte insistió en el hecho de que pocas decisiones son más personales, más íntimas y más fundamentales para la dignidad individual y la autonomía personal, que la decisión de una mujer de interrumpir su embarazo.
- Asimismo, la Corte evaluó el “impacto de la intromisión impuesta por el Estado” en materia de aborto, y mediante la cita de un precedente sudafricano afirmó: “No hay justificación para dictar jurídicamente que el nacimiento de un niño no deseado sea una ‘bendición’. El nacimiento de tal niño puede resultar catastrófico, no solo para los padres, si no también para el mismo niño, así como para sus hermanos mayores (...) La intromisión de parte del Estado constituiría claramente un deterioro del derecho de la mujer a la integridad física y psicológica, en particular al derecho de tomar decisiones respecto a la reproducción”. P. 23.
- Por último, la Corte mencionó que el derecho constitucional invocado por el demandante, el derecho de un niño a ser cuidado por su familia, no se encontraba violado por la ley del aborto ya que ésta prevé un procedimiento de consulta con un médico, que tiene la obligación de aconsejar a la menor de edad de avisar a sus familiares de su estado y de su deseo de abortar. El aborto no está libre de control cuando se trata de menores de edad y, por ello, no hay razón para declarar la inconstitucionalidad de la ley en cuestión.

Comentarios

Esta sentencia se suma al precedente colombiano (sentencia C-355-06) y a la legislación francesa en la materia, que en términos generales desechan la edad como criterio decisivo para imprimirle fuerza jurídica al consentimiento de la menor de edad, para que ésta goce de la posibilidad de optar por un procedimiento de aborto.

³⁹ Roe v. Wade [(1972) 35 Led 2ed 147 Suprema Corte de los Estados Unidos]; Thornburg v. American College of Obstetricians and Gynecologists [(1986) 476 US Suprema Corte de los Estados Unidos]; Casey v. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania [(1992) 120 L ed 2d 674 Suprema Corte de los Estados Unidos]; R v. Morgentaler [(2) (1988) DLR (4th) 385 de la Suprema Corte de Canadá]; Rodriguez v. British Columbia [(Attorney General) (1993) 17 CRR (2ed) 193 y 107 DLR (4th) 342 de la Suprema Corte de Canadá], Bruggemann and Scheutan v. federal Republic of Germany [(1977) 3 EHRR 244 de la Comisión Europea de Derechos Humanos].

Comisión Europea de Derechos Humanos

Paton v. United Kingdom

Referencia

Paton v. United Kingdom
Aplicación No. 8416/78
13 de mayo de 1980
Comisión Europea de Derechos Humanos

Hechos

- Una mujer embarazada por su esposo estaba preocupada por la viabilidad de su embarazo. Al consultar dos médicos al respecto, éstos consideraron que continuar con su embarazo podría implicar un serio riesgo físico o mental para su salud. De tal manera que ellos emitieron un dictamen médico para que, de acuerdo a *The Abortion Act of 1967* del Reino Unido, la madre pudiese optar legalmente por el procedimiento de aborto. Ella quería elegir esta opción.
- Su esposo, que no fue consultado ni por ella ni por los médicos, no estaba de acuerdo con dicha posibilidad. El esposo argüía que tenía derecho para intervenir en el destino del niño en gestación y, por ello, interpuso ante la Corte un requerimiento judicial restrictivo en contra tanto del *British Pregnancy Advisory Service* como de su esposa, para evitar que ésta pudiese abortar sin su consentimiento.
- El tribunal del *Queen's Bench Division at Liverpool* consideró que el requerimiento judicial restrictivo para evitar que la mujer abortase sin el consentimiento del padre carecía de fundamento.
- En respuesta, el padre potencial interpuso recurso ante la Comisión Europea de Derechos Humanos.

Litis

La Corte Europea de Derechos Humanos tuvo que resolver, por un lado, si *The Abortion Act of 1967* del Reino Unido violaba el artículo 2º de la Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.⁴⁰ Y, por el otro, si efectivamente el padre potencial tenía el derecho para intervenir en el futuro del niño no nacido.

⁴⁰ **Artículo 2. Derecho a la vida.**

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.
2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que se absolutamente necesario:
 - a. en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;
 - b. para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;
 - c. para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

Argumentos Jurídicos

La Corte Europea de Derechos Humanos **rechazó** los argumentos y pretensiones del demandante. Su decisión se fundó en el siguiente razonamiento:

- La Corte arrancó su argumentación señalando que el Convenio Europeo no definía de manera expresa si el feto se encontraba bajo la protección del derecho a la vida. Comparó este instrumento internacional con la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, la cual en su artículo 4º sí determinaba de manera clara la protección: "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..."
- Asimismo, señaló la enorme divergencia que existe en los países miembros de la Comunidad Europea respecto el tema de la vida. Mientras algunos consideran que ésta inicia desde la concepción y, por ello, debe ser protegida desde ese momento. Existen otros países, por el contrario, que consideran que el punto de inflexión es la viabilidad del feto, momento a partir del cual el Estado ya debe otorgarle su protección.
- La Comisión apuntó que independientemente de la posición que se asuma en este debate, es necesario no olvidar dos elementos medulares: por un lado, que el Estado debe proteger la vida del no nacido y, por el otro, que también debe proteger los derechos de la mujer. La singular relación, subrayó la Comisión, que existe entre el feto y la mujer embarazada exige una ponderación de los derechos en colisión.
- Las limitaciones, claramente legítimas, continuó la Comisión, del derecho de la vida del feto se presentan cuando está en riesgo la vida o salud de la mujer embarazada. En ese momento, se le debe otorgar prevalencia a los derechos de la mujer y autorizar el aborto. En este contexto, la Comisión consideró que precisamente *The Abortion Act of 1967* del Reino Unido busca proteger los derechos de la mujer en caso de que el embarazo implique un riesgo para su salud o su vida. Y ninguna regulación de este tipo, que limite el derecho de la vida del feto en tal sentido, resulta contradictoria del artículo 2º del Convenio Europeo.
- Así, la Comisión consideró inadmisibles las pretensiones del demandante, toda vez que la solicitud de aborto de su esposa se realizaba enteramente dentro del marco de la legislación inglesa al respecto: era su decisión abortar con el fin de evitarse un riesgo físico o mental para su salud, circunstancia que había sido dictaminada por médicos autorizados.
- Por último, en cuanto al derecho del padre potencial para influir en el destino del feto, la Comisión consideró que cualquier regulación del aborto debe considerar en primer término los derechos de la mujer embarazada, por ser la persona directamente afectada con el estado y desarrollo del embarazo. Así como la primera afectada al momento de enfrentar la decisión de continuar o interrumpir el embarazo. De tal manera que los derechos del padre potencial no pueden ser interpretados de ninguna manera que limiten o afecten los derechos de la mujer embarazada.

Comentarios

A pesar de la desaparición de la Comisión Europea de Derechos Humanos, el presente caso continúa siendo uno de los referentes más importantes dentro del derecho comparado respecto la materia del aborto. Y, claramente, no se puede entender a cabalidad sin los argumentos establecidos en su antecedente directo en el Reino Unido: *Paton v. British Pregnancy Advisory Service*.

Corte Europea de Derechos Humanos

Vo v. France

Referencia

Vo v. France
8 de Julio de 2004
Corte Europea de Derechos Humanos

Hechos

- El 27 de noviembre de 1991, la demandante Mrs. Thi-Nho **Vo**, de origen vietnamita, acudió al Hospital General de la ciudad de Lyon para el examen médico correspondiente a su sexto mes de embarazo. El mismo día, otra mujer llamada Mrs. Thanh Van **Vo** acudió al mismo hospital para que le fuese removido el anticonceptivo DIU (*dispositivo intrauterino*). Cuando el doctor encargado de realizar esta última tarea –remover el dispositivo intrauterino-, preguntó en la sala de espera por “Mrs. Vo”, fue la demandante quien respondió al llamado.
- Después de una breve entrevista, el doctor se percató que la demandante tenía dificultades para entender el idioma francés. Así, después de consultar brevemente el expediente, procedió a “remover” el dispositivo intrauterino. Al intentarlo, rompió el saco amniótico provocando la pérdida de una considerable cantidad de líquido amniótico.
- Al percatarse del error, el médico ordenó el ingreso inmediato de la demandante al hospital. El cual abandonó el 29 de noviembre de 1991. Días después, el 4 de diciembre de 1991, la demandante regresó para evaluar su situación. El doctor encontró que el líquido amniótico perdido no había sido restituido y, por tanto, el embarazo no podía continuar. La gestación fue concluida sin complicaciones el 5 de diciembre de 1991.
- El 11 de diciembre de 1991 la demandante y su pareja interpusieron una demanda penal, alegando daños no intencionales a la demandante, así como homicidio no intencional del niño (no nacido).
- El 16 de enero de 1992 un grupo de expertos concluyó que el feto de sexo femenino, tenía una **edad de entre 20 y 21 semanas**, pesando 375 gramos, con 28 centímetros de estatura y un perímetro craneal de 17 centímetros.
- El 31 de agosto de 1995, la **Corte Criminal de Lyon** determinó que el presente caso se centraba en si el feto de 20-21 semanas de edad era una persona humana. Al no encontrar una definición legal que respondiese esta pregunta en el ordenamiento jurídico francés, la Corte acudió a la evidencia científica. Y determinó que un feto es viable a partir de los seis meses de edad. En el caso en concreto, el feto tenía una edad de entre 20-21 semanas, por lo cual no era un feto viable y tampoco una persona humana. Y, por ello, desechó la pretensión de homicidio no intencional –aunque sí se admitió el cargo de daños no intencionales-.

- El 10 de junio de 1996 la demandante apeló esta decisión ante la **Corte de Apelaciones de Lyon**. El 13 de marzo de 1997, esta Corte revocó la sentencia y encontró culpable al doctor de homicidio no intencional, imponiéndole una pena de 6 meses de prisión y una multa.
- El 30 de junio de 1999, a petición del doctor, la **Corte de Casación** desechó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Lyon, en razón de que las sanciones penales deben ser interpretadas de manera estricta. Y al no regularse como homicidio la muerte de un feto no viable, entonces, no era posible configurar tal hecho en el supuesto penal en cuestión –nuevamente, si se admitió el cargo de daños no intencionales-.
- El 20 de diciembre de 1999, a petición de la demandante, fue aceptado el caso Vo v. Francia en la Corte Europea de Derechos Humanos.

Litis

La pregunta que tuvo que resolver la Corte Europea de Derechos Humanos era si la ausencia de una solución penal dentro del ordenamiento jurídico francés para castigar la destrucción no intencional del feto, era una falla del Estado francés al proteger el derecho de la vida dentro del marco del artículo 2 de la Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.⁴¹

Argumentos Jurídicos

La Corte Europea de Derechos Humanos **ratificó la sentencia** de la Corte de Casación de Francia, apoyándose en los siguientes argumentos:

- La Corte inició su argumentación señalando las diversas posiciones dentro de la Comunidad Europea respecto el inicio de la vida y la definición de humanidad (*personhood*). No existe una definición consensuada, sea desde la visión científica o la lectura legal. De tal manera, que existen países que consideran que los fetos al no gozar del mismo estatus moral que los seres humanos, tienen una protección menor. Pero también es posible encontrar otros países que entienden a los fetos con el mismo estatus moral que los seres humanos y, por ello, con igual protección.
- Asimismo, la Corte señaló que las instituciones de la Convención han considerado que esta diversidad de posturas respecto cuándo empieza la vida no contradice el artículo 2º del Convenio. Se les ha permitido a los Estados que ellos regulen este tema de acuerdo a sus culturales legales. Esto debido, precisamente, a que no existe un consenso europeo sobre la definición legal y médica del inicio de la vida y que la protección del feto no ha sido un tema abordado por la mayoría de los países miembros de la Comunidad Europea.

⁴¹ **Artículo 2. Derecho a la vida.**

3. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.
4. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que se absolutamente necesario:
 - a. en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;
 - b. para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;
 - c. para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

- En este contexto, la Corte apuntó que el ordenamiento jurídico francés tiene una laguna en cuanto a la calificación del estatus jurídico del feto, así como respecto su protección. El estatus legal y biológico del feto no está definido y, en su momento, la manera en que deberá ser protegido será determinado por las instituciones propias de la sociedad francesa.
- No obstante, esto no significa, subrayó la Corte, que el feto carezca de cualquier forma de protección dentro del ordenamiento jurídico francés. Por el contrario, al estar la vida del feto intrínsecamente relacionada con la madre, entonces, su protección la adquiere a través de ella. Especialmente, en este caso en que no existe conflicto de derechos entre la madre y el padre o entre el feto y los padres, toda vez que la pérdida del feto fue resultado de una negligencia de un tercero.
- Esta protección se traduce, finalmente, en la obligación del Estado de establecer las regulaciones pertinentes para que los hospitales adopten las medidas adecuadas para proteger la vida de los pacientes. Así como un sistema judicial independiente que permita, en su caso, determinar la responsabilidad del cuerpo médico ante cualquier tratamiento fallido.
- Así, la Corte concluyó que las circunstancias del caso hacen más viable que la reclamación de daños se realiza ante tribunales administrativos –más que en cortes penales-, los cuales tienen entera capacidad para probar la negligencia médica y, en su caso, determinar los daños y perjuicios correspondientes.

Comentarios

Como este caso demuestra, la Corte Europea de Derechos Humanos ha optado por delegar la tarea de definir el estatus jurídico del feto a los Estados-parte de la Convención. Por lo tanto, el artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no ha fungido como fundamento válido para impugnar leyes nacionales que legalizan el aborto.