

# **Libertad de procreación y derecho a la interrupción voluntaria del embarazo**

Miguel Carbonell

## **Introducción**

Una de las cuestiones que generan encendidos y continuos debates en el mundo es la que se refiere a la interrupción voluntaria del embarazo; aunque las discusiones involucran sobre todo puntos de vista morales, éticos, sexuales, de género e incluso económicos, en alguna de sus vertientes se traducen en un problema jurídico y, sobre todo, en un tema constitucional. En las páginas que siguen se intentará aportar elementos para comprender dos aspectos relacionados, cuyo fundamento último puede rastrearse hasta el artículo 4 de la Constitución mexicana: la libertad de procreación y la interrupción voluntaria del embarazo. Pese a su proximidad temática, conviene tratar ambas cuestiones por separado, pues para cada una de ellas hay que hacer reflexiones diferenciadas, que deberán arrojar —como veremos más adelante— consecuencias distintas.

El objetivo de este ensayo es suministrar elementos para decidir, partiendo del estudio de la vertiente jurídica del problema, si es posible o no castigar la interrupción voluntaria del embarazo, tomando en cuenta la protección constitucional que en favor de la mujer podría derivar de la libertad de procreación establecida en nuestra Carta Magna.

## **La libertad de procreación en el texto constitucional mexicano**

El segundo párrafo del artículo 4° constitucional contiene de forma clara e inequívoca un derecho de libertad: la libertad que corresponde a todo individuo de decidir, “de manera libre, responsable e informada”, sobre el número de hijos que quiera tener y sobre el espaciamiento entre ellos, en el caso de que decida tener más de uno.

El derecho individual del párrafo segundo del artículo 4 comporta la posibilidad de tener o no descendencia. Las modalidades para tomar tal decisión son la libertad, la responsabilidad y la información. Con respecto a

esta última, el estado tiene una obligación fundamental: proporcionar información acerca de los métodos anticonceptivos necesarios para que sea efectiva también la libertad de *no* tener descendencia o de tenerla de acuerdo con la voluntad de quien quiera ejercer ese derecho.

En general, corresponde también al estado cuidar que este derecho sea ejercido a plenitud, lo cual implica que se establezcan las medidas legislativas y las políticas públicas necesarias para ejercer una paternidad y una maternidad responsables y libres.

Una de las formas de tutela de la libertad reproductiva es de carácter penal y se compone de un doble género de disposiciones: por una parte, la legislación penal debe proteger como bien jurídico la libertad sexual, prohibiendo toda relación de ese tipo que se lleve a cabo por la fuerza (incluyendo, por supuesto, las que se produzcan dentro del matrimonio o del concubinato sin el consentimiento de uno de los cónyuges); por otro lado, la legislación penal no debe castigar a las mujeres que decidan interrumpir voluntariamente un embarazo que se ha producido como resultado de una violación, porque si se les obligara a tener un descendiente que no ha sido concebido con libertad —como es obvio que sucede en todos los casos de embarazos por violación— se estaría vulnerando el artículo 4<sup>o</sup> en la parte que garantiza a toda persona la *libre* decisión sobre su descendencia.

Seguramente esa misma libertad serviría para hacer constitucionalmente ilegítimas algunas o todas las disposiciones penales que, al castigar el aborto, obligan a las mujeres a tener hijos incluso contra su voluntad, negando con esas medidas el derecho a la autodeterminación sobre su propio cuerpo y sobre su maternidad. Al respecto, conviene tener presentes las observaciones de Luigi Ferrajoli sobre el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad —y consecuentemente de aborto—; sobre esto, Ferrajoli escribe:

se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre[...] porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento —aunque sea de procreación— para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en fin, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una obligación —la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo— en contraste con todos los principios liberales del derecho penal[...] en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas

como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia sometiéndola al control penal.<sup>1</sup>

Aparte de las consecuencias penales, del párrafo segundo del artículo 4<sup>o</sup> constitucional también se pueden desprender, como ya se ha apuntado, varias obligaciones de los poderes públicos —sobre todo del poder ejecutivo federal y de los poderes ejecutivos locales— en el sentido de implementar políticas públicas para la difusión e información de las técnicas para el control de natalidad, así como para la atención adecuada a la maternidad; esto último se desprende también del párrafo tercero del mismo artículo cuarto constitucional que protege el derecho a la salud.<sup>2</sup>

Es importante señalar que la información proporcionada por las autoridades en materia de técnicas para el control de la natalidad debe en todo momento respetar la voluntad de las personas involucradas, de forma que sería perfectamente inconstitucional el hecho de que se quisiera imponer por parte de alguna autoridad un determinado método de control o incluso la idea misma de controlar artificialmente el número de hijos que una persona quiera tener. El uso de métodos anticonceptivos debe darse siempre bajo la premisa del *consentimiento informado* de las personas involucradas, nunca como una imposición o por medio de presiones o amenazas.

Respetando la libertad de procreación, las autoridades no pueden condicionar bajo ningún supuesto el acceso a ciertos programas de subsidio o la provisión de bienes materiales y recursos económicos a la adopción de medidas para el control natal. Así lo ha reconocido el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, que en su Observación General número 19 (del año de 1990) ha señalado que, de conformidad con el artículo 23 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que protege a la familia, “cuando los estados adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y *sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias*” (párrafo 5; cursivas añadidas).

Pese a ello, en la realidad ha sucedido que algunas autoridades pretenden imponer métodos de control de natalidad incluso en contra de la voluntad de los afectados (se han presentado estos casos en algunas comunidades indígenas), lo cual viola el derecho que el artículo 4<sup>o</sup> constitucional estable-

<sup>1</sup> Ferrajoli 1999: 86.

<sup>2</sup> Sobre la planificación familiar ver los artículos 67 y 68 de la Ley General de Salud.

ce para que sea cada persona la que determine *de forma libre* el número y espaciamiento de sus hijos.

Sobre este punto, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha tenido que emitir una Recomendación General, en vista de las múltiples quejas recibidas y de las violaciones de derechos observadas por su personal. Se trata de la Recomendación General 4/2002 de 16 de diciembre de 2002, "Derivada de las prácticas administrativas que constituyen violaciones a los Derechos Humanos de los miembros de las comunidades indígenas respecto de la obtención de consentimiento libre e informado para la adopción de métodos de planificación familiar".<sup>3</sup> Hay algunos párrafos de esa Recomendación General que conviene tener presentes, ya que demuestran violaciones recientes a la libertad de procreación y también porque tales violaciones son padecidas por un grupo social particularmente marginado y discriminado como lo son los indígenas. El texto de esos párrafos es el siguiente:

se ha advertido que el personal médico de las clínicas rurales de las instituciones de salud pública obliga a las mujeres que acuden a consulta a utilizar el dispositivo intrauterino (DIU) como método de control natal, bajo la amenaza de que si no aceptan usarlo pueden perder apoyos de programas gubernamentales.

[...] las brigadas de salud comunitaria, las cuales dan atención en zonas con población indígena, ejercen presión sobre la población masculina con el fin de obtener su consentimiento para la aplicación de métodos definitivos (vasectomía) de planificación familiar, mediante la promesa de proveerles de bienes materiales y recursos económicos, y en el caso extremo los amenazan con excluirlos de programas asistenciales del gobierno si no se someten a la vasectomía. Procedimiento en el cual además se acreditó que no se cumplió con las disposiciones sobre el consentimiento informado y que no contaron con traductor...

[...] tanto hombres como mujeres manifestaron que los servidores públicos de las clínicas rurales de las instituciones de salud pública, tanto estatales como federales, pretenden imponerles métodos de planificación familiar sin su consentimiento y sin informarles adecuada y ampliamente, en su lengua, cuáles son los beneficios para su salud, los riesgos de su empleo o los posibles efectos secundarios que pudieran presentarse.<sup>4</sup>

Más adelante, en la misma Recomendación General, la CNDH precisa el concepto de "consentimiento informado", así como la forma de obtenerlo; el texto de los párrafos respectivos es el siguiente:

<sup>3</sup> Publicada en la *Gaceta de la CNDH* 2002: 73-85.

<sup>4</sup> *Ibid*: 73-74.

En el consentimiento libre e informado subyacen principios éticos de respeto a la autonomía y a la cultura de las personas, que debieran formar parte de la práctica médica; por ello, deben definirse los lineamientos o mecanismos complementarios para que la consejería dirigida a los integrantes de los pueblos indígenas cumpla no sólo con su objetivo de informar, sino de que se tenga la certeza de que esa información se ha comprendido. El propósito es asegurar que las instituciones prestadoras de servicios públicos de atención médica favorezcan y respeten la elección de los usuarios.

En los servicios de planificación familiar, el consentimiento informado y libre implica que, en la relación entre el usuario y el servidor público del sector salud, se dé un vínculo horizontal de intercambio respetuoso de información, a partir del cual manifiesten su solicitud de métodos de planificación familiar, en el contexto del conocimiento cultural que tienen las personas de sí mismas y sobre su salud sexual y reproductiva...

El proceso incluye la verificación, por parte de las instancias que proporcionan el servicio de atención a la salud sexual y reproductiva, de que las personas han comprendido sus explicaciones y sus dudas han sido resueltas. A su vez, hombres y mujeres deben consentir de manera libre y sin coerción sobre el uso del método más acorde a sus necesidades y preferencias, o bien disentir, si así lo juzgan conveniente. El hecho de que se requiera un documento, o cualquier otro mecanismo institucional, de autorización no sustituye los pasos del proceso previamente descrito.<sup>5</sup>

En otros países, también se ha optado por imponer coactivamente los sistemas de control de la natalidad, lo cual ha generado innumerables violaciones a los derechos fundamentales, no solamente a los de carácter reproductivo; cuando se hace un análisis comparado, sin embargo, se observa que la disminución de las tasas de natalidad (que es algo obviamente deseable y que los estados deben promover sobre todo a través de campañas informativas y de concientización) no se ha logrado con la utilización de medios coactivos, sino más bien a través de la generación de una serie de satisfactores vitales que le permiten a las personas tener acceso a bienes primarios con regularidad. En otras palabras, la mejor vía para disminuir las tasas de natalidad no son los programas obligatorios, sino el desarrollo económico, como lo acreditan los extremos que se han alcanzado en China (por medio de la coacción y el terror contra su población) y en Europa (por medio del desarrollo económico y la democratización del bienestar).<sup>6</sup>

<sup>5</sup> *Ibid*: 80-81.

<sup>6</sup> Un análisis mucho más completo sobre el punto puede encontrarse en Sen 2000: 267 y ss.

Lo importante en este momento es subrayar que la libertad de procreación supone tanto la posibilidad de determinar que *sí* se quiere tener hijos, como la de determinar *no* tenerlos.

### **La interrupción voluntaria del embarazo ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

La Suprema Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema del aborto apenas en enero del año 2002, cuando dictó la sentencia que resolvió la acción de inconstitucionalidad 10/2000. La acción mencionada fue interpuesta en contra de una reforma realizada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal a los Códigos Penal y de Procedimientos Penales aplicables precisamente en el Distrito Federal. En el primero de esos ordenamientos la reforma introdujo una eximente de responsabilidad para el delito de aborto, en los siguientes términos: “Artículo 334: No se aplicará sanción: ...III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada”. En el Código de Procedimientos Penales la reforma que fue impugnada precisaba la facultad del Ministerio Público para autorizar la interrupción del embarazo que hubiera sido provocado con motivo de una violación (artículo 131bis).

La sentencia de la Corte tuvo algún elemento de paradoja, pues reconoció por una parte que la vida está constitucionalmente protegida desde el momento de la concepción, pero que las reformas analizadas no eran inconstitucionales.<sup>7</sup> Para sustentar tales conclusiones, la Corte va construyendo su argumentación a través de varios pasos:

a) en primer lugar, reconoce el derecho a la vida del producto de la concepción en el siguiente criterio:

“Derecho a la vida del producto de la concepción. Su protección deriva de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los tratados internacionales y de las leyes federales y locales”. Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Uni-

<sup>7</sup> En ambos casos con votaciones muy divididas; ver el análisis de la sentencia y de los planteamientos de las partes en Ordóñez 2002: 859 y ss.

dos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquélla, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Norma Fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como que del estudio de los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales. *Jurisprudencia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XV, Febrero de 2002. Novena Época. Pleno. Tesis P.J. 14/2002. p. 588.<sup>8</sup>

b) En segundo lugar, la Corte señala que la previsión del artículo 334, fracción III del Código Penal no viola el derecho a la vida en la medida en que no autoriza el delito de aborto, sino que simplemente contempla una excusa absolutoria, es decir, precisa un supuesto en el que la sanción no podrá imponerse, tal como se reconoce en las dos siguientes tesis:

“Aborto. la hipótesis prevista en el artículo 334, fracción iii, del Código Penal para el Distrito Federal, constituye una excusa absolutoria”. La hipótesis contenida en el citado numeral relativa a que cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que

<sup>8</sup> Ver también la tesis 13/2002 cuyo rubro es el siguiente: “Derecho a la vida. Su protección constitucional”, en la que señala que la Constitución “protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos”.

puedan poner en riesgo su sobrevivencia, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada, constituye una excusa absolutoria, pues se trata de una causa que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impide la aplicación de la pena, es decir, aun cuando se configura el delito de aborto, no es posible aplicar la sanción. Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis no hubo discrepancia entre los once señores Ministros. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón. Novena Epoca, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: XV, Febrero de 2002, Tesis: P./J. 10/2002, Página: 416.

“Aborto. requisitos para que se configure la excusa absolutoria prevista en el artículo 334, fracción iii, del Código Penal para el Distrito Federal”. Del análisis de lo dispuesto en el artículo 334, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, se advierte, por una parte, que para que se actualice la excusa absolutoria que prevé es necesario que se satisfagan los siguientes requisitos: I. Que se haya cometido el delito de aborto, es decir, que una o varias personas hayan producido la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez y II. Que previamente a lo anterior: 1) Dos médicos especialistas hubieren emitido juicio en el sentido de que existe razón suficiente para diagnosticar: a) Que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas; b) Que éstas pueden dar como resultado daños físicos o mentales y c) Que éstos puedan poner en riesgo la sobrevivencia de aquél. 2) Exista consentimiento de la mujer embarazada. 3) Éste responda a una decisión libre, informada y responsable. 4) Como garantía de que la decisión reúne las características especificadas, los médicos que hicieron el diagnóstico hayan proporcionado a la mujer embarazada una información objetiva, veraz, suficiente y oportuna. 5) Que tal información comprenda tanto los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos, como los apoyos y alternativas existentes; y, por otra, por ser una garantía para las personas que intervinieron en la muerte del producto de la concepción, deben existir las constancias necesarias, sustentadas en pruebas idóneas que acrediten el cumplimiento minucioso de todos y cada uno de los requisitos exigidos, pues si no está demostrado alguno de ellos, la autoridad respectiva puede llegar a la conclusión de que no se actualiza la excusa absolutoria a que se refiere el citado numeral y, por ende, deban aplicarse las sanciones previstas en los artículos 330 a 332 del citado ordenamiento penal. No escapa a la consideración de este Alto Tribunal que los requisitos de naturaleza médica se encuentran condicionados a la evolución de la ciencia y que la responsabilidad de los diagnósticos, en su caso, corresponderá a los dos médicos especialistas a que alude la norma; sin embargo, de llegar a producirse el



aborto, dichos diagnósticos podrán ser analizados por otros médicos especialistas, a fin de que la autoridad respectiva esté en aptitud de determinar si tales diagnósticos iniciales tuvieron la sustentación idónea y fueron claros para quienes sin ser peritos en la materia, como en su caso lo puede ser la mujer embarazada, le sean entendibles en cuanto a sus conclusiones. Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón. Novena Epoca, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: XV, Febrero de 2002, Tesis: P. VII/2002, Página: 417. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número VII/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

c) Finalmente, la Corte precisa que la posibilidad de que en algunos supuestos concretos el Código Penal del Distrito Federal permita el aborto no viola la garantía de igualdad. Su texto es el siguiente:

“Aborto. el artículo 334, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, no transgrede la garantía de igualdad, pues no autoriza que se prive de la vida al producto de la concepción”. Al establecer el citado precepto la posibilidad de que cuando se produzca la conducta delictiva (el aborto) prohibida expresamente por el artículo 329 de aquel ordenamiento, pero se reúnan las requisitos consignados en aquella fracción, las sanciones previstas en los diversos numerales 330, 331 y 332, no podrán aplicarse, es indudable que no transgrede la garantía de igualdad contenida en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues dicha norma no dispone que a determinados productos de la concepción, por sus características, se les pueda privar de la vida, lo que sí sería discriminatorio, *Tesis número IX/2002*, aprobada solamente por mayoría de siete votos.

### La interrupción voluntaria del embarazo en el derecho comparado

Como se sabe, el punto de partida para el debate jurisprudencial sobre el aborto lo marcó el caso “Roe vs. Wade” resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1973 (410 U.S. 113); curiosamente, en el caso “Roe” la corte estadounidense no utilizó una argumentación basada en el derecho a la vida, sino una sobre todo vinculada al derecho a la privacidad, que ya había utilizado en anteriores decisiones (por ejemplo en “Griswold vs. Connecticut” 381 U.S. 479, de 1965, en referencia al uso e información sobre los anticonceptivos<sup>9</sup>) para ampliar considerablemente los limitados alcances de las cláusulas que sobre los derechos contienen las enmiendas del texto constitucional de 1787.

<sup>9</sup> En ese caso la Corte Suprema dedicó buena parte de su sentencia a justificar la existencia de un “derecho a la intimidad” derivado de otros derechos establecidos

Sobre el mismo tema, también puede ser de interés revisar la importante decisión del Tribunal Constitucional contenida en su sentencia 53/1985, en la que se formularon diversos votos particulares.

En el caso español, la doctrina ha sostenido un punto de vista interesante al afirmar que frente al silencio de la Constitución sobre si existe o no en su texto un derecho a la interrupción del embarazo, dicho derecho se debe entender como implícito y además la decisión de la mujer para llevarlo a cabo debe ser inmune a cualquier tipo de regulación estatal, con excepción de lo que genéricamente se llaman las “leyes de plazos”, que establecen ciertas condiciones y requisitos para interrumpir el embarazo en función de lo avanzado del mismo, que es la solución que se adoptó en Estados Unidos, como lo veremos enseguida. Dicha inmunidad se justificaría en virtud de que la interrupción de un embarazo es la decisión más íntima y personal que una persona puede tomar en toda su vida y, “justamente por eso, el Estado no puede interferir en la misma imponiéndole a las mujeres normas basadas en creencias metafísicas acerca del sentido de la existencia o del valor de la vida humana que ellas pueden no compartir”.<sup>10</sup>

¿Cómo resolvería la Suprema Corte mexicana si se le presentara la necesidad de pronunciarse sobre el apego a la Constitución de una “ley de plazos”? Si mantuviera el criterio al que ya se ha hecho referencia, la Corte seguramente la declararía inconstitucional, pues en ese caso el legislador no estaría previendo una excusa absolutoria (lo cual a la Corte le pareció correcto desde un punto de vista constitucional), sino permitiendo la interrupción del embarazo sin otros requisitos, siempre que se efectúe dentro de los plazos establecidos por la propia ley, lo cual podría violar el derecho a la

explícitamente en algunas de las enmiendas que conforman el *Bill of rights*. Para la corte, los derechos establecidos por el *Bill of rights* tienen zonas de “penumbra”, de las cuales emanan otros derechos que ayudan a los primeros a tener vida y sustancia. En el caso *Griswold* se estaba discutiendo la constitucionalidad de una ley del estado de Connecticut, del año de 1879, que impedía la difusión de información y el uso de anticonceptivos; la corte afirmó que esa ley violaba la intimidad de las parejas y se preguntó: “¿Permitiremos a la policía vulnerar los sagrados recintos de las recámaras maritales para encontrar evidencias del uso de anticonceptivos? Esta simple idea es repulsiva para la noción de privacidad que rodea a la relación matrimonial”; la parte más sustantiva de la sentencia y de los votos concurrentes y disidentes se puede consultar, por ejemplo, en O’Brien 2000: 333-342.

<sup>10</sup> Pérez Royo 2001: 143.

vida, el cual adquiere protección constitucional —según la Corte— desde el momento de la concepción.

Toda vez que el caso “Roe” es uno de los más importantes en la historia constitucional moderna, vale la pena analizarlo con algo más de detalle.<sup>11</sup> El caso fue resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos el 22 de enero de 1973 con una votación de 7 a 2. El ponente fue Harry Blackmun, quien suscribió la posición de la mayoría, entre quienes se encontraba también el entonces *Chief Justice* de la Corte, Warren Burger. Los *justices* que disintieron fueron William Rehnquist y Byron White, quienes suscribieron votos particulares (las llamadas “*dissenting opinions*”). Para tomar su decisión, la Corte tuvo que justificar que el derecho a interrumpir el embarazo era un derecho fundamental o tenía cobertura de un derecho de esa especie, ya que si no fuera un derecho fundamental el gobierno podría limitarlo sin mayores problemas, en aras de preservar un bien colectivo. La Corte argumentó, como ya se apuntaba, que el derecho a interrumpir el embarazo formaba parte del derecho a la intimidad de la mujer y que el gobierno no tenía razones suficientes para interferir con el ejercicio de ese derecho.

Sin embargo, la Corte aportó algunos matices sobre el derecho al aborto dependiendo de lo avanzado que estuviera el embarazo al momento de ejercerlo. Así, por ejemplo, en la sentencia se hace una división del embarazo en tres periodos de tres meses cada uno. Durante el primer trimestre el gobierno no puede interferir de ninguna manera en la decisión de una mujer para interrumpir el embarazo, salvo para insistir en que el aborto sea practicado por un médico titulado. Durante el segundo trimestre el gobierno puede regular lo relativo al aborto con el único objetivo de preservar y proteger la salud de la mujer; de esta forma, el gobierno puede dictar disposiciones a fin de que el aborto sea practicado sin riesgo para la mujer. Durante el tercer trimestre, cuando el feto ya podría sobrevivir fuera del cuerpo de la mujer (es decir, cuando se considera “viable”), hay una justificación suficiente para regular el derecho a interrumpir el embarazo; en este punto, la regulación

<sup>11</sup> La literatura sobre el caso “Roe” es muy abundante. Uno de los mejores libros sobre el tema, que es el que se sigue para la presente exposición, es el de Tribe 1992. La sentencia del caso puede verse en casi todos los textos de derecho constitucional de los Estados Unidos; por ejemplo en O’Brien 2000: 1204-1214, en donde además se incluyen también las sentencias dictadas con posterioridad por la corte que han vuelto a debatir el tema del aborto (pp. 1214 y ss.).

puede llegar incluso hasta prohibir el aborto, para proteger la vida del feto, a menos que la interrupción del embarazo sea estrictamente necesaria para preservar la vida o la salud de la mujer.

De lo dicho hasta aquí resaltan al menos dos cuestiones: en primer término, la enorme creatividad judicial que se ejerció en el caso "Roe", al crear el esquema de los trimestres; en segundo lugar, es destacable también que la corte haya hecho uso de un derecho que solamente de forma implícita se puede desprender de la Constitución norteamericana, como es el derecho a la intimidad de la mujer. Sorprende lo anterior por muchas cuestiones, entre ellas porque en ese entonces la corte estaba presidida por un juez conservador, nombrado para presidir la corte por el presidente Richard Nixon, justamente con el objeto de disminuir el activismo judicial que se había desarrollado en los años cincuenta y sesenta, cuando la corte era presidida por Earl Warren. La sentencia fue redactada por otro juez nombrado por Nixon, como lo fue Harry Blackmun. Además del presidente de la corte, Warren Burger, y de Blackmun, también estuvieron a favor de la sentencia "Roe" otros jueces conservadores. En cualquier caso, después de dictada la sentencia hubo en Estados Unidos muchas críticas al activismo judicial de la corte.<sup>12</sup>

Por lo que hace al derecho a la intimidad como fundamento de la decisión, es verdad que tal derecho no aparece literalmente en el texto constitucional norteamericano, pero según la mejor doctrina se puede desprender de la prohibición contenida en la Enmienda XIV según la cual nadie puede ser privado de la vida, la libertad o la propiedad sin observar el debido proceso legal. La intimidad sería una consecuencia del genérico derecho de libertad y de la interpretación que hizo la corte del concepto de "debido proceso legal", incorporando en dicho concepto contenidos sustantivos para proteger derechos fundamentales (lo que se conoce como el "*substantive due process of law*").<sup>13</sup>

Años después de haber dictado la sentencia "Roe", la corte ha vuelto sobre el tema del aborto y ha precisado, entre otras cuestiones, que el derecho a interrumpir el embarazo corresponde solamente a la mujer, de forma que el gobierno o el legislador no pueden otorgar un derecho de veto al

<sup>12</sup> Tribe 1992: 79 y ss.

<sup>13</sup> Sobre este punto, véase Tribe 1992: 82 y ss.

hombre que comparte con la mujer la responsabilidad por el embarazo, ni tampoco a los parientes en el caso de que la mujer sea menor de edad; estos criterios se contienen en el caso *Planned Parenthood vs. Danforth*, resuelto en 1976.

La corte encontró (en el caso *Thornburg vs. American College of Obstetricians*, resuelto en 1986) inconstitucionales algunas leyes estatales que obligaban a la mujer que quería abortar a conocer información detallada sobre el desarrollo del feto, sobre los riesgos fisiológicos y psíquicos que comporta el aborto o de la existencia de apoyos sociales para el caso de que decida seguir adelante con el embarazo; según la Corte, dicha obligación es inconstitucional en la medida en que tiene por objetivo influenciar la decisión de la mujer sobre la interrupción del embarazo.

En otro caso (*City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health Inc.*, resuelto en 1983), la corte consideró pertinente que se cuente con asistencia judicial en el supuesto de menores que quieran interrumpir el embarazo, siempre que esos menores tengan buenas razones para no acudir a la asistencia de sus familiares; en estos casos la intervención judicial debe estar regida por procedimientos que aseguren la rapidez y la confidencialidad.

En sentido parecido, la Corte ha considerado inconstitucional una ley del estado de Minnesota que obligaba a una menor que quería abortar a elegir entre las dos siguientes opciones: o bien notificar a sus dos progenitores con 48 horas de anticipación que iba a interrumpir su embarazo, o bien obtener una orden judicial para poder realizar dicha interrupción (caso *Hodgson vs. Minnesota* de 1990, con votación muy dividida de 5 a 4); el mismo día, sin embargo, la corte reconoció como constitucional el requisito de que el médico que iba a practicar un aborto a una menor de edad le avisara por lo menos a uno de sus padres antes de llevar a cabo el procedimiento (caso *Ohio vs. Akron Center for Reproductive Health* de 1990, con votación de 6 a 3).

La Corte ha reconocido que se pueden negar fondos públicos federales o estatales para la realización de abortos no terapéuticos y que los hospitales públicos no están constitucionalmente obligados a practicar abortos no terapéuticos (casos *Maher vs. Roe*, de 1977 y *Poelker vs. Doe*, del mismo año).

Los que se han mencionado son solamente algunos de los casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la materia que nos ocupa; con posterioridad a ellos se han seguido decidiendo otros casos, los cuales han puesto de manifiesto el débil y precario equilibrio que existe en ese tribunal entre los jueces que consideran que el criterio vertido en el caso "Roe" debe

seguirse manteniendo y entre aquellos que, por el contrario, sostienen que es tiempo de dejarlo atrás.<sup>14</sup>

### Conclusión

En México, las consideraciones constitucionales y los análisis académicos sobre el tema del aborto no pueden desentenderse de una realidad que parece caminar día a día bien lejos de lo que establecen las leyes; con datos de 1995, la mortalidad materna por causa de aborto llegaba a 8% del total de causas registradas, mientras que en 1996 representaba un 6.7% del total, lo cual ubica al aborto como la cuarta causa de muerte materna en México. Se calcula que cada año se practican en el país unos 500,000 abortos; 23 de cada 1,000 mujeres en edad reproductiva se someten a abortos inducidos, y 9 de cada 10,000 mueren por complicaciones en la intervención.<sup>15</sup>

Como quiera que sea, parece que los debates sobre el aborto no han podido ser zanjados por los criterios de los jueces, cualquiera que haya sido el sentido que dichas resoluciones hayan adoptado. Se trata, como lo ilustra el luminoso título del libro de Laurence H. Tribe, de un “choque de absolutos” (“*clash of absolutes*”), en donde se enfrentan dos valores últimos de la humanidad: la vida y la libertad. Además, hay muchas situaciones intermedias en donde la posibilidad o la necesidad de sacrificar uno de esos dos valores no está muy clara. El propio Tribe lo explica en los siguientes términos: es obvio que el infanticidio es un crimen horrible y que la muerte de un niño constituye una de las mayores tragedias de la naturaleza; pero, ¿lo mismo se puede decir de la destrucción de un feto de ocho meses?, ¿y de uno de cinco meses? Por otro lado, la vida sin libertad es devastadora y justamente ese sería el caso de una mujer a la que se le obligara a tener un hijo sin su consentimiento; obligar a una mujer a tener un hijo producto de una violación es un asalto a su humanidad; pero, ¿sería el mismo caso el obligar a una mujer a tener un hijo solamente porque le falló el método de control de la fertilidad?<sup>16</sup>

<sup>14</sup> El análisis detenido de las diferentes posturas, claramente manifestadas, por ejemplo, en el caso *Planned Parenthood vs. Casey* decidido en junio de 1992 por una votación de 5 contra 4, se puede encontrar en Tribe 1992: 243 y ss.

<sup>15</sup> Barquet y Méndez Alvarado 2001: 56. Ver también la hoja informativa de GIRE, *Cifras del aborto en México*, donde se citan estudios que elevan el número de abortos realizados en México hasta los 850,000 anuales.

<sup>16</sup> Tribe 1992: 3.

En extremos tan delicados y discutibles, nadie puede ofrecer respuestas totalizadoras. Quien lo pretenda estará más cerca de la locura totalitaria que de los valores que defiende el estado constitucional. Las posiciones en este tema suelen polarizarse y las posibilidades de cada una de las partes de convencer a la otra son muy escasas, por no decir del todo remotas.

En este contexto, el derecho constitucional debería asegurar las condiciones para que la tolerancia fuera el criterio bajo el que la legislación contemplara al tema del aborto. Es decir, si nadie puede ofrecer una respuesta completa, segura y aceptable por todos, entonces corresponde al derecho — en tanto que ordenamiento objetivo para asegurar la convivencia social pacífica— suministrar el marco jurídico para que todas las opciones de cada persona queden a salvo, sin que nadie pueda imponer en el cuerpo de otro su propio criterio. El derecho de los estados democráticos no puede imponer criterios particulares de moralidad pública o privada, más allá de los genéricos derechos de libertad, igualdad y seguridad jurídica, o de los correspondientes deberes de diligencia, honradez y eficiencia en los servidores públicos●

### Bibliografía

- Barquet, Mercedes y Méndez Alvarado, María de J., 2001, "Algunas vertientes de la institucionalización de las políticas de género en México", *Diálogo y debate de cultura política*, núm. 15-16, enero-junio.
- CNDH, 2002, *Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, núm. 149, diciembre, pp. 73-85.
- Ferrajoli, Luigi, 1999, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- GIRE, 2003, "Cifras del aborto en México", hoja informativa, noviembre.
- O'Brien, David M., 2000, *Constitutional law and politics*. vol. 2: *Civil rights and civil liberties*, 4a ed., Norton and Company, Nueva York.
- Ordóñez, Jorge, 2002, "El reconocimiento constitucional del derecho a la vida. Un caso paradigmático en la Suprema Corte de Justicia en México", en Miguel Carbonell (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IJ-UNAM, México.
- Pérez Royo, Javier, 2001, "Derecho a la vida", en Manuel Aragón (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, t. 3, Civitas, Madrid.
- Sen, Amartya K., 2000, *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona.
- Tribe, Laurence H., 1992, *Abortion. The clash of absolutes*, Norton and Company, Nueva York y Londres.