

PRESENTACIÓN

El presente estudio se elaboró como parte del programa de trabajo, *Derecho Comparado*, que realiza la Dirección General de Relaciones Públicas Nacionales e Internacionales. Su propósito esencial es ofrecer un abanico de las diversas posiciones y argumentos que giran alrededor del tema del aborto. Esperando que sirvan de herramienta de trabajo a las Ponencias de este Alto Tribunal.

En este sentido, el estudio se divide en dos partes principalmente. La primera consiste en resúmenes de cada una de las sentencias compiladas. La idea aquí es ofrecer una guía rápida de la decisión y argumentación que han construido diversos Tribunales Constitucionales respecto el tema del aborto. El conjunto de análisis mencionados busca erigirse simplemente en una brújula que facilite el estudio de los precedentes en cuestión.¹

La segunda parte comprende las legislaciones que regulan el aborto (y otros aspectos relacionados con éste) en varios países del mundo. El objetivo fue compilar el mayor número de legislaciones, pero también el más diverso. Es decir, regulaciones del aborto que reflejasen disímiles culturas y tradiciones jurídicas, abarcando no sólo algunos países europeos y americanos sino también otros ubicados en Asia, África y Medio Oriente.

Ahora bien, al estudiar las sentencias que comprenden el presente estudio, fue posible detectar una serie de aspectos que se analizan de manera reiterada. Se trata de las piezas que forman el complejo rompecabezas que representa la discusión del aborto. Así, y sin ánimos de ser exhaustivos de las múltiples aristas que implica este tema, se comentan brevemente estos aspectos y se relacionan con los precedentes reunidos.

¹ Las sentencias y precedentes se encuentran en el CD-ROM anexo al presente estudio.

Vivo-Viable.-

Este aspecto surge de una pregunta fundamental: ¿En qué momento es viable el feto? O, lo que es lo mismo, cuándo tiene el feto la capacidad de vivir fuera del vientre de la madre (hasta con ayuda artificial). La respuesta científica ha servido para determinar cuándo y con qué intensidad el Estado debe proteger la vida del feto. En este sentido, existen tres posibilidades: otorgarle protección desde el momento de la concepción; negarle cualquier protección hasta el momento en que es viable; o determinar dos grados diferentes de protección: una estricta, a partir de que es viable y, otra tenue, mientras su vida depende de la madre.

Al respecto, la comunidad científica internacional ha considerado –aunque existen diferencias al respecto- oportuno colocar la viabilidad del feto entre las 24 y 28 semanas del embarazo (antes de la semana 24 es excepcional que sobreviva²). Esta línea biológica ha sido considerada en diversos países al momento de elaborar leyes o dictar sentencias respecto el aborto.

Tal es el caso del precedente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos: *Roe v. Wade*³, cuya columna vertebral es el concepto de viabilidad. Y donde la Corte se basó en dicho concepto para legalizar el aborto en ciertas etapas del embarazo. Este criterio fue ratificado en el caso *Casey v. Planned Parenthood*⁴, donde la Corte estadounidense estableció que la libertad de la mujer no podía ser limitada si no a partir de un límite fijo y claro. Dicho límite fue, precisamente, la viabilidad del feto.

Por el contrario, la Corte Europea de Derechos Humanos no ha querido resolver la cuestión de la viabilidad del feto, debido a la enorme diversidad de posturas entre los países de la Comunidad Europea. La legislación es tan disímil entre un país y otro, que la Corte siempre ha optado por delegar el tema a cada Estado.⁵

Por su parte, los tribunales de Canadá y Sudáfrica consideraron que no era necesario debatir en términos teológicos o filosóficos para determinar si el feto podía ser o no clasificado como ser humano. Dicho ejercicio clasificatorio no dependía ni de opiniones

² El bebe más prematuro del mundo que ha sobrevivido se llama Amilia, nació el pasado 24 de Octubre del 2006 en el Hospital Infantil Baptista (Miami, EEUU), a las 21 semanas.

³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, *Roe v. Wade* (1973), 22 de Enero de 1973, Suprema Corte de los Estados Unidos

⁴ *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), 29 de junio de 1992
Suprema Corte de los Estados Unidos

⁵ *Vo v. France*, 8 de Julio de 2004, Corte Europea de Derechos Humanos

médicas ni de pruebas científicas. Más bien, señalaron estas Cortes, se trata de “resolver una litis puramente jurídica”, según la propia interpretación de la legislación referida. “La tarea de clasificar el feto en derecho y en ciencia tiene objetivos diferentes.”⁶ De manera un tanto similar, el Tribunal Constitucional de Colombia señaló que fijar de manera precisa cuándo inicia la vida humana es una tarea compleja y controvertida aun en el plano estrictamente científico. Y, por ello, no consideró oportuno debatir este aspecto en su resolución.⁷

Finalmente, tenemos que el Consejo Constitucional de Francia⁸ y el Tribunal Constitucional de Alemania han recurrido a una ficción jurídica para establecer la protección de la vida desde la concepción (señalando una serie de excepciones para resguardar los derechos de la mujer).

⁶ Tremblay v. Daigle, [1989] 2 S.C.R. 530, File No.: 21553, 8 de Agosto de 1989, Corte Suprema de Canadá, 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, así como Asunto No: 16291, 1998 (11) BCLR 1434 (T) Christian Lawyers' Association of SA and Others v. Minister of Health and Others, High Court, Transvaal⁶ Provincial Division, 10 de julio de 1998

⁷ Sentencia de Constitucionalidad Condicionada C-355-06 del 10 de mayo de 2006 Corte Constitucional de Colombia

⁸ Decisión no. 74-54 del 15 de Enero de 1975, Ley sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo del Consejo Constitucional de Francia

Estatuto Jurídico del Feto.-

La tarea de determinar el estatuto jurídico del feto resulta de una importancia capital para efectos de fijar una postura legal que despenalice o penalice el aborto. Así lo refleja el conjunto de precedentes estudiados, donde es posible encontrar una calificación del feto como ser humano (otorgándole personalidad jurídica) y, por ello, una rígida protección estatal fundada en el derecho a la vida. Tal es la posición del Tribunal Constitucional Alemán,⁹ el cual resolvió que el ordenamiento jurídico alemán debía otorgarle al no nacido un derecho a la vida independiente del correspondiente a su madre.

Pero se encontró también la postura contraria: aquella que le niega al feto la condición de ser humano. En estos casos es frecuente encontrar que la protección al feto resulta, más bien, de la obligación del Estado de proteger la vida en gestación. Lo cual no significa que sea titular de algún derecho fundamental, ni que goce de personalidad jurídica. Por tanto en estos casos la protección es de menor grado o intensidad. En esta línea, tenemos que la Suprema Corte de los Estados Unidos determinó que el ordenamiento jurídico estadounidense no le había otorgado nunca al feto la calidad de persona.¹⁰ Asimismo, las cortes canadiense y sudafricana establecieron respectivamente que los términos "ser humano", "persona" o "toda persona" no pueden aplicárseles al feto¹¹ y, por ello, la ley no le reconocía ninguna personalidad jurídica ni derechos legales hasta su nacimiento.

Varios de los argumentos que buscan otorgarle personalidad jurídica y derechos al feto se han sostenido de lo que establecen la mayoría de los Códigos Civiles y Penales: el derecho a heredar desde la concepción y el derecho a indemnización por daño físico en contra del feto durante el embarazo. No obstante, de los precedentes examinados ninguno consideró como válido dicho argumento. Algunos tribunales han condicionado tales derechos a que el feto nazca vivo y viable y otros más bien han circunscrito su análisis al terreno constitucional, dejando por un lado las disposiciones civiles y penales.

⁹ Sentencias de Control Abstracto de Constitucionalidad BverfGE 39,I del 25 de febrero de 1975 y BverfGE 88,203, 28 de mayo de 1993 del Tribunal Constitucional de Alemania.

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

¹¹ Christian Lawyers' Association v. National Minister of Health and Others, High Court, Transvaal¹¹ Provincial Division, 10 de julio de 1998, y 24 de Julio del 2004

Autorización para menores de edad.-

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

De las sentencias compiladas, ninguna le negó totalmente fuerza jurídica al consentimiento de la menor. Así, tenemos que la Corte Constitucional de Colombia consideró inconstitucional la legislación que despojaba de relevancia jurídica el consentimiento de la menor con el argumento del libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y la dignidad de las menores.¹² Por su parte, la High Court of Transvaal Provincial Division (Sudáfrica) ratificó la constitucionalidad de la ley que permitía a las menores abortar sin consentimiento de los padres.¹³ Su argumento fue el siguiente: la capacidad intelectual y emocional para adoptar una decisión de esta naturaleza no depende de la edad sino más bien del conocimiento, la comprensión y, finalmente, del consentimiento.

Por último, tenemos que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos declaró la constitucionalidad de la ley que exigía el consentimiento informado de uno de los padres en caso de que la menor embarazada quisiese abortar.¹⁴ Esta Corte justificó tal decisión debido a que la misma legislación establecía la posibilidad de evadir la autorización de los padres, al establecer la alternativa judicial.

¹² Sentencia C-355/06

¹³ Caso Christian Lawyers' Association 2004

¹⁴ Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey (1992)

Derechos del Padre.-

Otro aspecto recurrente en los debates sobre el aborto son los derechos del padre para intervenir en el destino del feto o del niño no nacido. Varias sentencias son resultado, precisamente, de la búsqueda de protección constitucional de los derechos del padre potencial. Aquí lo que se plantea es lo siguiente: ¿Es suficiente el consentimiento de la mujer embarazada para proceder al aborto o es obligado considerar también la opinión del padre? A grandes rasgos, el argumento a favor de los derechos del padre potencial se centra en la igualdad entre padre y madre. Es decir, se arguye que si el padre intervino necesariamente en la concepción del feto, entonces, también debe gozar de la posibilidad de influir en la decisión para interrumpir el embarazo.

En este punto, el Tribunal Constitucional de España consideró que el padre potencial carecía de derechos debido a la peculiar relación que existe entre la mujer embarazada y el *nasciturus*.¹⁵ Esta relación afecta directa y primordialmente a aquélla y, por tanto, el padre no tiene derecho a intervenir. De manera similar, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos apuntó que el derecho a elegir de una mujer no se pierde al momento de casarse y, por ello, declaró inconstitucional la ley que obligaba a la mujer embarazada avisarle a su esposo su deseo de abortar.¹⁶ En el caso del Queen's Bench Division at Liverpool (Reino Unido) su decisión fue un tanto más legalista. Es decir, al no contemplarse el consentimiento del padre dentro de los requisitos que exigía para abortar *The Abortion Act of 1967*, entonces, el tribunal señaló que carecía de fundamento la pretensión de otorgarle derechos al padre potencial.¹⁷ Al analizar este mismo caso, la Comisión Europea de Derechos Humanos agregó lo siguiente: los derechos del padre potencial no pueden ser interpretados de ninguna manera que limiten o afectan los derechos de la mujer embarazada. Esto debido a que ésta es la persona directamente afectada con el estado y desarrollo del embarazo.¹⁸ Por último, tenemos que la decisión de la Suprema Corte de Canadá se fundamentó básicamente en el derecho comparado.¹⁹ Al no encontrar esta Corte ninguna referencia jurisprudencial en el mundo que le otorgarse derechos al padre potencial, entonces, concluyó que ella tampoco podía conceder tales derechos.

¹⁵ Sentencia de Recurso Previo de Constitucionalidad 53/1985

¹⁶ *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey* (1992)

¹⁷ *Paton v. British Pregnancy Advisory Service* (1978)

¹⁸ *Paton v. United Kingdom* (1980)

¹⁹ *Tremblay v. Daigle* (1989)

Derecho Internacional y Derecho Comparado.-

Este último aspecto se refiere no tanto a algún ingrediente del debate sobre el aborto, sino a las herramientas utilizadas para resolver un caso jurisdiccional sobre el tema. Es decir, diversos Tribunales Constitucionales, al momento de conocer un caso relacionado con el aborto, consideraron que el derecho comparado y el derecho internacional eran puntos de referencias medulares para enfrentar este tipo de asuntos. El aprovechamiento de tales herramientas, arguyeron varios tribunales, se justifica por la complejidad misma del tema, que para tener un panorama mucho más amplio de sus matices, exige conocer las decisiones y argumentaciones de otros tribunales con el propósito de enriquecer la discusión. En este contexto, destacan el Tribunal Constitucional de Colombia,²⁰ la Suprema Corte de Canadá,²¹ la Corte de Sudáfrica,²² la Corte de Casación de Francia,²³ así como la Comisión de Derechos Humanos,²⁴ entre otros.

²⁰ Sentencia C-355/06

²¹ Tremblay v. Daigle (1989)

²² Sentencias Christian Lawyers{ Association de 1998 y 2004

²³ Demanda 96-80223

²⁴ Paton v. United Kingdom (1980)