

Bogotá, 30 de enero de 2008

Honorables Magistrados
Suprema Corte de Justicia de la Nación
México D.F., México
E. S. D.

Ref: Amicus Curiae en proceso de acciones de inconstitucionalidad presentadas por la Procuraduría General de la República y la Comisión Nacional de Derechos Humanos contra las reformas en materia de aborto del Código Penal y de la Ley de Salud del Distrito Federal de México (inconstitucionalidad de los arts. 144, 145, 146 y 147 del Código Penal y tercer párrafo del artículo 16 Bis 6 y artículo 16 Bis 8 de la Ley de Salud, e invalidez extensiva de los arts.148 del Código Penal y 16 Bis 7 de la Ley de Salud).

Honorables Señores Magistrados:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.146.539 de Usaquén, Colombia y Maria Paula Saffon Sanín, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.862.641 de Bogotá, Colombia, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia*, de manera respetuosa nos permitimos intervenir en el proceso de inconstitucionalidad de la referencia como amicus curiae, con el fin de aportar al debate constitucional algunos elementos de juicio provenientes del derecho comparado y del derecho internacional de los derechos humanos, que en nuestro concepto dejan sin fundamento la solicitud de las acciones de referencia consistente en declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones contentivas de las reformas al Código Penal y a la Ley de Salud del Distrito Federal de México, que despenalizaron el aborto en las primeras doce semanas de gestación.

A continuación esgrimiremos los argumentos jurídicos con base en los cuales consideramos que las normas contentivas de dichas reformas legales deberían ser declaradas constitucionales por la Honorable Suprema Corte de Justicia de México. Para ello, en un primer momento haremos referencia a la gran complejidad que tiene el tema de la regulación del aborto en un Estado Constitucional, y argüiremos que la decisión de

* El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJuSticia– (www.dejusticia.org) fue creado en 2003 por un grupo de profesores universitarios de Colombia, con el fin de contribuir a debates sobre el derecho, las instituciones y las políticas públicas, con base en estudios rigurosos que promuevan la formación de una ciudadanía sin exclusiones y la vigencia de la democracia, el Estado social de derecho y los derechos humanos.

la Corte en esta materia debe ser estrictamente jurídica; en un segundo momento llevaremos a cabo un breve ejercicio de derecho comparado que nos servirá para explicitar cuáles son los límites propios del constitucionalismo democrático dentro de los cuales debe ubicarse la decisión de todo tribunal constitucional, y en particular de la Suprema Corte de Justicia de México, en esta materia; en un tercer momento mostraremos por qué, dentro de dichos límites, las normas contentivas de las reformas legales demandadas por las acciones de referencia deberían ser declaradas constitucionales, y finalmente argumentaremos en favor de la importancia de que la Suprema Corte de Justicia utilice la doctrina internacional en materia de aborto como criterio relevante de interpretación en este tema.

1. Complejidad del tema e importancia de una decisión estrictamente constitucional

La controversia que suscita el aborto es, sin lugar a dudas, una de las más espinosas y sensibles que puede enfrentar una sociedad democrática, en virtud de los puntos de vista opuestos que vigorosamente defienden los diferentes sectores de la sociedad al respecto, y de las convicciones religiosas, éticas y políticas que los sustentan y radicalizan. Como se sabe, la oposición entre estos puntos de vista suele tener como trasfondo la tal vez irresoluble cuestión sobre el momento a partir del cual surge la vida humana y, en consecuencia, sobre el momento a partir del cual debe ésta ser protegida jurídicamente.

Sin embargo, en nuestro concepto, no le compete a ningún tribunal constitucional, y en particular a la Suprema Corte de Justicia de México, resolver una cuestión que, como ésta, pertenece al ámbito de la filosofía moral. Sea cual sea la postura ideológica que tengan los miembros del tribunal con respecto al momento en el que se origina la vida, es posible que éstos encuentren argumentos jurídicos suficientes y adecuados para resolver la acción de inconstitucionalidad en cuestión, sin tener que introducirse en la discusión moral antes señalada. Esto es así especialmente si se tiene en cuenta que la Constitución ha de ser aplicada a personas que tienen puntos de vista morales radicalmente distintos y que, por ende, la interpretación autorizada que de la misma haga la Honorable Corte Suprema no puede verse guiada por la elección de uno de tales puntos de vista en detrimento de los demás.

Por tanto, es menester recordar en todo momento –aunque suene obvio– que la decisión que ha de tomar la Suprema Corte de Justicia de México frente a las acciones de inconstitucionalidad que ante ella fueron presentadas contra las disposiciones del Código Penal y de la Ley de Salud del Distrito Federal referenciadas es una decisión sobre la constitucionalidad de estas normas, cuya existencia implica la despenalización parcial del aborto en México. En esa medida, el debate en cuestión debe ser reconducido a su faceta estrictamente constitucional y, sin desconocer que cualquiera sea el fallo de la Corte éste producirá importantes efectos sociales, económicos y políticos, el mismo tiene que ser comprendido en los términos de una controversia jurídica compleja.

Esta controversia se concreta en la tensión entre dos bienes jurídicos contrapuestos a cuya protección aspira sin lugar a dudas el Distrito Federal de México, a saber: de un lado, la garantía de los derechos de las mujeres a la vida, a la salud, a la integridad y a no ser sometidas a tratos crueles e inhumanos, a la dignidad, a la libertad individual, a la igualdad y a la no discriminación, a la libertad religiosa, de conciencia y de pensamiento y al libre ejercicio de la profesión, y de otro lado, la protección de la vida humana en formación.

Como toda decisión judicial razonable propia del constitucionalismo democrático, ante una controversia como ésta resulta imperativo que la decisión de la Suprema Corte de Justicia de México pondere los bienes jurídicos contrapuestos, y halle una fórmula de solución que maximice su protección e impida su vulneración absoluta. En efecto, toda decisión judicial sobre la constitucionalidad de una norma debe resolver, en esencia, si el legislador vulneró con su expedición alguna o varias disposiciones de la Constitución. El propósito básico del control de constitucionalidad es limitar, mas no sustituir, la libertad de configuración del legislador, esto es, la capacidad que éste tiene, como representante histórico de las mayorías democráticas, de tomar opciones políticas para regular la vida en sociedad dentro de los marcos fijados por la norma fundamental. Ante una controversia como ésta, entonces, la labor fundamental del juez constitucional consiste en determinar cuáles son los límites constitucionales dentro de los cuales el legislador puede reglamentar el aborto, límites cuyo traspaso tendría que conllevar a la declaratoria de inconstitucionalidad de una reglamentación tal.

Es evidente que la decisión sobre la constitucionalidad de las normas del Código Penal y de la Ley de Salud que condujeron a la despenalización parcial del aborto en el Distrito Federal no podrá de ninguna manera resultar en la igual protección de los derechos fundamentales de la mujer y de la vida del que está por nacer. Se trata de bienes jurídicos contrapuestos al menos en ciertas circunstancias, pues mientras que la estricta protección de los derechos de la mujer implica admitir libremente la posibilidad de acabar con la vida prenatal, la admisión de la prohibición total del aborto implica la negación de la autonomía de la mujer para decidir sobre la continuación de su embarazo, y le impone la obligación de asumir las cargas físicas, psicológicas, económicas y sociales que todo embarazo implica y que en algunos casos pueden resultar excesivamente onerosas de asumir. Ahora bien, dado que en ambos casos se trata de bienes jurídicos protegidos por la Constitución mexicana, ninguno de ellos puede ser limitado por completo por el legislador, y una limitación absoluta de ese estilo no puede ser avalada por el juez constitucional.

Es por eso que resulta necesario que la Suprema Corte de Justicia de México realice un ejercicio de ponderación o balance que, si bien implicará necesariamente la opción entre la prevalencia de un bien jurídico por sobre otro, no debería de ninguna manera resultar en la negación o arrasamiento absoluto de ninguno de los dos. Dicha negación es, en

consecuencia, el límite intraspasable de cualquier decisión de constitucionalidad en la materia que pretenda enmarcarse dentro de los lineamientos de un Estado democrático de derecho como lo es México. Tal límite es, sin embargo, bastante amplio, y permite en su interior múltiples fórmulas de configuración del balance de los intereses contrapuestos.

El presente *amicus curiae* tiene como objetivo principal presentar, a través de un modesto ejercicio de derecho comparado, cuáles son los extremos de decisión judicial a los que puede llegar (y de hecho ha llegado) un tribunal constitucional democrático, sin traspasar el límite infranqueable de vulneración total de alguno de los bienes jurídicos en tensión. Es éste un límite infranqueable, en el entendido de que la Constitución garantiza la protección de los bienes jurídicos que se ubican a uno y otro lado de la tensión y, por ende, el Estado se encuentra obligado a maximizar su goce y a evitar su violación absoluta.

En nuestro concepto, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de 1973 en el caso *Roe contra Wade*, de una parte, y del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana de 1975, de otra, constituyen dichos extremos.¹ Aunque en cada uno de estos casos el juez constitucional optó explícitamente por privilegiar uno de los bienes jurídicos en juego, lo hizo reconociendo la protección del otro bien jurídico en cuestión en ciertas circunstancias excepcionales. Por eso, a pesar de las particularidades de los contextos y situaciones en los que se produjeron estas decisiones, el recurso a ellas es útil para el análisis del caso del Distrito Federal dado que, como en México, las constituciones de dichos países presentan una tensión similar entre la protección de los derechos de la mujer encinta y de la vida humana en formación.

En consecuencia, consideramos que la Suprema Corte de Justicia de México debería tomar esas decisiones judiciales como las dos formas de configuración limítrofes a las que puede llegar sin vulnerar absolutamente un bien jurídico u otro. Dentro de estos extremos, es evidente que la Corte puede optar por fórmulas de ponderación distintas de aquéllas de los tribunales constitucionales estadounidense y alemán. Sin embargo, estas fórmulas no deberían bajo ninguna circunstancia restringir de manera más severa alguno de los bienes jurídicos en juego que como lo ha hecho cada uno de esos tribunales. Una restricción de esa naturaleza arrasaría con aquél bien jurídico y sería, por consiguiente, inadmisibile.

El reconocimiento de que las decisiones de estos dos tribunales son los polos extremos que puede adoptar la decisión de la Suprema Corte para que ésta sea considerada una

¹ Tanto la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, como el Tribunal Constitucional alemán han tomado decisiones posteriores a éstas en materia de la constitucionalidad de las normas de aborto que, no obstante, en lo esencial han mantenido la argumentación en ellas esgrimida. Como quiera que sea, la referencia a estas decisiones de la década del setenta no se explica tanto por su actualidad, como por su carácter de ejemplos evidentes de los extremos a los que, ubicándose aún en el espectro del constitucionalismo democrático, puede llegar una decisión judicial sobre la constitucionalidad de normas que regulan el aborto.

expresión del constitucionalismo democrático permite que los límites constitucionalmente admisibles de la regulación por el legislador del aborto en un Estado democrático de derecho sean definidos y, como tal, es un aporte importante al esclarecimiento del debate constitucional sobre el tema. Sin desear sugerir la fórmula específica que ha de adoptar la Suprema Corte de Justicia de México en virtud de la juiciosa interpretación que de seguro hará de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado mexicano, así como de la ponderación de los diferentes bienes jurídicos en tensión, la identificación de los límites constitucionalmente admisibles del control de constitucionalidad en materia de aborto que se realizará a continuación conllevará, no obstante, a la determinación de que la despenalización parcial del aborto que actualmente contienen la legislación penal y de salud del Distrito Federal no transgrede dichos límites y debería, por consiguiente, ser declarada constitucional.

2. El derecho a abortar contra el derecho a la vida del que está por nacer

Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de 1973 y del Tribunal Constitucional alemán de 1975 versaron, ambas, sobre la constitucionalidad de leyes que tenían por objeto la reglamentación del aborto. Sin embargo, las mismas constituyen polos opuestos de decisión sobre la materia, tanto por los presupuestos fácticos en los que se basaron, como por el contenido que tienen.

Mientras que la Corte Suprema de Justicia estadounidense hubo de tratar el tema del aborto como consecuencia de una acción de una ciudadana concreta (Jane Roe, madre soltera) que reclamaba su derecho a abortar y que por tanto alegaba la inconstitucionalidad de la norma que penalizaba el aborto en el estado de Texas, el Tribunal Constitucional alemán se refirió al asunto como consecuencia de una acción de inconstitucionalidad abstracta y previa presentada por varios miembros del parlamento (especialmente del partido cristiano demócrata) y representantes de ciertos gobiernos federales en contra de una reforma del código penal que pretendía despenalizar la práctica del aborto en todos los casos.

Las pretensiones de los accionantes en uno y otro caso eran opuestas, pues mientras que Jane Roe buscaba que la Corte estadounidense declarase inconstitucional la norma que penalizaba el aborto, los parlamentarios y miembros de los gobiernos federales alemanes reclamaban al Tribunal Constitucional que declarase inconstitucional la norma que despenalizaba el aborto incluso en aquellas circunstancias en las que éste era realizado sin ninguna justificación en los tres primeros meses de embarazo.

Y las decisiones a las que llegaron los tribunales en cuestión fueron igualmente opuestas. Mientras que la Corte Suprema de Justicia estadounidense declaró que las normas penales en materia de aborto vulneraban el derecho a la autonomía individual de las mujeres, que

incluye el derecho constitucional de éstas a dar fin a su embarazo, el Tribunal Constitucional alemán decidió que la ausencia de toda forma de penalización de la práctica del aborto vulneraba el derecho a la vida y a la dignidad del no nato. En ambos casos, las disposiciones legislativas acusadas, que eran de contenidos opuestos, fueron declaradas inconstitucionales por motivos igualmente opuestos.

No obstante lo anterior, las dos decisiones judiciales reseñadas poseen algo en común, algo que hace que ambas sean manifestaciones idóneas del constitucionalismo democrático, a pesar de ubicarse en polos opuestos en el espectro de la discusión constitucional sobre el aborto. Estas dos decisiones coinciden en que, si bien optan por la protección prevalente de un bien jurídico sobre otro, lo hacen sin arrasar el bien jurídico que consideran menos importante. Estas dos decisiones hacen entonces un ejercicio de ponderación de los derechos en tensión, ejercicio por medio del cual el juez constitucional define cuál de esos dos derechos es el que la Constitución de cada país privilegia por encima del otro, a la vez que reconoce que el otro derecho debe ser protegido en algunas circunstancias, so pena de vulnerar la Constitución. Veamos.

En el caso *Roe vs. Wade*, la Corte Suprema de Estados Unidos reconoció explícitamente el derecho de las mujeres embarazadas a abortar, derecho derivado del derecho a la autonomía individual y a la intimidad para tomar decisiones libres de la intervención del Estado y de terceros en la esfera privada individual (Enmienda Catorce de la Constitución estadounidense).² Sin embargo, la Corte reconoció a su vez que el Estado tiene un interés legítimo en la protección tanto de los derechos de la mujer, como de la potencialidad de la vida del que está por nacer. Como consecuencia de ello, afirmó que ninguno de dichos intereses puede ser desconocido, pero que, en cada etapa del embarazo de una mujer, los mismos adquieren una importancia y un carácter obligatorio distintos.

La regla de la Corte Suprema estadounidense consistió entonces en distinguir los criterios relevantes para determinar la constitucionalidad de la reglamentación del aborto según el periodo de embarazo en el que se encuentre la mujer. Así, la Corte exceptuó toda posibilidad de intervención estatal en la decisión de abortar de la mujer antes de cumplir los tres primeros meses de embarazo. En dicho periodo, tal decisión es dejada al ámbito interno de la mujer y al juicio del médico que la atiende. En cuanto al periodo subsiguiente a los tres meses de embarazo, la Corte expresó que al Estado le estaba permitido (si así lo decidía) regular el procedimiento del aborto, estableciendo por ejemplo los lugares en donde éste puede realizarse, siempre y cuando dicha regulación se justificara por la protección de la salud de la mujer. Por último, pasado el periodo de viabilidad del embarazo (cumplidos los seis meses de éste), el Estado podría, según la Corte, regular e incluso prohibir el aborto con miras a proteger la vida potencial, salvo en aquellos casos en los que según criterio médico éste fuese necesario para preservar la

² Al respecto véase, por ejemplo, Cass R. Sunstein. 1993. "Pornography, Abortion, Surrogacy", *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, capítulo 9, pp. 257-290.

vida o la salud de la mujer.

Así las cosas, en su fallo, la Corte Suprema estadounidense concluye que la Constitución de dicho país privilegia de manera significativa el derecho a la autonomía de la mujer, hasta el punto de reconocerle un derecho constitucional a abortar, y de superponerlo al interés estatal de proteger la vida humana en formación. Además, la Corte determina que los derechos a la salud y a la vida de la mujer priman sobre la vida potencial del nasciturus. A pesar de esta primacía evidente de los derechos de la mujer sobre aquéllos del no nato, la Corte no desconoce por completo el interés estatal de protección de la vida futura de este último. Su fórmula admite, en efecto, ciertas circunstancias en las cuales la protección del feto puede, según la libertad de configuración del legislador, primar sobre la protección del derecho a la autonomía de la mujer.

Ello sucede, por ejemplo, cuando, sin poner en riesgo la salud o vida de la mujer, el legislador señala las condiciones en las cuales una mujer puede abortar transcurridos los primeros tres meses de embarazo, e incluso cuando prohíbe el aborto luego del periodo de viabilidad. En estas circunstancias excepcionales, la desprotección del feto no se encuentra justificada por la protección de los derechos de la mujer embarazada, y el interés del Estado en la protección de la vida del que está por nacer incrementa sustancialmente en razón de la viabilidad del embarazo, de manera que la admisión del aborto se torna irrazonable, desproporcionada y excluida de los límites admitidos por el constitucionalismo democrático.

Dentro de los límites del constitucionalismo democrático, la posición del Tribunal Constitucional alemán en el fallo de 1975 fue sustancialmente distinta. En dicho fallo, el Tribunal alemán decidió que la sección 218A de la legislación de la República Federal Alemana que despenalizaba la práctica del aborto durante los primeros tres meses de embarazo sin que fuese necesario que la madre esgrimiera justificación alguna era inconstitucional. Para justificar la decisión, el Tribunal estableció, en primer lugar, que la Constitución alemana protege la vida del que está por nacer como un interés jurídico independiente, interés que se desprende de la afirmación de la vida y la dignidad humanas como valores supremos e inviolables que la Carta alemana hubo de hacer enfáticamente tras los horrores perpetrados durante el régimen Nazi. Según el Tribunal alemán, el aborto es equiparable al homicidio en cualquier periodo del embarazo y, como tal, existe un deber de la mujer de llevar el embarazo hasta el momento del parto y una obligación estatal de implementar mecanismos jurídicos tendientes a la protección de la vida del feto. En esa medida, es posible e incluso deseable que el legislador imponga sanciones penales u otras igual de eficaces a éstas, tendientes a desincentivar una conducta reprochable como el aborto.

Ahora bien, a la vez que el Tribunal Constitucional alemán declaró enfáticamente la primacía del interés jurídico de protección del que está por nacer sobre la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, admitió que su deber de

continuar y llevar a buen término el embarazo existe salvo en aquellos casos en los que el mismo se torne en una carga tan extraordinaria y opresiva que resulte razonablemente inexigible. Ello sucede, según el Tribunal, cuando el respeto por la vida del feto entra en conflicto con el derecho de la madre a no verse forzada a sacrificar sus valores más allá de las expectativas razonables, y en particular cuando la mujer tiene razones especiales de carácter médico (la continuación del embarazo pone en riesgo su vida o atenta gravemente contra su salud), eugenésico (el feto sufre de malformaciones serias), ético (el embarazo ha sido consecuencia de un crimen, como una violación) o social (serias necesidades económicas de la mujer y su familia).³

De acuerdo con el Tribunal alemán, lo común en todos esos casos es que al respeto por la vida humana en formación se opone un interés igualmente importante y digno de protección constitucional, de manera que no puede exigírsele a la mujer renunciar a él para proteger el del que está por nacer. Esto significa que, incluso aceptando que la vida comienza desde el momento de la concepción, es posible imponer un límite a su protección cuando la misma derivaría en una carga excesiva para la mujer encinta. En estos casos, además, el Tribunal estableció que el Estado podía (y era deseable que lo hiciera) ofrecer servicios de asistencia y consejería para recordar a la mujer su responsabilidad con la vida del no nato, animarla a continuar el embarazo y ofrecerle asistencia social en caso de necesidad económica. En todas las demás circunstancias, un castigo eficaz para la práctica del aborto es exigible, pues ésta vulnera un bien jurídico de manera discrecional, sin estar motivada por necesidad alguna.

De esa manera, la decisión de 1975 del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana estableció el principio general de que el aborto es un delito en cualquier etapa del embarazo y, por consiguiente, debe ser expresamente desaprobado y criminalizado, con miras a su desincentivación. Con dicha decisión, el Tribunal dejó en claro que, de acuerdo con la Constitución alemana, el derecho a la vida del que está por nacer prima sobre los derechos de la mujer embarazada. No obstante, lejos de desconocer por completo estos últimos derechos, el Tribunal alemán reconoció que, en ciertas circunstancias excepcionales, ellos deben primar sobre el respeto por la vida del nasciturus, so pena de que se le impongan a la mujer embarazada cargas inexigibles. Estas excepciones, esbozadas por el Tribunal mediante un sistema de indicadores, constituyen entonces los límites mínimos que debe respetar el legislador de forma tal que la prohibición del aborto no se convierta en una exigencia irrazonable y desproporcionada, que vulnere de manera absoluta los derechos de la mujer embarazada, y que como tal salga del espectro de lo que el constitucionalismo democrático permite.

³ Las tres primeras excepciones habían sido previstas por el legislador en el artículo 218B del estatuto que estaba siendo revisado y fueron, por tanto, explícitamente admitidas por el Tribunal. La última excepción fue sugerida por el propio Tribunal, sugerencia que conllevó a que, tras la orden del Tribunal de suspender la aplicación de la reforma penal en la materia hasta tanto el Parlamento no la reformara de conformidad con la sentencia, el legislador la incluyera como otra excepción a la prohibición general del aborto. Ver, al respecto, Donald Kommers. 1997. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, p. 341.

3. La ineludible declaratoria de constitucionalidad de las disposiciones demandadas

Los casos arriba reseñados constituyen los dos polos o extremos de decisión que, dentro del espectro de posibles fórmulas susceptibles de ser halladas en el constitucionalismo democrático, existen en materia de aborto. Cada uno de ellos le da una primacía preponderante a uno de los bienes jurídicos en tensión en la controversia constitucional sobre el aborto, pero al mismo tiempo se rehúsa a desconocer de manera absoluta el otro bien jurídico que queda limitado por el primero. En esa medida, los jueces constitucionales de ambos casos ponderan los bienes jurídicamente protegidos que están en tensión, con base en una interpretación determinada de la Constitución de cada país, que resulta razonable dentro del constitucionalismo democrático porque no arrasa con ninguno de los derechos en tensión.

Para ser también una expresión del constitucionalismo democrático, y en particular para no vulnerar de manera crasa ninguno de los intereses legítimamente protegidos por el Estado que se enfrentan en este caso, el fallo de la Suprema Corte de Justicia de México debería, en nuestro concepto, ser proferido sin exceder los límites impuestos por estos dos polos de decisión. Cualquier decisión en pro de los derechos de la mujer que no tenga en cuenta las excepciones previstas por el fallo *Roe v. Wade* para la protección del no nato en los periodos finales del embarazo, y que admita por ejemplo situaciones absurdas como la posibilidad de que la mujer aborte a los ocho meses de embarazo, implicaría vulnerar de manera absoluta el bien jurídico constituido por la vida humana en formación y excedería por tanto los límites constitucionalmente admisibles en esta materia. Así mismo, cualquier decisión en pro de la protección de la vida del que está por nacer que niegue alguna de las excepciones establecidas por el Tribunal Constitucional alemán para que el aborto sea permitido conllevaría a la violación absoluta, entre otros, de los derechos a la libertad individual, a la igualdad y a la no discriminación, a la integridad y a no ser sometidas a tratos crueles e inhumanos a la salud y a la vida de la mujer, y en consecuencia transgrediría también los límites constitucionalmente admisibles.

Es por esta razón que consideramos que la acción de inconstitucionalidad presentada contra las disposiciones del Código Penal y de la Ley de Salud del Distrito Federal cuya reforma condujo a que en el Distrito actualmente se permita el aborto durante las primeras doce semanas de gestación no puede prosperar, sea cual sea la posición que tome la Suprema Corte de Justicia de México en lo que se refiere a la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto. En efecto, si la Corte opta por una decisión según la cual en la Constitución mexicana los derechos fundamentales de la mujer priman a priori sobre la protección del que está por nacer, es evidente que tendrá que declarar la constitucionalidad de la ley, por garantizar el derecho de la mujer embarazada a abortar durante un periodo de tiempo.

Si, por el contrario, la Corte opta por una postura de acuerdo con la cual la Constitución mexicana da primacía a la protección del nasciturus sobre los derechos de la mujer embarazada, tendrá en todo caso que declarar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas, en la medida en que las mismas consagran una despenalización parcial –en términos temporales- y no absoluta del aborto, la cual no es de ninguna manera excesiva, pues prohíbe el aborto después de los tres meses de embarazo y, al hacerlo, protege la vida del que está por nacer en aquél periodo de tiempo en el que la protección de este bien jurídico resulta más importante y en el que la protección de los derechos de la mujer pierde justificación por cuanto ésta pudo haberlos ejercido más tempranamente.

La prohibición del aborto después de los tres meses de embarazo constituye una medida que protege la vida del nasciturus en lugar de atentar contra ella, y que implica una restricción proporcionada de los derechos de la mujer, por cuanto deja abierta la posibilidad de que ésta aborte en un periodo de tiempo razonable que, por lo demás, disminuye los riesgos para su vida de la intervención.

Por el contrario, obligar a la mujer a continuar el embarazo en todas las etapas del mismo, e incluso cuando su vida o su salud corren peligro, no sólo restringe el derecho a la autonomía individual y al libre desarrollo de la mujer, sino que impone cargas físicas, emocionales, sociales y económicas bastante difíciles de soportar. Todo embarazo afecta de manera profunda los más diversos ámbitos de la vida de las mujeres, tanto durante el periodo efectivo del embarazo como durante el resto de sus vidas. Pero además, en ciertos casos, como aquéllos en los que la vida o la salud de la mujer están en juego, la asunción de dichas cargas se torna no sólo difícil e inexigible, sino que incluso puede resultar imposible de cumplir.

La defensa de la vida en formación no es suficiente para justificar la penalización del aborto en todos los casos. Asumir esta posición no implica no valorar la vida del no nato; tampoco implica una falta de compromiso con el derecho a la vida. Implica más bien reconocer que, en ciertos casos, hay comportamientos que no son exigibles a la mujer y que por ello no pueden ser penalizados. J.J. Thomson⁴ ilustra esta tesis con una bella metáfora, según la cual llevar a buen término un embarazo es equiparable a la situación hipotética de que, de un día para otro, una persona amaneciera conectada por vía de los riñones a un violinista excepcional, cuya vida dependiera de dicha conexión, al menos por un tiempo. Thomson se pregunta si sería jurídicamente exigible que una persona se viera obligada a permanecer conectada al músico si, por ejemplo, dicha conexión hubiese sido efectuada como resultado de un secuestro y en contra de la voluntad, o si para preservar la vida del violinista fuese menester quedarse en cama durante el tiempo necesario para su recuperación, o incluso si la conexión tuviera que durar toda la vida, etc.

⁴ J.J. Thomson, “A Defence of Abortion”, en Ronald Dworkin (ed.). 1997. *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 112-128.

Esta metáfora demuestra que, en ciertas circunstancias, llevar a término un embarazo se convierte en una carga tan grande que resulta inexigible y que implica la necesidad de hacer primar los derechos de la mujer por sobre el valor de la vida del que está por nacer, así sea excepcionalmente. Sin embargo, la ponderación de estos valores en tensión no conduce necesariamente en todos los casos a este resultado, y existen situaciones en las cuales puede resultar exigible para una mujer llevar a buen término su embarazo, tal y como ocurre cuando éste se encuentra en un estado muy avanzado y cuando, por tanto, el valor de la vida del no nacido puede primar sobre los derechos de la madre, tal y como lo reconocen las disposiciones demandadas en el proceso de referencia.

Así las cosas, es muy importante que, al momento de analizar la normatividad penal y de salud del Distrito Federal en materia de aborto, el juez constitucional realice un ejercicio de ponderación entre los valores en tensión, de forma tal que determine cuál valor debe primar en determinadas circunstancias, sin que dicha primacía implique el arrasamiento total de un valor en favor del otro. Justamente a través de un razonamiento de esta naturaleza fue que recientemente la Corte Constitucional de Colombia tomó la decisión de declarar la inconstitucionalidad de la penalización absoluta del aborto, y ordenó en consecuencia interpretarla en el sentido de que no incluye aquellos casos en los cuales la continuación del embarazo constituye una carga inexigible para la mujer, a saber: cuando el embarazo es producto de acceso carnal violento o abusivo, de inseminación artificial, de transferencia de óvulo no consentida o de incesto; cuando existen malformaciones fetales que hacen inviable la vida extrauterina, y cuando el embarazo amenaza la vida o la salud tanto física como mental de la mujer. Con esta decisión, la Corte Constitucional hizo frente a una milenaria tradición de represión absoluta del aborto en Colombia, que imponía cargas insostenibles a las mujeres que se encontraban en estas circunstancias, y que en muchos casos las obligaban a someterse a procedimientos clandestinos de aborto, con riesgosas consecuencias para su vida y su salud.

4. Tratados internacionales de derechos humanos y doctrina internacional sobre aborto

Los derechos de la mujer embarazada a la autonomía individual, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, la vida, la salud, la salud reproductiva y la planificación familiar se encuentran consagrados en una serie de tratados internacionales de derechos humanos, entre los cuales se cuentan la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación a la Mujer (CEDAW, por sus iniciales en inglés), el Protocolo de San Salvador. Estos tratados internacionales son obligatorios para los Estados que, como

México, los han ratificado, y en consecuencia deben ser aplicados por los jueces constitucionales en sus decisiones, sobre todo si se tiene en cuenta la reciente tesis jurisprudencial de esta Corte Suprema, según la cual los tratados tienen una fuerza jurídica superior a la ley en el ordenamiento mexicano. Además, dado que consagran derechos humanos, estos tratados deben recibir un tratamiento especial y privilegiado por parte de los jueces, quienes en virtud del principio *pro hominem* deben siempre interpretar los derechos humanos y fundamentales de la manera que sea más favorable para sus destinatarios.

Por tanto, la interpretación de los tratados antes mencionados debe hacerse de conformidad con los pronunciamientos de los órganos internacionales encargados de su monitoreo, pues a través de éstos se concretan el contenido y el alcance de los derechos allí consagrados. Los Comités encargados del monitoreo de los tratados antes mencionados han señalado que, respecto de los derechos a la salud y a la vida, los Estados Parte tienen el deber de garantizar servicios de salud sexual y reproductiva y de planeación familiar que sean universales, igualitarios y de calidad, así como de asegurar que las mujeres embarazadas no mueran como consecuencia de malas prácticas de aborto.

El Comité del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha interpretado el artículo 12 del PIDESC en el sentido de que los Estados Parte se encuentran obligados a ofrecer una gama amplia de servicios médicos y de atención que sean económicos y de buena calidad y que sean prestados con atención al principio general de no discriminación por razones de género. Según el Comité, estos servicios incluyen los servicios de salud sexual y reproductiva (Comentario General No. 14). De manera similar, el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer ha interpretado la disposición de la Convención que se refiere a la obligación estatal de eliminación de la discriminación de la mujer en la esfera de los servicios de salud (numeral 1º del artículo 12 de la CEDAW) de tal forma que la misma incluye los servicios de salud sexual y reproductiva, así como los de planificación familiar (Recomendación General No. 24). En virtud de ello, este último Comité ha recomendado a una serie de Estados latinoamericanos la liberalización de las leyes penales en materia de aborto.

De otra parte, en virtud de las normas internacionales que protegen el derecho a la vida, y de la interpretación que de ellas han hecho en cuanto a que este derecho tiene una dimensión positiva, el Comité de Derechos Humanos del PIDCP, el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer y el Comité del PIDESC han establecido que el derecho a la vida puede ser violado por un Estado Parte como consecuencia de la existencia de altas tasas de mortalidad materna producto de abortos poco seguros. Es bien sabido que, en la mayoría de los casos, los abortos poco seguros son el resultado de prohibiciones penales absolutas del aborto, que obligan a las mujeres a realizárselo en la clandestinidad. Así, por ejemplo, en sus

observaciones finales de 1999 respecto del caso chileno el Comité de Derechos Humanos del PIDCP explicitó la obligación estatal de protección de la vida de las mujeres que deciden interrumpir su embarazo.

Las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos del PIDCP y del Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer relativas a la necesidad de liberalizar las normas penales sobre aborto deberían ser tomadas con particular interés por la Suprema Corte de Justicia de México, pues se trata de la doctrina internacional autorizada sobre el alcance y contenido de esos tratados, que han sido ratificados por México y que tienen, conforme a las propias tesis jurisprudenciales de esta Suprema Corte, una especial fuerza jurídica interna. En efecto, estos Comités tienen origen directo en tratados de derechos humanos ratificados por México, y su competencia ha sido aceptada también por el Estado. Ambos Comités están conformados por expertos independientes, por lo que deben ser considerados organismos semijudiciales de supervisión de esos tratados, cuyos criterios merecen especial respeto, conforme a la doctrina internacional más autorizada en la materia.

Así, un experto como Daniel O'Donnell⁵ destaca que (i) los pronunciamientos de los órganos cuasi-jurisdiccionales⁶, por regla general, tienen mayor valor vinculante que aquéllos de órganos que carecen de este carácter; que (ii) la naturaleza de la competencia ejercida por el órgano al adoptar un pronunciamiento específico también influye en el valor jurídico de éste; que tiene relevancia (iii) la composición de la fuente, en particular frente al sistema universal de protección y, además, que debe analizarse (iv) la intención manifestada por el órgano al formular una observación.⁷ En los casos de las recomendaciones de dichos Comités sobre la legislación en materia de aborto, es claro que estos órganos son semijudiciales, y produjeron sus recomendaciones en desarrollo de competencias establecidas en los propios tratados ratificados por México y con la clara intención de que fueran observadas por los Estados Parte, por lo que debe reconocérseles una máxima autoridad jurídica a dichas recomendaciones, tanto en el plano internacional

⁵ Daniel O'Donnell. 2004. *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

⁶ O'Donnell precisa que son órganos cuasi-jurisdiccionales aquéllos que poseen algunos de los atributos de un tribunal, pero no todos. Los elementos comunes que comparten con los tribunales son: a) su competencia está definida por un tratado y/o un estatuto aprobado por una organización internacional; b) son permanentes, autónomos y dotados de garantías de independencia, y c) sus decisiones se basan en el derecho internacional y son decisiones fundadas. La característica que les distingue de los tribunales es que la obligatoriedad de sus decisiones no está consagrada por un instrumento. *Ibidem*, pp. 50-52.

⁷ Para O'Donnell, "(c)on frecuencia, los pronunciamientos de los órganos internacionales competentes formulados en forma condicional o programática evidencian un proceso de construcción de una interpretación que todavía no reúne el consenso necesario para su adopción en cuanto interpretación autorizada. En otras oportunidades, la intención es claramente llamar la atención del Estado sobre medidas que son útiles y valiosas, sin pretender que sean obligatorias para todos los Estados", *Ibidem*, p. 54.

como en el plano interno.

| **5. Consideración final.** ▲

| Por las anteriores razones, consideramos que la Honorable Suprema Corte de Justicia de México debería declarar la constitucionalidad de las disposiciones del Código Penal y de la Ley de Salud del Distrito Federal de la referencia.

De la Corte respetuosamente,

Rodrigo Uprimny Yepes
c.c. 79.146.539 de Usaquén
Director
Centro de Estudios
Derecho, Justicia y Sociedad
DeJuSticia

María Paula Saffon Sanín
c.c. 52.862.641 de Bogotá
Investigadora
Centro de Estudios
Derecho, Justicia y Sociedad
DeJuSticia