

Capítulo VI

LA INTERPRETACIÓN DE LAS CORTES SUPREMAS

1. Presentación	101
2. Estados Unidos	102
3. Canadá	105
4. Italia	106
5. España	107
6. Corte Europea de los Derechos Humanos	109

CAPÍTULO VI

LA INTERPRETACIÓN DE LAS CORTES SUPREMAS

1. PRESENTACIÓN

El avance hacia actitudes más tolerantes y comprensivas de la situación de la mujer frente a un embarazo no deseado ha sido difícil. En algunas ocasiones han tenido que intervenir las Cortes Supremas, ya sean nacionales o supranacionales, a fin de determinar si se está violando o no un derecho fundamental con la desincriminación del aborto y, en otras, se ha solicitado su intervención precisamente porque se considera que su represión atenta contra derechos fundamentales de la mujer.

Rebecca Cook señala que algunos tribunales han argumentado que no es el derecho a la vida del feto o del embrión el que se presenta frente al derecho de la mujer a interrumpir un embarazo no deseado, sino el derecho del propio Estado de proteger la vida no nacida. Este argumento debería estar fortalecido por medio de un proyecto de Estado de bienestar para toda la población, en el cual se diera margen al bienestar de esos seres aún no nacidos como respuesta a esa protección. Afirma:

Aunque esto pueda parecer en principio limitar la opción de la mujer, los Estados que invocan su responsabilidad respecto de la vida no nacida, aceptan asimismo su responsabilidad por la vida y bienestar de la mujer embarazada. Cuando se contrapesan los intereses del feto con los de la mujer, los intereses de ésta para preservar su vida y salud general contra un riesgo calculable son suficientes para ver que los intereses de la mujer prevalecen.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Morgentaler Smolin y Scott contra La Reina, 1988 y Tribunal Constitucional Español, 1986. Referidos por Cook, Rebecca, "Leyes...", *op. cit.*, p. 109.

En los marcos de la definición normativa, las Supremas Cortes han tenido que manifestar sus opiniones limitando o ampliando las fronteras establecidas por las leyes de cada país. En este capítulo presento un panorama comparativo de dichas opiniones.

2. ESTADOS UNIDOS

En este país, a raíz del caso *Roe vs Wade*, el debate llegó a la Suprema Corte, sigue abierto y su contenido se perfila entre la defensa que ciertas leyes estatales hacen del feto y el precedente establecido en este caso, presentado en la Corte de Distrito de Texas.

Como antecedentes, cabe precisar los marcos en los cuales se abrió el debate puesto que en Texas, el Código Penal tipifica el aborto como delito, salvo cuando se practica por un médico con el propósito de salvar la vida de la madre. Sarah Weddington, defensora de Jane Roe, alegó ante la Corte que tal disposición atentaba contra los derechos que le asistían de conformidad con lo dispuesto en las Enmiendas Primera, Cuarta, Quinta, Novena y Décima Cuarta de la Constitución de los Estados Unidos de América. Es decir, ubicó el derecho de decidir sobre la continuación o interrupción de su embarazo, dentro del concepto de "libertades personales", así como en el derecho a la privacidad personal, marital, familiar y sexual. El resultado de esta apelación, en primer término, fue la decisión de que la quejosa no podía esperar el desarrollo normal de un juicio en el que se determine si el aborto es legítimo o no pues porque al terminar éste, probablemente ya habrá dado a luz.

Finalmente, según declaró el juez Harry Blackman, se decidió que el artículo 1196 del Código Penal del Estado de Texas era inconstitucional y, toda vez que no se le puede considerar como unidad, pues está ligado estrechamente a todo el capitulado sobre el aborto, se decidió que el Estado se abstendría de fijar estatutos sobre cualquier procedimiento de aborto, independientemente de la existencia, o no, de la urgencia médica.¹⁷⁵

El juez Blackman expresó que la Suprema Corte rechazó la tesis que considera al feto como una persona para hacerlo acreedor a la

¹⁷⁵ Para ver el reporte completo sobre la controversia del caso *Roe vs. Wade*, v. Milbauer, Bárbara, *The Law Giveth. Legal aspects of the abortion controversy*, Nueva York, Mc Graw Hill, 1984, *passim*, así como Weddington, Sara, *A question of choice*, Nueva York, Grosset-Putnam, 1992, *passim*.

protección constitucional. La decisión estuvo enmarcada en el respeto a la vida privada de las mujeres. Concretamente afirmó:

No corresponde a la Suprema Corte resolver el difícil problema del comienzo de la vida, máxime cuando los médicos, filósofos y teólogos han sido incapaces de ponerse de acuerdo. En el estado actual de los conocimientos humanos, no es de la competencia judicial especular sobre la respuesta que deba darse al problema indicado, sino tan sólo comprobar que los progresos de la medicina permiten practicar abortos sin peligro durante los tres primeros meses del embarazo.¹⁷⁶

En otro sentido, esta decisión jurisprudencial se enriqueció con la aportación de la juez O'Connors, la cual sostiene que la división por trimestres establecida en este criterio, no necesariamente corresponde una realidad médica inmutable. En todo caso, la potencialidad de vida que se pretende defender con esta división, no lo es menos antes de que el feto sea viable. Viabilidad o no, la potencialidad existe desde el momento de la concepción; por tanto, el argumento de la Corte cae por sí solo.

O'Connors señala que la selección del criterio de viabilidad para defender la "potencialidad" de vida del feto es enteramente arbitrario tanto como lo puede ser la selección de cualquier otro momento anterior o posterior a los que la Corte ha señalado. Ello nos lleva a la necesidad de buscar un argumento distinto para fundamentar, en su momento, la protección de la vida del feto que, al mismo tiempo garantice la protección de la salud de la mujer y su derecho a decidir sobre cómo y cuándo ha de ser madre.

Esta alternativa podría estar dada por la aplicación de la *Establishment Clause*.¹⁷⁷ Es decir, considerar una división de la gestación en la vigésima semana, antes de la cual la personalidad del feto es un asunto religioso, y después de este lapso, debe ser tratado como un asunto secular. El fundamento de esta división está en la semejanza que un feto de veintiún semanas o más de gestación tiene con una persona recién nacida, semejanza que no tiene uno de menor tiempo. Este parámetro tiene la ventaja de no estar sujeto a los adelantos de la ciencia médica y de apegarse al *Principio de Neutralidad*; de no contravenir las normas constitucionales; de adecuarse a las políticas

¹⁷⁶ Declaración citada en Milbauer, Bárbara, *The Law Giveth...*, *op. cit. supra* y en Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.* p. 203.

¹⁷⁷ Ello bajo la perspectiva manejada en la obra de Peter S. Wenz, *Abortions rights as religious freedom*, Philadelphia, Temple University Press, 1992, *passim*.

institucionales, a los ideales y tradiciones de Estados Unidos y que su justificación no encierra, en sí misma, una contradicción.¹⁷⁸

El debate, como ya mencioné, aún no está cerrado. Años después de la decisión en el caso *Roe*, una norma que permitía el aborto durante el segundo trimestre de embarazo, siempre que se practicara en un hospital, fue declarada inconstitucional, sentando un precedente (*Planned Parenthood Asociation vs Aschcoft*, 1983). En este caso se cuestionó si cualquier ley puede prevalecer sobre el término de viabilidad establecido por la Suprema Corte, que lo fijó entre las 24 y 28 semanas de la concepción.

Por otro lado, encontramos posturas en donde se sostiene que el derecho a la privacidad como fundamento de la decisión jurisprudencial en el caso *Roe vs Wade* es dudoso, pues en la Constitución de ese país no existe, como tal, ese derecho y, en todo caso, el aborto no es, en sí, un acto cuya privacidad pueda ser protegida por la norma constitucional. Según esta corriente, la elección de la interrupción se fundamenta con mayor éxito en la garantía de libertad contenida en la 40ª Enmienda, aunque se trata de una libertad que puede ser limitada a través de un *due process* por la propia Corte.¹⁷⁹

En la sentencia de la Suprema Corte que recayó en el caso *Webster vs Reproductive Health Services*, se señaló que las restricciones impuestas al aborto por las normas del Estado de Missouri no son inconstitucionales.¹⁸⁰

Nuevamente en 1990, en la decisión que recayó en el caso *Hudson vs Minnesota*, la Suprema Corte estableció que, tratándose de menores, se debería informar tanto al padre como a la madre antes de realizar el aborto. En la correspondiente al caso *Ohio vs Akron Center for Reproductive Health*, la Corte especificó que deberá ser un médico quien notifique al padre y a la madre de la menor las intenciones que ésta tienen de abortar.¹⁸¹

Finalmente, el 29 de junio de 1992, en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs Casey*,¹⁸² la Suprema Corte

¹⁷⁸ Estos criterios se encuentran ampliamente desarrollados en la obra de Wenz, Peter, *op. cit.*, *passim*.

¹⁷⁹ Para una mejor comprensión de esta corriente defensora de la libre elección, ver la obra citada en la nota anterior.

¹⁸⁰ V. capítulo IV.

¹⁸¹ Todo el caso *Roe vs Wade* y sus secuelas están ampliamente explicados en la obra, Weddington, Sara, *A Question of Choice*, *op. cit.*

¹⁸² Referencia 60 U.S.L.W. 4793 (1992). Para mayor información, V. "Court Reaffirms *Roe* but Upholds Restrictions". *Family Planning Perspectives*, vol. 24, núm. 4, julio-agosto de 1992, pp. 174 y ss.

nuevamente sostuvo que antes de determinarse la viabilidad del feto, la mujer tiene el derecho constitucional de recurrir al aborto. Sin embargo, las restricciones existentes en la legislación del Estado de Pensilvania¹⁸³ fueron sostenidas por las opiniones de los magistrados que votaron, en forma dividida, esta decisión: O'Connors, Kennedy, Souther, Stevens, Blackmun, Scalia y Rehnquist.

3. CANADÁ

En Canadá también se hizo intervenir a la Suprema Corte en un caso específico y la decisión de este órgano señaló que el artículo 251 del Código Criminal¹⁸⁴ es incompatible con la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades*, sobre todo, en lo relativo al "derecho a la seguridad de la persona" de la mujer embarazada. En esta decisión, según señala la juez Bertha Wilson, se colocó al aborto entre las decisiones personales y fundamentales que una mujer puede tomar sin la intervención del Estado. En todo caso, la decisión de la Suprema Corte de Canadá inclinó la balanza hacia los derechos fundamentales de la mujer, dejándole la evaluación de su situación real y las consideraciones de moral interna que sólo a ella atañen. Se apuntó claramente que la tarea del Estado es proporcionar los servicios de salud eficientes y ponerlos a la disposición de la mujer embarazada, de tal manera que su seguridad no se vea comprometida.¹⁸⁵

Sin embargo, vale la pena precisar que, en opinión de la propia juez Wilson, se resolvió el caso del Doctor Morgentaler sin atacar el problema de fondo. Es decir; se declaró simplemente la inconstitucionalidad de un norma, pero no se presionó para la elaboración de una nueva ley que equilibrara, en lo posible, los derechos de la mujer y la posible existencia de derechos del feto o la definición de su condición jurídica.¹⁸⁶

Con esta definición, en opinión de la juez Wilson, el debate se hubiera ubicado en el plano filosófico, ahí en donde hubiera hecho eco

183 Concretamente se hace referencia a las determinaciones de la *Pennsylvania Abortion Control Act* de 1982 y sus enmiendas de 1988 y 1989 a través de las cuales se requiere que la mujer que solicita un aborto dé su consentimiento informado, antes de la intervención y si se trata de una menor, este consentimiento lo deben dar quienes ejerzan la patria potestad; se le proporcione mayor información 24 horas antes de la intervención; si se trata de una mujer casada, se requiere también del consentimiento de su esposo.

184 Vallee, Madeleine, *op. cit.*, pp. 483-509.

185 *Idem.*

186 *Idem.*

en las conciencias, tanto a nivel individual como colectivo. Eco en el cual oímos otras voces provenientes del Canadá, enlazadas con esta decisión jurisprudencial, explicando cómo el útero se ha convertido en un bien propiedad del Estado y sus políticas de población en donde la voz masculina se escucha por encima de la femenina, cuando es imposible para cualquier varón imaginarse una respuesta adecuada a un dilema que no les concierne y el cual son biológica y psicológicamente incapaces de comprender; en donde oímos que la decisión de interrumpir o no el embarazo es una cuestión de conciencia individual que en razón de la libertad, debe prevalecer sobre la conciencia estatal. En otras palabras; es una cuestión de moral individual y no de moral pública.¹⁸⁷

Desafortunadamente, la voz de la juez Wilson y su eco se perdió en la explosión inicial ocasionada por el fallo de la Suprema Corte. Sin embargo, la decisión de esta mujer y su toma de posición, desde la judicatura, frente al derecho a la libertad de la conciencia de las mujeres, es un gran paso adelante, una gran victoria jurídica. Todavía prevalece el miedo de que la diputación federal, en su mayoría masculina, se apropie del derecho a decidir, una vez más, el destino de las mujeres.

4. ITALIA

En Italia se puede encontrar, como ejemplo de la intervención del órgano jurisdiccional más alto del país, la valoración a que fue sometida la ley número 194 de 1978, ante la Corte Constitucional. Ya con anterioridad, en la sentencia número 27 de 1975, se lee:

[...] es obligación del legislador proponer las medidas necesarias para impedir que el aborto se practique sin la certeza de la realidad y gravedad del daño o peligro que podría ocasionársele a la mujer embarazada si se continúa con la gestación; sobre la licitud del aborto se debe prever una valoración previa de las circunstancias señaladas para justificarlo.¹⁸⁸

¹⁸⁷ *Idem.*

¹⁸⁸ Folliero, María Cristina, "La legge n. 194 del 1978 nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Dal monito al controllo di come il monito sia stato attuato", *Giurisprudenza Costituzionale*, Milán, año XXIII, fasc. 9, julio-agosto de 1988, pp. 1379 y 1380.

El juicio de constitucionalidad de la norma citada valoró el poder decisorio de la voluntad, ya sea de la mujer menor de edad, como de la mujer casada.

5. ESPAÑA

El tribunal constitucional español señaló que la despenalización del aborto es "un caso límite en el ámbito del Derecho", afirmando que se trata de un tema en el que inciden ideas, creencias y convicciones morales, sociales y culturales.¹⁸⁹ Sin embargo, señala que el enjuiciamiento estrictamente jurídico debe hacer abstracción de todos esos considerandos a fin de conservar su imparcialidad y objetividad.

Respecto del derecho a la vida se señala que es "la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional", relacionado "indisolublemente" con el valor jurídico "fundamental" de la dignidad de la persona. En esta medida el *nasciturus* es un bien jurídico, tutelado por la Constitución española. Pero, ambos derechos están íntimamente relacionados con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En este contexto, la especificidad de la condición femenina y la concreción de los derechos aludidos en el ámbito de la maternidad, provocan una serie de conflictos con la protección otorgada al *nasciturus*. Continúa la sentencia, afirmando que ninguno de los dos derechos prevalece frente al otro, lo cual obliga al intérprete constitucional a

ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos, si ello es posible, o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.¹⁹⁰

Así, la norma en juicio será constitucional o inconstitucional en la medida en que se ajuste o no al resultado de esa valoración.

Son varias las sentencias del Tribunal Constitucional español que enfocan desde distintas perspectivas esta problemática. Tenemos la

¹⁸⁹ V. Vives Anton, Tomás S., "El problema del aborto consentido", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 15, núm. 15, septiembre-diciembre de 1985, p. 130.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 134.

dictada el 24 de marzo de 1982, por la Segunda Sección de la Audiencia de Bilbao, en donde se establece que:

es claro que la prohibición del aborto supone esencialmente una compulsión a la maternidad; el Estado, a través de tal prohibición, niega la libertad de la mujer para configurar sus condiciones de vida, se introduce en su esfera de intimidad y le conmina a aceptar las condiciones de vida que acompañan a la maternidad, el Estado puede llegar a condicionar, en tal forma y contra la voluntad de la mujer el desarrollo de su personalidad, lo que en principio es afectado por la prohibición del aborto es la intimidad y el desarrollo de la personalidad de la mujer y no su mera conformación corporal.¹⁹¹

Esta sentencia sostiene que la "vida en formación" no puede ser defendida a ultranza, pues entra en conflicto con principios constitucionales fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud (artículos 15 y 43.1), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1), a la libertad personal (artículo 17.1), a la intimidad (artículo 18.1); por tanto, se deben, desde la normatividad, jerarquizar estos valores.¹⁹²

Por otro lado, la sentencia del 11 de abril de 1985, dictada por el Tribunal Constitucional español, destaca otros derechos fundamentales que se encuentran vinculados con la maternidad voluntaria y el aborto. En ella se establece:

Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionada con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad y los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.¹⁹³

¹⁹¹ *Revista Mensual del Colegio de Abogados de Vizcaya*, febrero de 1982, p. 91, 5º considerando de la Sentencia que se cita.

¹⁹² *Idem*.

¹⁹³ V. la referencia de esta sentencia citada en *El proyecto de Ley Orgánica de modificación del artículo 417 bis del Código Penal de 1983*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1985, p. 86.

6. CORTE EUROPEA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La ley noruega sobre el aborto fue sometida ante la Corte Europea de Derechos Humanos para que este organismo señalara si la desincriminación del aborto bajo ciertas circunstancias, que contiene dicha ley, eran o no compatibles con la Convención Europea sobre Derechos Humanos en la parte relativa al derecho a la vida.

En virtud de que la parte promovente cometió varios errores procesales, la Corte no emitió su opinión, por lo cual aún queda sin precisarse el alcance del precepto de la Convención en donde se establece que el derecho a la vida de cada individuo debe ser protegido por la ley.

Sin embargo, esta misma Corte Europea de Derechos Humanos sí intervino, específicamente para proteger la vida y la salud de las mujeres, la salud de los hijos e hijas y la integridad familiar. Como es el caso del fallo de *Paton vs Reino Unido*, de 1980.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Cook, Rebecca, "Leyes y ...", *op. cit.*, p. 98.