

Legalización del aborto en la Corte mexicana: normas impugnadas y extractos de la sentencia

NORMAS IMPUGNADAS

Código Penal del Distrito Federal

Artículo 144

Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.

Artículo 145

Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.

Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, se le impondrá de uno a tres años de prisión.

Artículo 146

Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.

Para efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cual-

quier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión.

Artículo 147

Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

Ley de Salud del Distrito Federal

Artículo 16 Bis 6, tercer párrafo

Las instituciones públicas de salud del gobierno del Distrito Federal atenderán las solicitudes de interrupción del embarazo a las mujeres solicitantes aún cuando cuenten con algún otro servicio de salud público o privado.

Artículo 16 Bis 8, último párrafo

El gobierno del Distrito Federal otorgará servicios de consejería médica y social en materia de la atención a la salud sexual y reproductiva, funcionando de manera permanente con servicios gratuitos que ofrecerán la información,

difusión y orientación en la materia, así como el suministro de todos aquellos métodos anticonceptivos cuya eficacia y seguridad estén acreditadas científicamente. Asimismo, proporcionarán a la mujer que solicite la interrupción de su embarazo la información a que se refiere el último párrafo del artículo 148 del Código Penal para el Distrito Federal. Los servicios de consejería también ofrecerán apoyo médico a la mujer que decida practicarse la interrupción del embarazo después del procedimiento de aborto, particularmente en materia de planificación familiar y anticoncepción.

SENTENCIA (extractos)¹

OCTAVO. Planteamientos de fondo en relación con la existencia y naturaleza del derecho a la vida.

I. ¿Se encuentra el derecho a la vida contemplado por la Constitución mexicana?

El primer problema a tratar antes de enfocarnos a cada uno de los argumentos particulares contenidos en los conceptos de invalidez, se refiere a si efectivamente la Constitución reconoce o no un derecho a la vida y, de ser así, cuáles serían sus fundamentos normativos.

Es claro que, de una primera lectura de la Constitución Mexicana, no encontramos de manera expresa en ninguna parte de la misma el establecimiento de un derecho específico a la vida, el valor de la vida, o alguna otra expresión que permita determinar que la vida tiene

una específica protección normativa a través de una prohibición o mandato dirigido a las autoridades del Estado.

A) Sin embargo, en contra de este primer análisis puramente positivo, se argumenta, en primer término, que no es necesaria la existencia expresa del derecho, ya que éste es presupuesto lógico u ontológico de la existencia de todos los demás, lo que le otorga un condición preeminente, como derecho “esencial” o “troncal” frente a estos, ya que sin la existencia del derecho a la vida no tiene cabida ningún otro derecho. Al descomponer este argumento, nos percataremos que el mismo tiene dos partes claramente distinguibles: una estrictamente lógica en la que se establece una proposición condicional (concretamente una condición necesaria) en la que se afirma que si no se está vivo no se puede disfrutar ningún derecho y otra –la conclusión extraída de la primera afirmación– más bien valorativa, en la que se dice que la vida es más valiosa que cualquiera de esos otros derechos fundamentales.

De este modo, del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos no se puede válidamente concluir que debe considerarse a la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos. En otros términos, podemos aceptar como verdadero que si no se está vivo no se puede ejercer

ningún derecho, pero de ahí no podríamos deducir que el derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho. Aceptar un argumento semejante nos obligaría a aceptar también, por ejemplo, que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida porque lo primero es una condición de lo segundo.

Asimismo, este argumento no distingue entre la naturaleza de los derechos y sus condiciones de ejercicio. Es evidente que si no existe un individuo vivo, no hay posibilidad de que se ejerzan los derechos establecidos constitucionalmente, pero de ahí no se sigue que la vida sea condición *de existencia* de los demás derechos, menos aún la necesidad de otorgarle una posición lógicamente preeminente frente a los demás. Aceptar un argumento semejante destruiría la naturaleza relacional de los derechos fundamentales, así como su fundamento democrático. Los derechos fundamentales se establecen para limitar el ejercicio de los derechos de la mayoría sobre la minoría, pero no para la expresión de un último valor fundamental del Estado el cual devenga intangible jurídicamente. Este alto tribunal ya lo ha refrendado en precedentes y tesis aplicables: los derechos fundamentales no son, en ningún caso, absolutos. [...]

De este modo, desde la Quinta, pasando por la Octava, así como

en la Novena Época, esta Suprema Corte de Justicia ha aceptado y afinado progresivamente el criterio de que los derechos fundamentales, o garantías individuales, no son derechos absolutos y admiten la posibilidad de modulación. De este modo. Si el derecho a la vida se encontrara reconocido expresamente en la Constitución este sería, de cualquier forma, un derecho relativo y, en consecuencia, tendría que ser un derecho armonizable con otro conjunto de derechos.

Hasta este momento, sin embargo, no se aprecia el establecimiento de un derecho a la vida a nivel constitucional y, por ende, en este momento no resulta apropiado hacer un pronunciamiento sobre el mecanismo mediante el cual este hipotético derecho pudiera oponible al resto de los derechos constitucionales.

B) En segundo término, se argumenta que la misma falta de mención por parte de la Constitución del término vida justamente implica su protección. Esto es así, se sigue diciendo, ya que con la reforma a los artículos 14 y 22 de la Constitución de nueve de diciembre de dos mil cinco, se eliminó el término vida relacionado con la posibilidad de aplicación de la pena de muerte mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, así como los supuestos previamente considerados en el

artículo 22 de la Constitución. Esta reforma reflejaría entonces la concepción del constituyente de que la vida tiene que ser protegida como un *valor superior*. Sobre este punto particular conviene hacer las siguientes consideraciones.

Los trabajos que llevaron hacia la eliminación de la pena de muerte comienzan en mil novecientos ochenta y ocho, y es después de quince iniciativas diversas que se llega a la opción final de eliminación. La eliminación de la pena obedece a la existencia de obligaciones en derecho internacional en materia de derechos humanos para ajustarse a la tendencia internacional respecto de la abolición de la pena de muerte. En este sentido, el instrumento aplicable es la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 4º, cuarto párrafo, así como los ajustes de derecho interno para la incorporación y aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Esta es la motivación que se desarrolla de manera extensiva en la exposición de motivos y los diversos trabajos preparatorios, más que un razonamiento acerca de la existencia de un derecho general y absoluto a la vida.

Adicionalmente, si la intención del órgano de reforma de la Constitución hubiera sido establecer algo tan relevante como un derecho general y absoluto a la vida,

lo hubiera establecido de manera expresa y no hubiera dejado lugar a suposiciones y especulaciones sobre el fundamento de la reforma constitucional específica sobre la pena de muerte. En este sentido, y utilizando un *argumento general de coherencia*, el Estado mexicano también hubiera retirado su declaración interpretativa sobre el primer párrafo del artículo 4to de la Convención Americana, la cual, sin embargo, sigue en vigor. [...]

[L]a Constitución, no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo, pero establece que una vez dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de promoverla y desarrollar condiciones para que todos los individuos sujetos a las normas de la Constitución aumenten su nivel de disfrute y se les procure lo materialmente necesario para ello.

De este modo, aceptando la existencia de un bien constitucional e internacionalmente protegido en los términos hasta ahora expuestos: expresado en la prohibición del Estado de establecer sanciones penales de privación de la vida o de ejecutar sanciones que tuvieran ese efecto de manera arbitraria, y como derecho en un sentido relativo e interdependiente con los demás derechos, no podemos encontrar ningún fundamento constitucional o internacional para un mandato de penalización de su

afectación que permitiera sostener que existe una obligación del legislador para el establecimiento o mantenimiento de un tipo penal específico.

Hay que hacer énfasis en este último elemento, central para el problema que estamos analizando, ya que no es posible jurídicamente sostener la existencia de conductas malas en sí mismas (mala in se), sino sólo conductas prohibidas (mala prohibita). Lo prohibido penalmente se entiende como una conducta considerada perjudicial socialmente, pero no es posible aceptar de ningún modo la existencia de una obligación prejurídica o que, encontrándose más allá del mismo derecho, determine cuáles son las conductas que debieran estar penalizadas en un momento histórico determinado.

Así, dentro de un hipotético catálogo de conductas que el legislador se encuentra facultado para penalizar, él mismo puede decidir discrecionalmente cuales de ellas penalizar siempre y cuando lo haga mediante los procedimientos y respete las limitaciones de contenido establecidas por ciertos derechos fundamentales. Debemos dejar en claro, sin embargo, que la mera existencia de un derecho fundamental no implica la obligación de la penalización de una conducta que lo afecte. Si bien antes de la existencia de los derechos fundamentales constitucionalizados el derecho penal era

la única fuente primaria de protección de derechos individuales, mediante el establecimiento de bienes jurídicos protegidos, de ello no se sigue que una vez que los derechos adquieren rango constitucional y se establecen los medios para su protección, estos deban tener obligatoriamente una expresión penal para su protección.

De este modo, el sentido de las conductas establecidas positivamente en la Constitución en relación con el legislador penal sólo puede ser de tres tipos: a) conductas que el legislador está constitucionalmente obligado a penalizar (obligación o mandato); b) conductas para las que está facultado para hacerlo sin que esto implique la existencia de una obligación para ello (facultamiento sin mandato); y, c) conductas que tiene prohibido penalizar (prohibición). Lo anterior no significa que el legislador sea absolutamente libre para despenalizar conductas, existen claros límites constitucionales, como el establecimiento de una descriminalización discriminatoria en términos del artículo 1° de la Constitución Federal o que la o [sic] criminalización de la conducta se haga mediante ley privativa; además debe satisfacer los requisitos procedimentales y orgánicos y obedeciendo a un facultamiento previo.

En este sentido, existen numerosos ejemplos de despenalización de conductas en el ordenamiento

jurídico mexicano que no han sido de ninguna manera problemáticos. [...]

De este modo, al no encontrar ningún mandato constitucional específico para la penalización de todas estas conductas, no parece existir ninguna razón jurídicamente argumentable que nos indique no hay potestad suficiente para despenalizar aquellas conductas que han dejado de tener, a juicio del Legislador democrático, un reproche social. Solamente contando con aquellos elementos que constitucionalmente ordenan la penalización de las conductas, referidos en el desarrollo de esta resolución, podríamos considerar que existen las herramientas para limitar la determinación del legislador democrático de que una conducta particular deba dejar de estar penalizada.

Es el legislador democrático el que tiene la facultad de evaluar los elementos para regular, o desregular, una conducta específica. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal cuenta entonces con las facultades para determinar, por la mayoría de sus integrantes y mediante un debate abierto, las conductas que en el ámbito penal deban ser o no reprochadas y, dada la ausencia de una obligación constitucional expresa, es su responsabilidad realizar el balance de los diversos hechos, problemas y derechos que puedan encontrarse en conflicto. [...]

II. ¿Violan las disposiciones impugnadas el principio de igualdad?

A) En cuanto al problema planteado en primer lugar, relacionado con la igualdad entre hombre y mujer, resulta necesario realizar una serie de distinciones. La primera distinción importante es entre la libertad sexual y la libertad reproductiva, el argumento que señala que el derecho del artículo 4º se ejerce antes de la procreación, parece subsumir la primera en la segunda y por tanto ignora que la protección de los derechos básicos de las personas incluye dimensiones de la sexualidad que nada tienen que ver con las que están destinadas a proteger un ámbito de decisión respecto a la cuestión de tener o no tener descendencia.

Del mismo modo, el argumento pasa por alto que el derecho a ser padre o madre no es conceptualmente referible a un derecho de exclusivo ejercicio colectivo. Una de las vías de establecimiento de la paternidad o de la maternidad es la adopción, y el Código Civil del Distrito Federal —por señalar sólo las reglas vigentes en el ámbito normativo que las impugnaciones toman como referencia— permite la adopción tanto por parte de una pareja como por parte de una persona en lo individual.

Finalmente, el argumento acerca del derecho de las personas del sexo masculino a ser padres parece desconocer la diferencia entre

lo que las personas pueden hacer y lo que tienen derecho a imponer a los demás, o al Estado, así como el hecho de que las normas analizadas están destinadas a establecer el criterio que debe primar en casos de desacuerdo. Como es natural, los casos en los que resultará relevante o necesario remitirse al contenido de normas jurídicas ahora bajo análisis son aquellos en los que hay desacuerdo entre la persona que puede verse involucrada en la continuación de un embarazo no deseado y otras personas: casos en los que lo determinado por la norma es quién puede vetar la decisión de quién. La decisión del legislador local de establecer la regla según la cual la decisión final en estos casos recae en la persona del sexo femenino portadora de un embrión no deseado no es discriminatoria, ni por tanto irrazonable, porque responde a la clara diferencia de su posición frente a la de cualquier otra persona (i.e. la persona del sexo masculino que estima haber tenido participación en la creación de ese embrión, o cualquier tercera persona). La continuación del embarazo no deseado tiene consecuencias distintivamente permanentes y profundas para la mujer, con independencia de que cuente con el apoyo de otras personas en su continuación y después en el cuidado y la educación del niño, y es esa afectación asimétrica al plan de vida lo que establece la base para

el trato distinto que el legislador consideró al otorgarle a ella la decisión final acerca de si el embarazo debe o no ser interrumpido, y lo que no hace irrazonable negar al participante masculino la capacidad para tomar esta decisión.

La afectación de la mujer y del hombre es distinta no solamente porque, como hemos señalado, hay consecuencias del embarazo no deseado que sólo recaen en la mujer que lo experimenta, sino porque, aunque hay otras cargas que potencialmente podrían ser asumidas por los participantes masculinos, su garantía por parte del ordenamiento jurídico es imperfecta.

En efecto, la posibilidad futura de abrir un proceso judicial orientado a que cierta persona sea reconocida como padre de un menor, o contribuya económicamente al sostenimiento de sus necesidades es una demasiado incierta e imperfecta para anular la asimetría original que existe entre la posición de la madre y el padre potencial de un modo que justifique la invalidación de la regla general que le permita la toma de decisión a la madre potencial.

Finalmente, es preciso señalar que, incluso si faltaran las anteriores razones normativas que apoyan la conclusión de que la decisión tomada después del debate democrático por parte del legislador local ni es discriminatoria ni limita un supuesto derecho a la procreación, este último derecho

presenta enormes dificultades a la hora de reconocer su ejercicio. En el momento inicial de decidir si un embarazo continúa o no, tiene también relevancia el que antes de las doce semanas es muy difícil establecer legalmente que una persona en particular es efectivamente el padre potencial. Esto es relevante no sólo en el contexto de legislaciones que exigen consentimiento previo del participante masculino, sino también para las que exigen que sea consultado, aun sin concederle el poder de tomar la decisión final, y abona la conclusión de que los argumentos sobre la falta de razonabilidad de la medida adoptada por el legislador local son infundados.

B) En relación al último argumento, este Tribunal considera que no existe ninguna obligación constitucional para que el legislador local establezca un régimen especial cuando la que desea interrumpir el embarazo es menor de edad. Las cuestiones de titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales prestacionales consagrados en la Constitución no son necesariamente las mismas que rigen el ejercicio de todos los derechos, en particular la capacidad civil. Lo importante, en este caso por consiguiente, no es la edad biológica de una persona, sino el contexto de condiciones en las que el ordenamiento jurídico bajo examen sitúa el ejercicio de su autonomía.

Este tribunal no encuentra motivos para concluir que la legislación impugnada contraviene imperativos constitucionales de protección en la cuestión bajo análisis. No hay motivos para pensar que el legislador debía haber distinguido expresamente el caso de las menores de edad de la regla general prevista y que no haberlo hecho las discrimine en el ejercicio de algún derecho. No hay motivos para pensar que las reglas sobre consentimiento informado aplicables a la generalidad de los casos no son adecuadas para los casos destacados en los conceptos de invalidez. Los servicios de consejería previstos en las normas de la Ley de Salud del Distrito Federal son extensos y detallados, suficientes a nuestro juicio para cubrir adecuadamente las necesidades que plantea un aborto de menores, quienes, además, están en su contexto mencionadas como sujetos de especial atención.

En cualquier caso, para esta Corte resulta determinante en el punto bajo análisis lo que hemos destacado anteriormente en otros apartados de esta resolución: cualquier declaración de inconstitucionalidad (en este caso por omisión) equivaldría a una decisión repenalizadora por parte de la Corte: supondría añadir condiciones o obstáculos a lo que los ciudadanos pueden hacer libres de la amenaza del derecho penal,

y eso es algo que, por las razones subrayadas con anterioridad, este tribunal considera que corresponde de manera directa al legislador democrático local definir cuales son las conductas que deben ser penali-

zadas en el caso; el establecimiento de las medidas prestacionales relacionadas no puede generar la inconstitucionalidad de un decisión del legislador democrático como la que en este caso se analiza. ■

Notas y referencias bibliográficas

¹ Acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, de 27 de agosto de 2008. La versión íntegra, con los votos concurrentes y particulares, puede consultarse en: <http://www.informa.scjn.gob.mx/sentencia.html>. Se omiten las notas a pie de página.