



# **más sobre el aborto •**



## **Interpretar la "protección de la vida"**<sup>1</sup>

Rebecca J. Cook

### **Introducción**

**C**ada vez es mayor el número de estados de la República Mexicana que tienen reformas constitucionales que protegen la vida desde el momento de la concepción (GIRE 2010; Madrazo 2010). Estas reformas son parte de una estrategia de contragolpe para limitar la influencia y la expansión de las leyes liberales que permiten el aborto, como la reforma legislativa que se dio en la ciudad de México y la subsiguiente decisión de la Suprema Corte de Justicia de ratificar dicha reforma (Madrazo 2009: 268). Sin embargo, aún está por verse cómo le irá a dichas reformas constitucionales estatales frente a la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

El propósito de este ensayo es explorar el tipo de cuestionamientos de carácter legal que pueden ser de utilidad para determinar el contenido y significados de dichas reformas. Se basa en una visión general un tanto somera de la forma en la que los tribunales internacionales y regionales de derechos humanos y las cortes y tribunales constitucionales han interpretado disposiciones similares y cierta literatura relevante al tema. Permítaseme enfatizar que este ensayo es de carácter exploratorio, y sólo pretende sugerir algunas líneas de investigación legal que pueden ser necesarias para la interpretación de dichas reformas. Asimismo, está dirigido a un público mexicano, para que él mismo determine cuánto de lo aquí expuesto puede ser útil en su contexto nacional.

<sup>1</sup> Esta es una versión revisada del ensayo presentado en el Seminario "Protección a la vida, aborto y derechos humanos", el 30 de agosto de 2010, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, organizado por GIRE y el Instituto de Investigaciones Jurídicas. La autora desea agradecer a Luisa Cabal, Bernard Dickens, Sandra Dugham, Joanna Erdman, Linda Hutjens, Anna Pippus y Verónica Undurraga por su ayuda y comentarios sobre versiones previas de este ensayo.

## Disposiciones para la protección de la vida prenatal

¿Qué tan similares son las disposiciones de protección a la vida prenatal que pueden hallarse en diferentes constituciones y tratados de derechos humanos en cuanto a su redacción y la forma en que se aplican? ¿Acaso tienen sólo valor simbólico, o sí tienen en realidad consecuencias legales y materiales en la forma en la que se trata a las mujeres embarazadas y se manejan los embarazos? ¿Expresan derechos, reglas o valores relativos a la vida prenatal? De ser así, ¿cómo conciliar estos derechos, reglas o valores con los derechos de las mujeres embarazadas? ¿Se han aplicado de forma positiva para exigir a los Estados que proporcionen cuidados y nutrición prenatales para las embarazadas, como ácido fólico? ¿O sólo se han aplicado de manera negativa para exigir la criminalización del aborto?

Las disposiciones constitucionales que protegen la vida prenatal existen en diversos países del mundo, como Chile,<sup>2</sup> Irlanda<sup>3</sup> y las Filipinas.<sup>4</sup> Cuando se considera hacer reformas constitucionales, surgen intentos predecibles de incluir disposiciones sobre protección prenatal, algunas de las cuales llegan a tener éxito, como en el caso de Kenia.<sup>5</sup> En Chile, Verónica Undurraga está realizando investigación acerca de las obligaciones tanto negativas como positivas que están implícitas en la protección de la vida antes del nacimiento como norma constitucional (Undurraga 2011).

<sup>2</sup> El artículo 19 (1.2) de la Constitución chilena establece que "La ley protege la vida del que está por nacer".

<sup>3</sup> La octava reforma a la Ley Constitucional (del 7 de octubre de 1983) garantiza la defensa y vindicación del "derecho a la vida del nonato [...] con la debida consideración al derecho a la vida de la madre".

<sup>4</sup> La Constitución filipina, adoptada en 1987, establece en el artículo 2, fracción 12, que el Estado deberá "proteger por igual la vida de la madre y la vida del nonato desde la concepción".

<sup>5</sup> La Constitución de Kenia, adoptada en agosto de 2010, incluye las siguientes disposiciones relevantes:

Artículo 23:

Toda persona tiene derecho a la vida.

La vida de una persona empieza desde la concepción.

Las personas no podrán ser privadas de la vida de manera intencional, excepto en el rango autorizado por esta Constitución o por cualquier otra ley escrita.

El aborto no está permitido a menos que, según la opinión de un médico capacitado, sea necesario un tratamiento de emergencia, o si la vida o salud de la madre está en riesgo, o si está permitido por alguna otra ley escrita.

Artículo 43: Toda persona tiene derecho a (a) los estándares de salud más altos posibles, que incluyen el derecho a servicios de salud, entre ellos cuidados de salud reproductiva [...].

Es necesaria la investigación acerca de la forma en la que las cortes y tribunales aplican el principio de proporcionalidad para determinar si las mujeres son sujetas a cargas desproporcionadas. Al usar un análisis de la proporcionalidad del derecho a la vida privada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó recientemente que la prohibición del aborto en Irlanda, excepto en casos en los que sea necesario para preservar la vida de la embarazada, es congruente con el derecho a la privacidad establecido por la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>6</sup> El tribunal, por su parte, siguió resistiéndose a aceptar una interpretación del derecho a la vida que aplicara a la vida antes del nacimiento, reafirmando su postura en su decisión relativa a Francia y explicando que "si el nonato tiene 'derecho' a la 'vida', este está implícitamente limitado por los derechos e intereses de la madre [...] Las instituciones de la Convención no han [...] descartado la posibilidad de que en ciertas circunstancias se puedan extender algunas salvaguardas al nonato".<sup>7</sup>

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene un caso pendiente contra Costa Rica por su prohibición de un tratamiento de infertilidad por fertilización in vitro debido a la potencial pérdida de los embriones.<sup>8</sup> En este caso, una decisión podría permitirnos predecir la forma en la que la Comisión interpretará la disposición sobre el derecho a la vida de la Convención Americana, la cual establece que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, desde el momento de la concepción" (Artículo 4[1]). Dicha decisión dará mayores indicativos de cómo podría equilibrar la Comisión el derecho a la protección de la vida desde la concepción con otros derechos.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Caso A., B. y C. *vs* Irlanda, solicitud núm. 25579/05, 16 de diciembre de 2010 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Véase el *amicus* presentado para este caso por R. J. Cook, J.N. Erdman y C. Zampas, en: [http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/ABC\\_v\\_Ireland\\_briefFINAL\\_PDF.pdf](http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/ABC_v_Ireland_briefFINAL_PDF.pdf).

<sup>7</sup> Caso *Vo vs* Francia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 8 de julio de 2004, párrafo 80.

<sup>8</sup> Ana Victoria Sanchez Villalobos y otros *vs* Costa Rica, caso núm. 12.361, pendiente frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Véase próximamente en la página web del International Reproductive Health Law Programme de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto ([http://www.law.utoronto.ca/visitors\\_content.asp?itemPath=5/12/12/0/0&contentId=1643](http://www.law.utoronto.ca/visitors_content.asp?itemPath=5/12/12/0/0&contentId=1643)) el *amicus* para este caso presentado por R. J. Cook, B. M. Dickens y S. Dugham, del 29 de septiembre de 2009.

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso 2141, resolución núm. 23/81 del 6 de marzo de 1981.

En las Filipinas, se han realizado investigaciones de fondo que han vertido luz sobre la forma en la que la prohibición penal del aborto y la disposición constitucional sobre la protección a la vida del nonato han dañado a mujeres, hijos y sus familias (Center for Reproductive Rights 2010). ¿Acaso estas proporcionan un modelo de cómo deben llevarse a cabo estudios similares en otros países para entender cómo las prohibiciones y disposiciones afrentan los derechos humanos de las mujeres y de los hijos ya que tienen?

Se requiere hacer una mayor investigación acerca del significado de las disposiciones constitucionales y las decisiones de los tribunales que las interpretan para determinar qué tipos de protección del feto sí se requieren en realidad. En la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua hay un caso pendiente que podría verter luz en el contexto de dicho país.<sup>10</sup> En el contexto de Francia, los cuestionamientos incluyen el siguiente: ¿qué obligaciones fluyen de la decisión de 1975 del Consejo Constitucional francés que exigen "respeto para todos los seres humanos desde el comienzo de la vida"?<sup>11</sup>

### **Fundamentos de las definiciones de vida**

¿La constitución exige respeto a la pluralidad y a las diferentes creencias en relación al comienzo de la vida y el valor de la vida prenatal en las distintas etapas de gestación? ¿Todas las denominaciones religiosas comparten la idea de que la vida comienza al momento de la concepción? Si sólo la comparte una fe religiosa, ¿es permisible en una sociedad democrática que la constitución proteja esa fe y excluya a todas las demás?

La oposición al aborto tiene una historia larga, pero las percepciones de lo que constituye un aborto han evolucionado con rapidez en los últimos tiempos. La percepción histórica era que el embarazo comenzaba cuando la madre sentía los primeros movimientos del feto, lo cual suele ocurrir cerca del final del primer trimestre de gestación. A consecuencia de que el conocimiento sobre la reproducción humana evolucionó progresivamente a finales del siglo XIX, la iglesia católica decidió revisar su definición de la

<sup>10</sup> Coadyuvancia al recurso de inconstitucionalidad No. 38-2008 interpuesto el 15 de julio del 2008 en contra de los artículos 143, 144 (primer párrafo), 148 y 149 de la Ley 641 de 2008.

<sup>11</sup> Véase la resolución del Conseil Constitutionnel francés de 1975, fracción 9, disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/74-54DC-a7454dc.pdf>.

vida en 1869. Bajo este edicto, la iglesia creía que la vida humana comenzaba al momento de la concepción (Mason 1998: 109). Sin embargo, el creciente conocimiento sobre biología reproductiva sugiere que la fertilización ocurre antes de la concepción. La concepción se reconoce a nivel médico como la implantación de un óvulo fertilizado en la pared uterina, o en otras palabras el principio del embarazo (FIGO 2009: 75). Ahora, en cambio, la iglesia considera que la fertilización es el comienzo de la vida humana que debe protegerse (Sulmasy 2006). Centros de investigación e investigadores biomédicos han jugado un papel primordial en la resistencia contra las interpretaciones religiosas del derecho la vida, o lo que en el contexto judicial ha sido denominado teopsicología.<sup>12</sup> En otras palabras, estos investigadores biomédicos juegan, en la inquisición moderna a las mujeres, un papel análogo al que Galileo trató de jugar frente a la inquisición durante el siglo XV, al separar la ciencia de las escrituras y revelaciones divinas de los líderes religiosos (Sobel 2000).

¿Cómo puede la investigación legal poner en evidencia los fundamentos religiosos de estos argumentos y analizar la eficacia del razonamiento judicial para refutar los argumentos que están basados en la religión y no en los desarrollos científicos? Hay sinnúmero de casos en las cortes y tribunales —muchos de ellos en el contexto de la anticoncepción de emergencia (Cárdenas 2009)— respecto a si deben adoptarse doctrinas religiosas sobre el principio de la vida humana, como en Chile,<sup>13</sup> o conocimientos científicos sobre el embarazo, como en Gran Bretaña (véase el caso *Smeaton vs Secretary of State for Health*). Al decidirse que la anticoncepción de emergencia no se considera aborto, según la Ley de Delitos contra las Personas de 1861, el juez Munby explicaba que:

Para aquellos que ven estas cuestiones en términos religiosos surgen cuestionamientos religiosos y teológicos de gran y —para algunos— trascendente importancia. Pero debo enfatizar que, en lo que a la corte le concierne, este caso no tiene nada que ver con moralismo o creencias religiosas. La cuestión que debo decidir no es si la venta y uso de la píldora del día siguiente es buena o mala en términos morales o religiosos [...] Lo que debo determinar es si constituye un delito según la Ley de 1861 (párrafo 46).

<sup>12</sup> Véase el caso *Smeaton vs Secretary of State for Health* de 2002 en el Reino Unido.

<sup>13</sup> Véase la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile núm. 740 del 28 de abril de 2008, disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/914>.

El juez Munby explicaba que "los días en los que el trabajo de los jueces era hacer cumplir las creencias religiosas y morales han terminado" (párrafo 48).

Más recientemente, en 2010, el Tribunal Constitucional de Portugal (acuerdo núm. 75/2010) ratificó la constitucionalidad de una ley de 2007 que da a la mujer capacidad de decidir interrumpir un embarazo durante las primeras diez semanas de gestación, siempre y cuando reciba orientación psicológica y pase un periodo de reflexión de tres días (Ley 16/2007). Sin que surgieran dudas a partir razonamiento del Tribunal Constitucional de España, su análogo portugués explicó que el nonato no es titular de derechos según la cláusula sobre la vida de la Constitución portuguesa (art. 24), sino que debe protegérsele como valor objetivo (Rubio Marín 2011).

#### **Personalidad jurídica de las mujeres<sup>14</sup>**

¿De qué forma detracta la personificación de fetos e incluso embriones, según la idea de la protección de la vida desde el momento de la concepción, a la personalidad jurídica de las mujeres en cuyos cuerpos se desarrollan? (Cherry 1999: 245).

Como ya se ha visto, algunas constituciones protegen de manera explícita la vida prenatal. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Argentina prohibía el uso de anticoncepción de emergencia en 2002, y le daba protección legal absoluta al óvulo fertilizado previo a la implantación, basando su razonamiento en doctrinas religiosas expresadas en la constitución nacional que establecen que la vida comienza al momento de la concepción.<sup>15</sup> Los detractores del aborto invocan disposiciones genéricas que reconocen "el derecho a la vida" para prohibir o restringir el aborto, sin tomar en cuenta las necesidades de las mujeres.<sup>16</sup> En Alemania, el Tribunal Constitucional sostenía que el derecho a la vida requiere que el Estado proteja al feto y evite que sea abortado.<sup>17</sup> Sin embargo, esta defensa creó una

<sup>14</sup> Esta sección se basa en la sección "Diminishing the Personhood of Women" de Cook y Howard (2007: 1087-1090).

<sup>15</sup> Portal de Belén, Asociación sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo, 5 de marzo de 2002, Recurso de Amparo, p. 709. XXXVI (Corte Suprema de Argentina), citado en Melzi (2005).

<sup>16</sup> Caso Christian Lawyers Ass'n vs Minister of Health, 1998 (4) SA 1113 (Corte Suprema de Sudáfrica, División de la Provincia de Transvaal) en 1117.

inconsistencia legal al darle al feto derechos en contra de los de su madre, a pesar del hecho de que ni la ley civil ni la penal le reconocen derechos a este sobre daños provocados por terceros.<sup>18</sup> Esta decisión sirvió sólo para reforzar la perspectiva de que reproducirse y velar por el bienestar de los niños es responsabilidad exclusiva de las mujeres.

La Corte Constitucional de Colombia, al declarar la prohibición penal de todos los abortos anticonstitucionales, reconoció el valor constitucional de la vida, que incluye la vida fetal. Sin embargo, la Corte distinguió entre el valor de la vida y el reclamado derecho a la vida. Se resolvió que el derecho a la vida se limita a los seres humanos nacidos, mientras que el valor constitucional de la vida puede proteger al feto antes de su nacimiento. La Corte explicó que el Estado puede proteger la vida prenatal, pero sólo en formas que sean compatibles con los derechos de las mujeres: "la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos".<sup>19</sup>

La idea de una persona contenida dentro del cuerpo de otra plantea la posibilidad de que los intereses de una entren en conflicto con los de la otra. La práctica médica benigna se enfoca en la sinergia de intereses entre madre y prole, de modo que el bienestar de una contribuya al de la otra.<sup>20</sup> Ahora mismo hay un caso pendiente frente a la Corte Europea de Derechos Humanos, en el que a una mujer se le negó el cuidado apropiado y necesario para tratar una colitis ulcerosa porque estaba embarazada, provocándole la muerte.<sup>21</sup> Su muerte y la del feto se podrían haber evitado si le hubieran tratado el padecimiento, sin que hubiera riesgos para el feto.

<sup>17</sup> Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Tribunal Constitucional Federal de Alemania] 25 de febrero de 1975, 39, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] 1 (F.R.G.), traducido al inglés en Gorby y Jonas (1976).

<sup>18</sup> Para una descripción de los elementos de la decisión del Tribunal Federal de Alemania, véase el texto del fiscal de distrito Jeremy Telman (1998: 91).

<sup>19</sup> Para un análisis del trato a los fetos como personas que la Constitución colombiana daba antes de esta sentencia de 2006, véase Morgan (2005).

<sup>20</sup> Sobre el tema de formas de tratar la relación madre-feto, véase King (1991:604-605).

<sup>21</sup> Caso *Z vs Polonia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, solicitud núm. 46132/08.

El conflicto materno-fetal surge cuando las mujeres embarazadas requieren medicamentos o tratamientos, como quimioterapia, que pueden dañar la vida embrionaria o fetal. Un conflicto similar puede surgir cuando la mujer se rehúsa a recibir un tratamiento que es necesario para salvar la vida del feto.<sup>22</sup> ¿Qué enseñanzas se derivan de estos casos acerca de cuál es la mejor forma de compaginar los derechos de las mujeres con los cuidados comprensivos, independientemente del embarazo?

La caracterización del "conflicto materno-fetal" trae consigo el riesgo de generar percepciones simplistas y polarizadoras de que las "feministas" favorecen a las madres por encima de los fetos, y de que los partidarios de la postura "pro vida" favorecen a los fetos por encima de las madres. Estas percepciones en conflicto pueden resolverse de diferentes formas en situaciones individuales. Sin embargo, atribuir derechos o intereses a los nonatos<sup>23</sup> resta importancia al reclamo de autonomía de las mujeres embarazadas o que pueden estarlo, en comparación con los reclamos de aquellos que no pueden embarazarse. Una mujer que pone sus propios intereses por encima de los del ser que está gestando o que podría gestar recibe el estigma de ser egoísta, autoindulgente, insensible o ignorante en relación al daño que sus acciones provocan en el nonato. A dichas mujeres se les considera individuos menos valiosos que aquellas que están dispuestas u obligadas a subordinar sus propios intereses a los de la prole que se espera que engendren (Burris 2002; Kumar, Hessini y Mitchell 2009).

El discurso de los derechos fetales ignora la particularidad de las necesidades biológicas y situaciones socioculturales de las mujeres cuando toman decisiones fundamentales que cambian sus vidas. Muestra una profunda falta de comprensión de las experiencias de las mujeres desde una perspectiva de género y de las desventajas sistemáticas a las que se enfrentan. Eileen Fegan y Rachel Reobuché explican que "el argumento moral [...] se construye en términos pseudoreligiosos de la 'preservación de la vida fetal', sin reconocimiento alguno de que la negación del libre albedrío de las mujeres es también un asunto moral, con implicaciones que ameritan un análisis mucho más profundo" (Fegan y Reobuché 2003).

<sup>22</sup> Véase, por ejemplo, el caso *Jefferson vs Griffin Spalding County Hospital Authority*, 274 S.E.2d 457, 460 (Ga. 1981).

<sup>23</sup> Para un análisis de los factores que son relevantes para determinar cuándo se le deben atribuir derechos a los nonatos, véase Steinbock (1992: 9-41).

Este discurso intenta eliminar los derechos fundamentales de las mujeres a la vida, la dignidad y la igualdad. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW 1979) requiere que los Estados miembro aseguren que las mujeres "dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente" (CEDAW 2004), los cuales incluyen una seria falta de respeto por el albedrío moral de las mujeres basada en "la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres" (CEDAW 1979: art. 5[a]; *vid.* Cook y Cusack 2010: 85-89).

### **La dignidad como norma constitucional**

¿Cuáles son los diferentes significados de la dignidad como norma constitucional, y cómo se han aplicado para encontrar un equilibrio razonable entre la protección de la vida prenatal y los derechos de las mujeres?

En el contexto de los derechos humanos internacionales, la dignidad se enmarca como un derecho negativo que debe librarse de un trato que la niegue. El Comité de Derechos Humanos declaró a Perú responsable cuando un hospital gubernamental le negó a una adolescente embarazada de un feto anencefálico el acceso a los servicios para la interrupción del embarazo a los que tenía derecho por ley (caso *K. L. vs Peru*) (ONU 2005). Para proteger la vida prenatal a cualquier costo, se obligó a la adolescente a llevar el embarazo del feto anencefálico a término, e incluso a amamantar al niño durante algunos días posteriores al embarazo, a sabiendas de que el recién nacido moriría pocos días después (ONU 2005). El comité determinó que el tratamiento impuesto a esta joven constituyó una violación a sus derechos a estar libre de tratos inhumanos y degradantes, a la vida privada, a las medidas de protección que requiere por ser menor de edad y a una solución legal eficiente frente a la violación de los derechos anteriores. Se requiere una investigación más profunda para analizar el razonamiento detrás de los casos de anencefalia que se han filtrado en varios países, como Argentina, Brasil, Irlanda y Perú (Cook, Erdman, Hevia y Dickens 2009).

La sentencia C-355/2006 de 2006 en Colombia usó la disposición constitucional sobre la protección de la dignidad humana para permitir el aborto según indicaciones ampliadas, para asegurar que ya no se trate a las mujeres como "instrumento de reproducción de la especie humana" (*vid.* Jaramillo y Alfonso 2008; Undurraga y Cook 2009). En contraste, el Tribunal

Constitucional de Alemania, en su sentencia de 1993,<sup>24</sup> usó el principio constitucional alemán de la dignidad para exigir la protección del feto a través de un sistema de asesoría psicológica que insta a las mujeres a continuar con el embarazo (Case 2009).

Como respuesta a un cuestionamiento a una iniciativa de ley de 1985 que extendía las razones para practicarse un aborto en España, el Tribunal Constitucional ratificó la ley propuesta (Ley Orgánica 9/1985), explicando que el feto no tiene derechos propios. Mas la cláusula de la Constitución española sobre el derecho a la vida (art. 15), junto con aquella que protege la dignidad humana (art. 10), da detalles sobre la norma general para proteger la vida prenatal. ¿Qué implica la decisión del Tribunal Constitucional español de 1985 que determinó que "el feto no es titular del derecho a la vida; [art. 15] sin embargo, por otro lado, hay un derecho (aunque no es el derecho de nadie) a la protección de la vida prenatal como norma constitucional"? (*vid.* Rodríguez Ruíz y Rubio Marín 2010).

De manera consistente con la decisión española de 1985, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en la sentencia núm. 2004-02792 del 17 de marzo de 2004, sostuvo que a pesar del hecho de que el nonato está protegido por el derecho a la vida, el aborto terapéutico está permitido.

La dignidad es un concepto fundacional en la decisión constitucional colombiana de 2006 que liberaliza la ley sobre el aborto. La Corte, en la sentencia C-355/2006, explicó su significado de la siguiente forma:

[...] las normas deducidas del enunciado normativo dignidad humana —el principio constitucional de dignidad humana y el derecho fundamental a la dignidad humana— coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas. En efecto, ha sostenido esta Corporación que en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

Como resultado de este concepto fundacional de la dignidad humana, la Corte explicó en la misma sentencia que:

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania 88 BverfGE 203 (F.R.G.) del 28 de mayo de 1993. Extractos de esta sentencia en inglés pueden encontrarse en Kommers (1997: 349-356).

[...] el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear

La investigación legal se requiere para analizar la forma en la que las decisiones judiciales comienzan a expandir los diferentes significados de dignidad, entre los que se incluye la dignidad de la vida, dignidad de la libertad y dignidad como igualdad (Siegel 2008), en especial desde la perspectiva de las mujeres. ¿De qué otra forma se puede construir la dignidad en el contexto reproductivo? ¿Podrá pensarse la dignidad como la dignidad de la maternidad, que requiere que el Estado se asegure que las intenciones de las mujeres de convertirse en madres estén protegidas de manera adecuada? ¿Necesitará la dignidad retomar el problema de cómo pueden las mujeres liberarse de la humillación que causa un embarazo no deseado?

Sin importar cómo se construya la dignidad, Reva Siegel da argumentos convincentes que abogan por la necesidad de que la libertad reproductiva se relacione con la dignidad "para subrayar y ampliar sus diferentes significados y diferentes tradiciones de uso. Si aquellos que defienden la libertad reproductiva guardan silencio, los significados convencionales con perspectiva de género y heteronormativos de la dignidad tienen muchas posibilidades de prevalecer" (Siegel 2011). Asimismo, explica que "invocar la dignidad en el registro de la Ilustración ofrece otro lenguaje [...] en el que resuenan audiencias populares tanto como profesionales, y que resuena más allá de las fronteras, alrededor del mundo, donde la dignidad ancla los cuerpos nacionales y transnacionales de leyes de derechos humanos" (Siegel 2011).

### **Proteger la vida prenatal de forma consistente con los derechos de las mujeres**

¿Cómo pueden aplicarse de forma consistente las disposiciones constitucionales que protegen la vida desde el momento de la concepción, o las disposiciones sobre el derecho a la vida en general, con las obligaciones constitucionales de proteger los derechos de las mujeres a la vida, la libertad y la igualdad? (Cook y Howard 2007).

Hacen falta estudios que sirvan para llevar el debate más allá del pensamiento dicotómico de si se deben proteger los derechos de las mujeres o los

intereses prenatales, para abordar la mejor forma de promover la dignidad humana y proteger la vida prenatal de formas que sean consistentes con los derechos de aquellas.

Entre los medios para proteger la vida prenatal de formas consistentes con los derechos de las mujeres, se incluyen mejorar la alimentación durante el embarazo, a través de ácido fólico y suplementos, y, por ejemplo, medidas para:

- Reducir el índice de abortos espontáneos, e incluso recurrentes, de embarazos no deseados (Rai y Regan 2006: 601; Green 2010: 1630-1631).
- Disminuir la mortalidad materna, que se estima que alcanza en la actualidad 358 000 muertes de mujeres embarazadas anualmente (OMS *et al.* 2010), y aumentar la disponibilidad y acceso a cuidados intraparto (antes, durante y después del parto).
- Reducir la morbilidad materna, como fístulas obstétricas (agujero entre la vejiga y la vagina que provoca incontinencia urinaria), que son consecuencia de distocias mecánicas prolongadas y suelen causar la muerte del feto (Wall 2006: 1201).
- Reducir el número de muertes perinatales (muerte fetal o neonatal que ocurre hacia el final del embarazo —a partir o después de la semana 23—, durante el parto y hasta los siete días de vida), estimadas en 5.9 millones anuales (Åhman y Zupan 2007: 2, tabla 2).
- Establecer medidas que aborden las condiciones socioeconómicas y socioculturales subyacentes, como la reducción de las vulnerabilidades económicas y sociales de las embarazadas (Filippi *et al.* 2006: 1535), entre las que se incluye la violencia de la pareja sentimental contra la mujer embarazada (Cook y Bewley 2008).

Se supone que estas políticas van aún más lejos en la protección de la vida que las que restringen el aborto, pues incrementan la cantidad de recursos disponibles para cuidados intraparto, más que limitarse a sólo tratar de asegurar el nacimiento de los niños, sin importar su condición y sus probabilidades de supervivencia. Si se implementan leyes que restrinjan el aborto en vez de aquellas que busquen abordar los temas subyacentes que influyen en la toma de decisiones reproductivas, se le imponen a las mujeres los costos de la reproducción y se refuerza el estereotipo de que se definen por su capacidad reproductiva y que por tanto son las principales responsables de la reproducción humana.

También falta investigación para llevar este discurso más allá del enfoque miope de la protección de la vida prenatal hacia uno más amplio sobre el desarrollo de políticas públicas que sirvan a los intereses de mujeres y hombres en la vida familiar (Smith 2009), así como también se requiere hacer estudios sobre las políticas públicas en desarrollo "sobre género, trabajo y familia que distribuyan el costo del embarazo y los cuidados de forma equitativa entre las madres, los padres y el Estado" (Rodríguez Ruíz y Rubio Marín 2010). Blanca Rodríguez Ruíz y Ruth Rubio Marín explican con agudeza que las políticas familiares equitativas "requieren más que un marco legal para el aborto. Requieren que el Estado también desarrolle una nueva sensibilidad hacia los problemas sociales profundos que lo rodean y la necesidad de abordarlos" (Rodríguez Ruíz y Rubio Marín 2010).

Algunas reformas a leyes sobre aborto, como la nueva Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo de España, promulgada en 2010, abordan la necesidad de proteger la vida prenatal de forma consistente con los derechos de las mujeres, informando a las mujeres con embarazos no deseados sobre la asistencia que pueden recibir (Rodríguez Ruíz y Rubio Marín 2010). Sin embargo, Rodríguez Ruíz y Rubio Marín se cuestionan "si un sistema que informe a las mujeres de las posibilidades legales y sociales que tienen a su disposición si deciden llevar el embarazo a término y que las asista como madres satisface lo suficiente la obligación de proteger la vida antes del nacimiento desde el momento de la concepción" (Rodríguez Ruíz y Rubio Marín 2010). También se debe cuestionar si un sistema que informe a las mujeres de estas posibilidades protege lo suficiente sus derechos a una equidad sustantiva. El preámbulo a la Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo de España establece que su objetivo es proteger la salud sexual y reproductiva de las mujeres como un aspecto de su igualdad.

Otras formas de proteger la vida prenatal han evolucionado en otros países, como Alemania, que exige asesoría psicológica para las embarazadas (Case 2009). Otros países aún imponen como requisito un periodo de reflexión que retrasa el proceso, como Francia,<sup>25</sup> Portugal (Ley 16/2007),

<sup>25</sup> Ley francesa núm. 75-17 del 17 de enero 1975 (disponible en: [http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19750118&numTexte=&pageDebut=00739&pageFin=](http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19750118&numTexte=&pageDebut=00739&pageFin=)) reformada por la ley núm. 79-1204 del 31 de diciembre de 1979 (disponible en: [http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800101&pageDebut=00003&pageFin=&pageCourante=00003](http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800101&pageDebut=00003&pageFin=&pageCourante=00003)).

España (Ley Orgánica 2/2010) y los Estados Unidos (*vid.* NARAL, s.f.). Existen debates en torno a si dichas aproximaciones socavan los derechos de las mujeres y su albedrío moral (Case 2009).

### Conclusión

La investigación sobre leyes constitucionales comparativas (*vid.* Jackson 2006) y de derechos humanos (*vid.* Cook y Dickens 2004; Zampas y Gher 2008: 2) es una condición previa esencial para interpretar las disposiciones sobre protección prenatal y para asegurar que se les aplique de forma consistente con los derechos constitucionales y humanos de las mujeres. La investigación en torno a cuestiones particulares, como las aplicaciones constitucionales de la proporcionalidad, o, por ejemplo, los derechos de las mujeres a la dignidad y la equidad (Siegel 2007: 815), puede arrojar luz sobre caminos futuros. La investigación legal comparada, incluso entre regiones geográficas como África (Ngwena 2010) o Latinoamérica (Bergallo 2010; Bermudez 1997; Banji Vique, Cabrera, Gómez Lugo y Hevia 2010), puede ser especialmente útil para facilitar el pensamiento y discurso dentro de esos sistemas o regiones ●

**Traducción:** Ariadna Molinari

### Bibliografía

- Åhman, E. y J. Zupan, 2007, *Neonatal and Perinatal Mortality: Country, Regional and Global Estimates 2004*, World Health Organization, Ginebra, en: [http://whqlibdoc.who.int/publications/2007/9789241596145\\_eng.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2007/9789241596145_eng.pdf) (consultado el 20 de diciembre de 2010).
- Banji Vique, A., O. A. Cabrera, F. Gómez Lugo y M. Hevia, 2010, "El veto del Ejecutivo uruguayo a la despenalización del aborto: deconstruyendo sus fundamentos", *Cuadernos-Aportes al debate en salud, ciudadanía y derechos*, época 1, núm. 1.
- Bergallo, P. (ed.), 2010, *Aborto y derechos humanos*, Ad Hoc, Buenos Aires.
- Bermúdez, V., 1997, *Estudio comparativo de la regulación jurídica del aborto en América Latina y el Caribe*, CLADEM, Lima.
- Burris, S., 2002, "Disease Stigma in Public Health Law and Research", *Journal of Law Medicine and Ethics* 30, pp. 179-190.
- Cárdenas, María Alejandra, 2009, "Banning Emergency Contraception in Latin America: Constitutional Courts Granting an Absolute 'Right to Life' to the Zygote", *American Comparative Law Review* 3.6, en: [http://haclr.org/index\\_archivos/Page359.htm](http://haclr.org/index_archivos/Page359.htm) (consultado el 20 de diciembre de 2010).

- Case, M. A., 2009, "Perfectionism and Fundamentalism in the Application of the German Abortion Law", en S. H. Williams (ed.), *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 93-106.
- Center for Reproductive Rights, 2010, *Forsaken Lives: The Harmful Impact of the Philippine Criminal Abortion Ban*, Center for Reproductive Rights, Nueva York.
- Cherry, April, 1999, "Maternal-Fetal Conflicts, the Social Construction of Maternal Deviance, and Some Thoughts about Love and Justice", *Texas Journal of Women and the Law* 8, pp. 247-248.
- Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), 1979, "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>.
- Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), 2004, "Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal", en: [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf).
- Cook, J. y S. Bewley, 2008, "Acknowledging a Persistent Truth: Domestic Violence in Pregnancy", *Journal of the Royal Society of Medicine* 101, pp. 358-363.
- Cook, Rebecca y Simone Cusack, 2010, *Gender Stereotyping-Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Pensilvania.
- Cook, R. J. y B. M. Dickens, 2004, "Dinámicas de los derechos humanos en la reforma de las leyes del aborto", en: <http://www.gire.org.mx/contenido.php?informacion=151> (consultado el 20 de diciembre de 2010).
- Cook, R. J., J. N. Erdman, M. Hevia y B. M. Dickens, 2009, "Manejo prenatal de la anencefalia", trad. Sandra Dughman, *Revista de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires* 88.982, diciembre, pp. 225-233.
- Cook, R. J. y S. Howard, 2007, "Accommodating Women's Differences under the Women's Anti-Discrimination Convention", *Emory Law Journal* 56, pp. 1039-1090.
- Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), 2009, "Recomendaciones sobre cuestiones éticas en obstetricia y ginecología por el comité del FIGO para el estudio de aspectos éticos en la reproducción humana", en: [http://www.figo.org/files/figo-corp/Ethical%20Issues%20-%20English\\_0.pdf](http://www.figo.org/files/figo-corp/Ethical%20Issues%20-%20English_0.pdf) (consultado el 20 de diciembre de 2010).

- Fegan, E. V. y R. Rebouché, 2003, "Northern Ireland's Abortion Law: The Morality of Silence and the Censure of Agency", *Feminist Legal Studies* 11, pp. 221-245.
- Filippi, V., et al., 2006, "Maternal Health in Poor Countries: The Broader Context and a Call for Action", *Lancet* 368.
- Gorby, John D. y Robert E. Jonas, 1976, "West German Abortion Decision: A Contrast to Roe v. Wade", *John Marshall Journal of Practice and Procedure* 9.
- Green, I. A., 2010, "Antithrombotic Therapy for Recurrent Miscarriage?", *New England Journal of Medicine* 362, abril.
- Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), 2010, "A Backlash that Has Gone Viral", 29 de julio, en: <http://www.gire.org.mx/contenido.php?informacion=187> (consultado el 20 de diciembre de 2010).
- Jaramillo, I. C., y T. Alfonso, 2008, *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- Jackson, Vicki C., 2006, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press.
- King, P. A., 1991, "Helping Women Helping Children: Drug Policy and Future Generations", *Milbank Quarterly* 69, pp. 595-621.
- Kommers, D. P., 1997, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2a ed., Duke University Press, Durham.
- Kumar, A., L. Hessini y E. Mitchell, 2009, "Conceptualizing Abortion Stigma", *Culture, Health and Sexuality* 11(6), pp. 625-639.
- Madrazo, Alejandro, 2009, "The Evolution of Mexico City's Abortion Laws: from Public Morality to Women's Autonomy", *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 106(3), pp. 266-269.
- Madrazo, Alejandro, 2010, "Abortion in Mexico", texto preparado para el Taller de Perspectivas Comparadas y Transnacionales sobre Derechos Reproductivos de la Yale Law School.
- Mason, John Kenyon, 1998, *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood*, Ashgate Dartmouth, Dartmouth.
- Melzi, F., 2005, "La Corte Suprema de Argentina: decidiendo en contra de la igualdad de las mujeres", *La Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 6, Universidad Torcuato Di Tella, en: [http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=1577&id\\_item\\_menu=3558](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=1577&id_item_menu=3558). (consultado el 20 de diciembre de 2010).
- Morgan, M. I., 2005, "Emancipatory Equality: Gender Jurisprudence under the Colombian Constitution", en B. Baines y R. Rubio Marín (eds.) *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge.
- NARAL Pro-Choice America, s.f., "Biased Counseling & Mandatory Delays", en: [http://www.prochoiceamerica.org/what-is-choice/fast-facts/biased\\_counseling.html](http://www.prochoiceamerica.org/what-is-choice/fast-facts/biased_counseling.html).

- Ngwena, Charles G., 2010, "Inscribing Abortion as a Human Right: Significance of the Protocol on the Rights of Women in Africa", *Human Rights Quarterly* 32, pp. 783-864.
- Organización Mundial de la Salud (OMS), UNICEF, UNFPA y el Banco Mundial, 2010, "Trends in Maternal Mortality: 1990 to 2008", en: [http://whqlibdoc.who.int/publications/2010/9789241500265\\_eng.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2010/9789241500265_eng.pdf).
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), 2005, "Comunicación No. 1153/2003: Perú. 22/11/2005. CCPR/C/85/D/1153/2003", en: <http://www.pensamiento penal.com.ar/01052009/genero60.pdf>.
- Rai, R. y L. Regan, 2006, "Recurrent Miscarriage", *Lancet* 368.
- Rodríguez Ruíz, B. y R. Rubio Marín, 2010, "Abortion in Spain", texto presentado el Taller de Perspectivas Comparadas y Transnacionales sobre Derechos Reproductivos de la Yale Law School.
- Rubio Marín, R., 2011 (en prensa), *Constitutional Framing: Abortion and Symbolism in Constitutional Law*, European University Institute, Florencia.
- Siegel, R. B., 2007, "Sex Equality Arguments for Reproductive Rights: Their Critical Basis and Evolving Constitutional Expression", *Emory Law Journal* 56, en: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/SiegelSexEqualityArgumentsforReproductiveRights.pdf>.
- Siegel, R. B., 2008, "Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions under *Casey/Carhart*", *The Yale Law Journal*, pp. 1694-1737.
- Siegel, R. B., 2011 (en prensa), "Dignity and Reproductive Rights: Comparative and Transnational Perspectives", *Case Western Reserve Law Review* 60.
- Smith, P. J., 2009, "Responsibility for Life: How Abortion Serves Women's Interests in Motherhood", *Journal of Law and Policy* 98.
- Sobel, Dava, 2000, *Galileo's Daughter: A Historical Memoir of Science, Faith, and Love*, Penguin Books, Nueva York.
- Steinbock, Bonnie, 1992, *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, Oxford University Press, Nueva York.
- Sulmasy, D. P., 2006, "Emergency Contraception for Women Who Have Been Raped: Must Catholics Test for Ovulation, or Is Testing for Pregnancy Morally Sufficient?", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 16, pp. 305-307.
- Telman, Jeremy, 1998, "Note, Abortion and Women's Legal Personhood in Germany: A Contribution to the Feminist Theory of the State", *New York University Review of Law & Social Change* 24, pp. 128-129.
- Undurraga, Verónica, 2011 (en prensa), *Propuesta interpretativa del mandato de protección del que está por nacer bajo la Constitución chilena en el contexto de la regulación jurídica del aborto*, tesis doctoral, Universidad de Chile, Santiago.

**20** más sobre el aborto

Undurraga, Verónica y Rebecca Cook, "Incorporación Constitucional del Derecho Internacional y del Derecho Comparado de los Derechos Humanos: La Sentencia C-355/2006 de la Corte Constitucional de Colombia", en: [http://www.law.utoronto.ca/documents/reprohealth/SP21-Undurraga\\_Cook\\_Colombia\\_2009.pdf](http://www.law.utoronto.ca/documents/reprohealth/SP21-Undurraga_Cook_Colombia_2009.pdf) (consultado el 20 de diciembre de 2010).

Wall, L. L., 2006, "Obstetric Vesicovaginal Fistula as an International Public-Health Problem", *Lancet* 368.

Zampas, C. y J. L. Gher, 2008, "Abortion as a Human Right: International and Regional Standards", *Human Rights Law Review* 8.