
LA DEFENSA DEL ABORTO... UNA TAREA CONSTITUCIONALMENTE IMPOSIBLE

ANÁLISIS INTERPRETATIVO DE LA DEFENSA JURÍDICA
REALIZADA POR LA ASAMBLEA LEGISLATIVA EN TORNO
A LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

FRANCISCO VÁZQUEZ-GÓMEZ BISOGNO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Regulación del aborto en el Distrito Federal después de las reformas*. III. *Los principios de interpretación en materia de derechos fundamentales*. IV. *Análisis interpretativo de la defensa jurídica formulada por la ALDF a la luz de los principios interpretativos y de ponderación de los derechos fundamentales*. V. *Conclusión final*.

I. INTRODUCCIÓN

En el número 37 de la revista *Ars Iuris* que publica el Instituto Panamericano de Jurisprudencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, escribí un artículo en el que se analizaron desde un punto de vista estrictamente jurídico-constitucional las diversas iniciativas que en aquel momento (abril de 2007) se habían presentado, tanto en el seno del Congreso de la Unión, como en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, y que tenían por objeto despenalizar el aborto incluyendo dentro

de la normativa penal, una nueva excluyente de responsabilidad que consistía en que “*cuando a juicio y a solicitud de la mujer de no provocarse el aborto durante las primeras doce semanas de gestación se afecte su proyecto de vida y su desarrollo integral*” no sería punible el aborto.

En aquel artículo concluía dos cosas: 1) que tal propuesta es inconstitucional debido a que nuestra Constitución, así como los tratados internacionales, leyes federales y leyes locales que de ella derivan, protegen el derecho a la vida del concebido desde el momento de la concepción, y 2) que sería la SCJN la que resolvería en última instancia y al margen de cualquier aspecto político, ideológico o religioso, si la reforma que se llegase a aprobar era o no constitucional.¹

De las conclusiones antes señaladas debo decir que la primera la mantengo y parte del objeto del presente análisis es fortalecer tal conclusión, pero ahora desde otro punto de vista; y por lo que hace a la segunda conclusión, debo decir que no fue difícil prever, en abril de 2007, lo que ocurriría una vez que se aprobara la despenalización del aborto en la capital del país, es decir que se impugnara la dichosa reforma por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y por la Procuraduría General de la República, a través de la interposición de dos acciones de inconstitucionalidad, por lo que sin duda será la SCJN la que defina esta cuestión en última instancia.

Por ello resulta trascendente dar un seguimiento puntual al estatus que guarda este caso, lo que me ha motivado a realizar este nuevo artículo, en el cual pretendí realizar un análisis interpretativo –ya no sólo de los artículos que comprendieron la reforma– sino de los argumentos jurídicos que presentó la ALDF ante la SCJN dentro del trámite de las acciones de inconstitucionalidad que resolverá nuestro máximo tribunal.

¹ Vázquez-Gómez Bisogno, Francisco, “El aborto... Una cuestión constitucional. Ni más, ni menos”, *Ars Iuris*, núm. 37/2007, Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia, Universidad Panamericana, pp. 358 y 359.

En este sentido, será importante determinar si existen criterios o principios de interpretación especiales que deben ser tomados en cuenta en los casos en los que se encuentran diversos derechos fundamentales implicados, y sobre todo, cuando dichos derechos fundamentales parecen oponerse entre sí, o bien, si los criterios o métodos interpretativos que se utilizan para la interpretación jurídica y la interpretación constitucional son los mismos que deben utilizarse para la interpretación de derechos fundamentales.

Por ello, y a objeto de adentrarnos al estudio del presente caso, y sobre todo esclarecer la cuestión antes referida, procederemos a analizar brevemente cuáles han sido los efectos jurídicos y los cambios que se generaron a raíz de las reformas mencionadas, para después realizar un ejercicio de interpretación y ponderación a la luz de nuestra Carta Magna.

II. REGULACIÓN DEL ABORTO EN EL DISTRITO FEDERAL DESPUÉS DE LAS REFORMAS

Cabe señalar que la reforma al Código Penal del Distrito Federal no fue aprobada en los términos en los que se presentaron las iniciativas, sino que en lugar de incluir una excluyente de responsabilidad para el delito de aborto –adicional a las ya existentes–, la ALDF optó por redefinir el tipo penal, es decir, anteriormente el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal, tipificaba el delito de aborto señalando: *“Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo”*, y ahora, una vez aprobada la reforma, dicho artículo señala: *“Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación”*.

Aunado a lo anterior, los artículos 145, 146 y 147 del código de referencia, establecían –antes de la reforma– penas más altas a las personas que intervinieran en un aborto, lo que se modificó sustancialmente a fin de disminuir considerablemente las penas previstas para los casos en que se interrumpa el embarazo des-

pués de las doce semanas de gestación. Las reformas al Código Penal del Distrito Federal fueron del tenor siguiente:

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 cualquier 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.

Asimismo, debe señalarse que –paralelamente a las reformas antes mencionadas– la ALDF también realizó cambios a la Ley de Salud del Distrito Federal, a efecto de regular la forma en como las clínicas y hospitales de la Ciudad de México podrían atender las solicitudes de interrupción de embarazo que se presentasen. Las reformas a dicha ley fueron del tenor siguiente:

Artículo 16 bis 6.

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

Artículo 16 bis 8. La atención de la salud sexual y reproductiva tiene carácter prioritario. Los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.

El gobierno promoverá y aplicará permanentemente y de manera intensiva, políticas integrales, tendientes a la educación y capacitación sobre la salud sexual, los derechos reproductivos, así como la maternidad y la paternidad responsables. Sus servicios de planificación familiar y anticoncepción tienen como propósito principal reducir el índice de abortos, a través de la prevención de embarazos no planeados y no deseados, disminuir el riesgo reproductivo, evitar la propagación de las enfermedades de transmisión sexual y coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos reproductivos de las personas con una visión de género, de respeto a la diversidad sexual y de conformidad a las características particulares de los diversos grupos poblacionales, especialmente para las niñas y niños, adolescentes y jóvenes.

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.

Una vez publicadas tales reformas el 26 de abril de 2007 en la Gaceta Oficial de dicha entidad federativa, serían la CNDH y la PGR las instituciones que –a finales de mayo del mismo año y conforme al artículo 105, fracción II de nuestra Constitución– impugnarían el contenido de tales reformas por considerarlas contrarias a los valores y principios que consagra nuestra ley fundamental.²

Es por ello, que consideramos que para avanzar en el análisis jurídico-constitucional de este asunto, debemos ahora atender no sólo a las reformas y su contenido, sino a la interpretación que –de la Constitución– han realizado ambas partes dentro de la acción de inconstitucionalidad que deberá resolver la SCJN, analizando si los criterios y principios interpretativos utilizados han sido los correctos.

III. LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Para nadie es desconocido que en temas como la despenalización del aborto siempre se plantearán diversas violaciones a derechos

² Cabe señalar –como nota al margen– que los legisladores que impulsaron las reformas al Código Penal y a la Ley de Salud del Distrito Federal, ante la presentación de dichas acciones de inconstitucionalidad han reaccionado –incluso– exigiendo la renuncia de los titulares de la CNDH y de la PGR, no obstante no debemos perder de vista que en un Estado constitucional y democrático de derecho, la última palabra ya no la tienen los legisladores, sino los jueces constitucionales. Por ello, si en realidad nos sigue preocupando que la transición democrática se consolide en nuestro país, lejos de molestarnos por solicitar a nuestro máximo tribunal que realice su trabajo, deberíamos promover –en todos los temas posibles– el que la SCJN vaya interpretando nuestra carta magna para que todos tengamos claridad de que es en verdad lo que dispone. Recordemos –nos guste o no nos guste– que en sistemas jurídicos como el nuestro, la Constitución dice lo que la SCJN dice que dice, ya que *“una noción moderna y más amplia que corresponde a su enfoque material, entiende por tribunal constitucional al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental. En esta concepción se encuentran varias cortes o tribunales supremos de América Latina, donde podemos ubicar a la Suprema Corte de Justicia de México (...) que se ha convertido materialmente en un tribunal*

fundamentales, por lo que la SCJN –al resolver tales acciones– deberá realizar una ponderación e interpretación de diversos derechos fundamentales ya que por un lado –ha dicho de la CNDH y la PGR– las reformas de mérito violan el derecho fundamental a la vida del concebido y por otro lado, la ALDF sostiene que dichas reformas protegen derechos fundamentales de la mujer.

En este sentido, “conviene tener presente que en materia de interpretación de los derechos fundamentales se requiere de los aplicadores jurídicos nuevas perspectivas y, sobre todo, que se dejen atrás los tradicionales postulados iuspositivistas”.³

Es por ello, que las reglas decimonónicas de interpretación que todo jurista conoce y que ayudaban a poner en funcionamiento el sistema jurídico kelseniano para resolver cualquier caso concreto, como lo son, por ejemplo: el principio de jerarquía (ley superior deroga o invalida a ley inferior), el principio de temporalidad (ley posterior deroga ley anterior), principio de competencia (ley expedida por autoridad competente invalida la ley expedida por autoridad incompetente) o el principio de especialidad (ley especial inaplica a la ley general), han quedado –de una u otra manera– superadas, sobre todo cuando estamos ante la presencia de un caso en el que se involucran derechos fundamentales.

No por nada “*esa tranquilizadora y atractiva visión [del sistema jurídico como paradigma] sufrirá en la década del 50 el conmoviente ataque de Viehweg, quien defenderá frente al pensar sistémico del derecho, el pensar tópico o aporético. Se trata de volver al compromiso originario del derecho con el caso y su justa solución, evitando las infidelidades y distorsiones que podría producir el asumirlo desde las categorías pre-definidas por el sistema*”.⁴

De esta forma, debemos afirmar categóricamente que los principios interpretativos que deben utilizarse al momento de

constitucional”. Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte”, México, *Derecho procesal constitucional*, t. I, Porrúa, 2003, p. 242.

³ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, 2005, p. 130.

⁴ Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, Porrúa, 2003, p. 40.

ponderar para resolver casos en los que se encuentren involucrados derechos fundamentales, no pueden y no deben ser únicamente los postulados por la visión decimonónica del derecho, sino que se requiere de principios específicos para proceder a la correcta interpretación y ponderación de los derechos fundamentales.

En este sentido, podemos decir que tales principios interpretativos son los siguientes:

1. *Principio Pro Homine*: el cual posee dos vertientes:
 - Preferencia interpretativa: si el intérprete puede obtener dos o más interpretaciones válidas y razonables, no puede optar por la que quiera, sino por la que más proteja al individuo (por ejemplo, *In Dubio pro reo*, *In Dubio pro operario*, *In Dubio pro vita*).
 - Preferencia normativa: si el intérprete puede aplicar dos o más normas al caso concreto, deberá preferir la que sea más favorable para la persona, independientemente de la jerarquía de las mismas.
2. *Posición preferente de los derechos fundamentales*, según el cual, el intérprete que se enfrenta a un caso concreto en el que pueden entrar en colisión dos derechos fundamentales distintos, debe preferir a alguno de ellos realizando un ejercicio de ponderación.
3. *Mayor protección de los derechos*, según el cual, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución son sólo un estándar mínimo que debe ser ampliado, tanto por el intérprete como por el legislador.
4. *Fuerza expansiva de los derechos*, según el cual el intérprete debe realizar su función extendiendo cuanto sea posible el universo de los sujetos titulares, para que la protección del derecho beneficie al mayor número de personas.

Bajo esta perspectiva, y a efecto de ver en movimiento tales principios interpretativos, queremos plantear a lo largo de este

estudio, lo que a nuestro parecer son las diversas inconsistencias y errores en las que incurren los defensores de la reforma que despenalizó el aborto.

IV. ANÁLISIS INTERPRETATIVO DE LA DEFENSA JURÍDICA
FORMULADA POR LA ALDF A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS
INTERPRETATIVOS Y DE PONDERACIÓN
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Tomando en consideración los criterios interpretativos arriba planteados, procederemos ahora a mencionar cuáles son las principales violaciones constitucionales que se actualizan con la reforma de mérito, pero sobre todo, analizaremos los diversos argumentos e interpretaciones que ha formulado la ALDF para intentar justificar que no existen tales violaciones y que por lo tanto, las reformas al Código Penal del Distrito Federal que despenalizan el aborto, deben ser declaradas constitucionales por la SCJN.

PRIMERA VIOLACIÓN. La Constitución protege al producto de la concepción en tanto que éste es una manifestación de la vida humana independientemente del proceso biológico en el que se encuentre.

La propia SCJN, en la resolución de la acción de inconstitucionalidad 10/2002, relativa a la llamada “Ley Robles”, determinó que de la interpretación hermenéutica sistemática de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), podemos concluir que su finalidad es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquella, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre.

Merece la pena reconocer que más allá del anterior precedente, lo cierto es que de la sola lectura de nuestra Constitu-

ción, en su estricta literalidad, parece seguirse inequívocamente dicha conclusión. En efecto, los artículos 4o. y 123, apartados A, fracciones V y XV y B, fracción XI, inciso c), de la CPEUM así lo establecen.

En este sentido, mientras esta interpretación lo que postula es que al concebido debe incluirse dentro del concepto “persona” al que hace referencia el artículo 4o. constitucional derivado del reconocimiento y protección explícita que realiza la CPEUM en su artículo 123 a la vida y la salud del producto de la concepción, reconociéndolo así como titular de los derechos fundamentales, la interpretación de los impulsores de la reforma sostiene que “el artículo 123 constitucional sólo protege al proceso de la gestación en tanto que éste se encuentra íntimamente vinculado con la salud de la trabajadora embarazada por ello la titular de los derechos laborales allí consagrados es la mujer trabajadora, no el producto de la concepción...”,⁵ limitando así el concepto de “persona” y excluyendo del mismo al concebido.

La anterior conclusión es equivocada, ya que llevándola al absurdo, se podría afirmar que nuestra Constitución únicamente protege el proceso de gestación de las mujeres trabajadoras y no así el proceso de gestación de la mujer no trabajadora, en razón de que los derechos consagrados en el artículo 123 constitucional le son reconocidos únicamente a las mujeres que trabajan, lo cual, además de ser absurdo, resultaría violatorio del artículo 1o. constitucional, ya que se estaría dando un trato discriminatorio por condición social, es decir, se estaría protegiendo a unas mujeres sí, y a otras mujeres no, sólo en razón de que sean o no trabajadoras.

Por ello, y atendiendo a los principios interpretativos *pro homine* y de fuerza expansiva de los derechos fundamentales, debe preferirse la primera interpretación toda vez que con ello

⁵ Extracto del informe que presentó la Asamblea Legislativa del Distrito Federal ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo de las acciones de inconstitucionalidad que interpusieron en mayo de 2007 la CNDH y la PGR en contra de la despenalización del aborto.

se extiende el universo de los sujetos titulares del derecho fundamental a la salud, a diferencia de la interpretación propuesta por los impulsores de la reforma, ya que con ella no sólo se estaría excluyendo al concebido de tales derechos, sino que, además, se tendría que excluir de la protección que hace nuestra Constitución al proceso de gestación de las mujeres no trabajadoras.

SEGUNDA VIOLACIÓN. El Poder Constituyente Permanente ha reconocido expresamente al Concebido como Persona.

Tomando en consideración lo establecido en el artículo 1o. de nuestra Constitución, el cual establece que en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, señalando además que queda prohibida toda clase de discriminación que atente contra la dignidad humana, es indiscutible que el Constituyente al referirse a “todo individuo” en el artículo antes señalado, se refirió a toda persona, carácter que sólo puede tener aquél que es titular de derechos y obligaciones.

En este sentido, no se puede pasar por alto que el sistema jurídico mexicano, ha reconocido que el concebido es titular de diversos derechos a través de diversos tratados internacionales, leyes federales y locales, tales como la Declaración de los Derechos del Niño (Preámbulo y artículo 6o.: derecho del niño a la protección legal, tanto antes como después del nacimiento y derecho intrínseco a la vida), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6o.: derecho inherente a la vida), la Declaración Americana sobre los Derechos Humanos (artículo 4o.: derecho a la protección de la vida desde el momento de la concepción), el Código Civil Federal (artículos 22, 1314 y 2357: capacidad jurídica, derecho a heredar y derecho a ser donatarios), el Código Civil del Distrito Federal (artículos 22, 1314 y 2357: capacidad jurídica, derecho a heredar y derecho a ser donatarios) y el Código Penal Federal (artículo 329: tutela de la vida desde el momento de la concepción).

Por lo anterior, y tomando en consideración que el derecho mexicano es un sistema en el cual todas las normas jurídicas deben relacionarse entre sí para su correcta interpretación, no puede pasar desapercibido que el propio Poder constituyente permanente confirmó, expresa y categóricamente, el carácter de persona del concebido a través del Decreto por el que se declaran reformados los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de nacionalidad, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de marzo de 1997, ya que estableció en su artículo tercero transitorio lo siguiente:

Artículo tercero. Las disposiciones vigentes con anterioridad a la fecha en que el presente Decreto entre en vigor, *seguirán aplicándose*, respecto a la nacionalidad mexicana, a los nacidos o **concebidos** durante su vigencia.

Como puede observarse, dicho Decreto se refiere, literalmente a “los nacidos o concebidos”, como sujetos de uno de los atributos característicos de la personalidad, que es la nacionalidad, con lo cual el propio Constituyente permanente deja fuera de la discusión legal si el concebido es o no PERSONA y por lo tanto INDIVIDUO al reconocerle al concebido no nacido toda la protección de la Constitución desde el momento mismo de la concepción.

Asimismo, la voluntad o intención del poder revisor de la Constitución ha sido continua, ya que el artículo tercero transitorio antes referido fue objeto de una reforma posterior a través del decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de febrero de 1999 por el que se declara reformado el artículo 3o. transitorio, del decreto por el que se reformaron los artículos 30, 32 y 37 de la CPEUM, publicado el 20 de marzo de 1997, en virtud de la cual ratifica su postura de tener al concebido como PERSONA. El artículo tercero transitorio se reformó para quedar como sigue:

Artículo tercero. Las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de este Decreto, *seguirán aplicándose a los nacidos*

o **concebidos** durante su vigencia, únicamente en todo aquello que les favorezca, sin perjuicio de los beneficios que les otorga la reforma contenida en el presente decreto.

En atención a lo dicho hasta ahora en el plano estrictamente constitucional, lo que el referido artículo transitorio hace, es explicitar el alcance de la expresión genérica “todo individuo” recogida ya, según se dijo, por el artículo 1o. constitucional, que aunque no se refiera, explícitamente, a la mujer, al indígena, al trabajador, al niño, al joven, al adulto mayor, etcétera, se refiere implícitamente a todos ellos, precisamente en aras de la obviedad de la cuestión de que el ámbito tutelar de nuestros derechos humanos se extiende a toda persona, incluido el concebido no nacido, como se sigue de la interpretación teleológica y hermenéutica sistemática de nuestra Constitución (que se hará en los siguientes apartados), sin posibilidad de discriminación por motivos de edad, o por cualquier otro y como de manera clara e inequívoca se sigue también, según se ha expuesto, de nuestro derecho constitucional transitorio.⁶

Asimismo, debe enfatizarse que con el artículo tercero transitorio de referencia, el Constituyente permanente no sólo ha reconocido que el concebido es PERSONA y por tanto, sujeto de protección por los derechos fundamentales, sino que además le reconoció un atributo de la personalidad reconociéndole al concebido –que sea hijo de padre o madre mexicanos– el carácter de nacional, ya que independientemente del lugar en el que nazca,

⁶ Y si bien es cierto que pudiera objetarse que dicho reconocimiento se hace por un artículo transitorio, poniendo en tela de juicio su alcance y obligatoriedad constitucional, lo cierto es que, la doctrina científica se ha pronunciado tradicionalmente por reconocer al derecho transitorio, la misma jerarquía y obligatoriedad que le corresponde al derecho definitivo, al punto de afirmar que “de hecho, las normas de carácter transitorio pueden llegar a tener tanta o más vida que los principios fundamentales o secundarios que aparecen en la Constitución; lo que es más, su obligatoriedad es de idéntico valor”. Véase Arteaga Nava, Elisur, *Tratado de derecho constitucional*, vol. 1, México, Oxford University Press, 1999, p. 363.

ya es mexicano por nacimiento de acuerdo con la reforma al artículo 30 constitucional.⁷

Por ello, nuestra Constitución al atribuir al concebido la nacionalidad, expresamente reconoce no solamente la vida humana del concebido, sino más aún, su condición inequívoca de persona, es decir, de centro de imputación jurídica y por lo tanto sujeto de los derechos fundamentales y de las garantías individuales.

A diferencia de la interpretación que se propone en este apartado, la argumentación que sustentan los promotores de la reforma establece: “la función que cumple el concepto de concepción en el artículo tercero transitorio en referencia es exclusivamente la de determinar la vigencia de la norma...”,⁸ interpretación que limita el alcance del término “individuo” al que hace referencia el artículo 1o. constitucional y excluyendo al concebido del goce de los derechos fundamentales. Nuevamente, se deja ver que los impulsores de la reforma no están tomando en consideración los principios interpretativos de los derechos fundamentales, ya que lejos de preferir la interpretación incluyente y proteccionista, han optado por la interpretación excluyente.⁹

⁷ Con esta reforma se hace más claro el reconocimiento del *jus sanguinis* dentro de nuestro derecho constitucional demótico, que no es otro sino la posibilidad de adquirir la nacionalidad de los padres por el lazo de sangre, por lo que es lógico que el Constituyente permanente previera que ese mismo derecho lo tienen los concebidos, ya que aun cuando no hayan nacido, el lazo de sangre (*jus sanguinis*) ya lo tienen con sus padres, por lo que independientemente del lugar en el que se actualice el nacimiento, son mexicanos si han sido concebidos por mexicanos.

⁸ Extracto del informe que presentó la Asamblea Legislativa del Distrito Federal ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo de las acciones de inconstitucionalidad que interpusieron en abril de 2007 la CNDH y la PGR en contra de la despenalización del aborto.

⁹ No debemos pasar desapercibido que la argumentación planteada por los impulsores de la reforma en el sentido de interpretar los conceptos de “individuo” y “persona” de manera limitativa excluyendo al concebido, es –en el fondo– la misma argumentación que durante la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX se esgrimió para justificar la esclavitud, toda vez que –para los defensores de la misma– las personas de color no tenían la condición personas, lo que los obligaba a permane-

TERCERA VIOLACIÓN. A partir del criterio de interpretación teleológica¹⁰ de nuestra Constitución la protección del derecho a la vida debe entenderse precisamente a partir del momento de la concepción.

Como dijera los romanos, el hombre es la causa de creación de todo derecho, por lo que siendo el hombre el centro y eje, causa y fin de todo ordenamiento jurídico, la persona y su vida, constituyen el fin supremo y el más importante de los bienes jurídicos objeto de tutela legal. En efecto, el derecho se establece para proteger al hombre, su vida, existencia y supervivencia, como bien jurídico radical, es decir, como presupuesto filosófico y lógico de todo otro bien jurídico, pues para que exista libertad, por ejemplo, es necesario que previamente haya vida, por lo que parece evidente que la vida debe ser el objeto primero de tutela del derecho.

Por ello, el Dr. Luis Rodolfo Vigo, parafraseando a Jesús Ballesteros nos dice que no olvidemos la antigua enseñanza condensada en el adagio: "*hominis causa omne ius constituitur*", la cual se opone a la visión instrumental del derecho que responde a la visión del mundo como simple material de trabajo y del hombre como puro constructor de herramientas, lo que en opinión de Heidegger supone la culminación misma del materialismo, la degradación de la realidad y del hombre mismo.¹¹

Más aún, según ha observado la SCJN, los derechos humanos deben ser objeto de una interpretación amplia, liberal y progresiva, por lo que tratándose del derecho a la vida, su interpre-

cer en una especie de limbo legal, sin tener acceso a la dignidad que implican los derechos de ciudadanía. Para mejor referencia al tema de la esclavitud, y la forma en como sus defensores sostenían una interpretación restrictiva del concepto de "persona", véase el caso *Dred Scott vs. Sanford*, de 1857, en Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2005, p. 237.

¹⁰ Teleología: (Del gr. *teleō*, -*ia*, fin, y -*logía*). 1. f. *Fil.* Doctrina de las causas finales. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22a. ed.

¹¹ Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, p. 23.

tación teleológica, es decir, aquélla que se sigue de los fines y bienes recogidos por nuestras leyes, debe hacerse procurando ensanchar su protección y concepto, a efectos de salvaguardarlo de manera integral, es decir, desde su mismo comienzo, claramente reconocido por la Constitución, como el momento de la concepción (Art. 123). Según la célebre definición de Constitución hecha por el jurista don Manuel Herrera y Lasso, según quien la misma no es sino “un conjunto de limitaciones establecidas al ejercicio de los poderes públicos”, se sigue que la interpretación constitucional, tiene dos ejes fundamentales: el primero, la interpretación estricta y restrictiva de las facultades de los poderes, y el segundo, la interpretación amplia, liberal y extensiva de los derechos de los particulares.

Por lo anterior, la interpretación teleológica de nuestra ley fundamental nos lleva –nuevamente– a los principios interpretativos ya enunciados, según los cuales el concepto “individuo” o “persona” deben ser considerados con toda la amplitud posible, es decir, incluyendo en tales conceptos a todos los seres humanos desde el primer hasta el último momento de sus vidas.

CUARTA VIOLACIÓN. Violación al artículo 1o. de la CPEUM. A partir del criterio de interpretación hermenéutica sistemática de nuestra Constitución el concebido es individuo y por lo tanto goza de las garantías individuales a partir de momento de la concepción.

A pesar de la respetable opinión de la minoría de los ministros dentro de la sentencia que resolvió la acción de inconstitucionalidad 10/2000, según quienes la referencia del artículo 123 constitucional al producto de la concepción debía considerarse como un simple derecho de la mujer trabajadora, lo cierto es que, interpretando dicho precepto a la luz de los diversos artículos 1o. y 4o. de nuestra ley fundamental, que extienden el goce de los derechos fundamentales a todo individuo, reconociendo además la igualdad de todas las personas ante la ley, se sigue necesariamente la protección del individuo concebido y su igual-

dad respecto de la protección del derecho a su vida como en el caso de los demás.

Además, cuando la Constitución prohíbe cualquier discriminación por “motivos de edad” y por “cualquiera otra que atente contra la dignidad humana” (Art. 1o.), claramente repudia excluir del goce del derecho fundamental a la vida a todo ser humano, independientemente del estado de desarrollo biológico en el que se encuentre, o de su condición de nacido o no nacido.

Es por ello que el artículo 144 del Código Penal del Distrito Federal violenta directamente lo establecido en los numerales fundamentales antes mencionados, ya que discrimina a los concebidos que se encuentren dentro de las primeras doce semanas de gestación, otorgándoles un trato desigual al trato que le brinda al concebido que ya se encuentre dentro de la decimotercera semana de la gestación. Es decir, la norma que por este medio se cuestiona crea una situación general, abstracta e impersonal que permite la discriminación del concebido motivada por un aspecto temporal y de edad, lo que claramente se encuentra prohibido por el artículo 1o. de nuestra ley fundamental.

Los derechos son de interpretación amplia, liberal y progresiva, donde las excepciones, por el contrario, son de interpretación estricta y restringida. Incluso, siguiendo el principio interpretativo, *pro homine*, dentro del cual se encuentra –en su vertiente de preferencia interpretativa el principio *in dubio pro vita*–,¹² de existir la menor duda respecto del inicio de la vida

¹² A este respecto, el principio *in dubio pro vita*, es un principio que puede dar sentido a la interpretación del derecho (a su racionalidad), ante el *status quo* del conocimiento en torno al estatuto ontológico del embrión humano. Desde hace algunos años, se ha intensificado el debate en torno a la definición del estatuto ontológico del embrión humano, consolidándose dos posturas antagónicas e irreconciliables. Por un lado, la que niega la calidad de individuo humano al embrión desde la concepción (es decir, a partir de la etapa de cigoto), fundamentalmente señalando que la individualidad humana existe en tanto se hayan desarrollado tejidos nerviosos en el embrión. Por otro, la que sostiene la individualidad humana del embrión desde la concepción, señalando que precisamente en ese momento comienza un proceso biológico sin inte-

humana del concebido, debe estarse a favor de la tutela del hombre y de su vida desde el primer momento.

Así las cosas, si proseguimos además con la lectura de nuestra Constitución, ella no autoriza restricción ni suspensión alguna al concepto de individuo ni al goce de los derechos constitucionales, sino “en los casos y con las condiciones” que ella misma establece.

Por lo anterior, interpretando teleológica y sistemáticamente dicho precepto constitucional, es incuestionable que la exclusión de los concebidos que se encuentren dentro de las primeras doce semanas de gestación dentro del concepto “individuo”, al que hace referencia el artículo 1o. constitucional, requeriría previsión expresa por parte de nuestra ley fundamental, ante la ausencia de la cual debe concluirse, implícita pero categóricamente, que nuestra Constitución protege a todo individuo, incluyendo al concebido no nacido. No olvidemos la máxima romana que reza: “cuando la ley lo quiere lo dice; cuando no lo quiere lo calla”. En definitiva, cuando la ley no distingue, al intérprete no le corresponde distinguir.

rrupciones, en el que se definen características fundamentales del ser humano, por lo que desde ese momento ya existe un individuo de la especie humana. Cada postura realiza una interpretación filosófica de diversos datos sobre los procesos biológicos de las etapas más tempranas del desarrollo del embrión. Dadas estas condiciones de oscuridad gnoseológica, se torna muy difícil la postulación de conclusiones y tesis bioéticas y jurídicas en torno al embrión humano: primero es imprescindible comprender claramente su estatuto ontológico, una tarea biofilosófica, antes de realizar cualquier pronunciamiento en el plano del deber ser. No obstante lo anterior, la ausencia de conclusiones biofilosóficas no impide absolutamente, al menos, una conclusión jurídica basada en el principio *in dubio pro vita*. Se trata de un criterio orientador de decisiones jurídicas a todos niveles, es decir, desde el plano legislativo al judicial. Su operatividad tiene como condición la oscuridad gnoseológica con relación a una realidad jurídicamente relevante, es decir, una serie de hechos fácticos que satisfacen una hipótesis jurídica a partir de la cual se generan consecuencias de derecho (derechos y obligaciones). Axiológicamente tiene un claro sentido de protección a favor de la posición más débil en una relación jurídica; así se comprueba a partir de su aplicación en materia penal y laboral. La práctica jurídica se ha apoyado en principios análogos, por ejemplo el principio *in dubio pro reo* en materia penal, e *in dubio pro operario* en materia laboral.

No obstante, la ALDF en el informe que rindió ante la SCJN a fin de defender la constitucionalidad de la reforma impugnada, menciona que “el texto constitucional no explicita qué debe entenderse por persona. Sin embargo, todas las instancias en que la palabra es utilizada dentro de nuestra Constitución se refieren a seres humanos ya nacidos o bien a personas jurídicas. En ningún caso, el texto constitucional se refiere al nonato como persona, o da motivo para calificarlo de tal”.¹³

Lejos de que la conclusión antes señalada carezca de sustento, nuevamente se deja ver la interpretación restrictiva de los derechos fundamentales utilizada por los impulsores de la reforma, desatendiendo por completo el principio de fuerza expansiva de los derechos, sólo con el objeto de excluir al concebido del término “persona”.

Consideramos –como ya se ha anticipado– que el hecho de que la Constitución no excluya al concebido expresamente del término persona al que hacen referencia las garantías individuales, sino que por el contrario haga referencia expresa en el artículo 123 a la “salud y la vida...del producto de la concepción”, es precisamente lo que nos permite argumentar que debe ser considerado como tal, ya que las limitaciones, tanto de las garantías, como de los sujetos titulares de las mismas, deben estar expresamente señaladas en nuestro texto constitucional.

QUINTA VIOLACIÓN. Violación al artículo 4o. de la CPEUM. A partir del criterio de interpretación hermenéutica sistemática de nuestra Constitución el concebido es sujeto de las garantías ahí establecidas.

Conforme a lo establecido en el artículo 4o. constitucional nuestro ordenamiento jurídico reconoce los derechos fundamen-

¹³ Extracto del informe que presentó la Asamblea Legislativa del Distrito Federal ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo de las acciones de inconstitucionalidad que interpusieron en abril de 2007 la CNDH y la PGR en contra de la despenalización del aborto.

tales ahí establecidos al concebido, protegiendo así su derecho a la vida desde el momento de la concepción.

a) Interpretando los derechos fundamentales recogidos por el artículo en comento, nos encontramos que en su parte inicial establece el derecho a la igualdad ante la ley, refiriéndose genéricamente a las dos especies del género humano, varón y mujer. Puesto que no se distingue, temporalmente, sino sólo específicamente, al alcance de dicha garantía de igualdad, son válidos los argumentos previamente expuestos respecto de la teleología del artículo 1o. constitucional, es decir, donde la ley no distinga no debemos distinguir, así como la interpretación basada en los principios *pro homine* y *pro vita*, inclusive en caso de duda sobre el momento del surgimiento de la vida humana.

Por otro lado, dicho precepto fundamental nos habla del desarrollo de la familia. La palabra desarrollo¹⁴ supone una realidad que no es, sino que está siendo, que tiene un origen, una gestación y un desenvolvimiento propios. Así las cosas, la familia se integra por todos sus miembros, ascendientes, descendientes, colaterales, parientes por afinidad y legales, de acuerdo con nuestra legislación civil, sin que puedan excluirse de dicha noción de familia a los no nacidos, por estar en la etapa inicial de su desarrollo, desarrollo que, por lo demás, protege expresamente nuestra ley fundamental.

Más aún, enseguida dispone nuestra Constitución que toda persona tiene el derecho a la protección de la salud, sin hacer distinciones, ni reconocer excepciones a dicho principio. Todavía más, sólo donde hay vida, hay protección posible del derecho de la salud. Si no se protege la vida, tal y como lo permiten las reformas analizadas, se desprotege la salud. La vida precede, lógica, filosófica y jurídicamente a la salud como bien jurídico.

¹⁴ Desarrollo: Acción y efecto de desarrollar o desarrollarse. Desarrollar: 2. tr. Acrecentar, dar incremento a algo de orden físico, intelectual o moral. U. t. c. prnl. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22a. ed.

En relación con lo anterior, los impulsores de la reforma señalan: “conforme al artículo 4o. constitucional, explícitamente toda persona tiene derecho a la salud... Sin embargo, esta garantía individual es violentada cuando el Estado..., impide que las mujeres, que deciden interrumpir el embarazo antes de las 12 semanas, no tengan derecho a la atención médica eficaz y oportuna, que proteja integralmente su salud, orillándolas a recurrir a personas sin capacidad profesional para que, clandestinamente, realicen dicha intervención...”, es decir, que las mujeres que deseen abortar están ejerciendo su derecho fundamental a la protección de la salud.

Desde nuestra óptica, la anterior interpretación es del todo equivocada, debido a que si tomamos en consideración que la salud es –por regla general– el estado normal de todo ser humano, y que su excepción es la enfermedad, el derecho fundamental a la protección de la salud consagrado en el artículo 4o. constitucional puede ser ejercido por cualquier persona que vea deteriorada su salud, es decir que se encuentre enferma o tenga algún padecimiento, o bien que pudiera recibir tratamientos preventivos tendientes a que no caiga en estado de enfermedad, solicitándole al Estado que le provea lo necesario para recobrar la salud o prevenir alguna enfermedad, lo cual no ocurre con las mujeres embarazadas.

La mujer embarazada no está enferma, es más, la ciencia médica señala que el embarazo en sí mismo es signo de salud, debido a que las funciones reproductivas de la mujer se han podido realizar sin problema alguno. Tampoco podría afirmarse que por el hecho de que mueran mujeres en abortos clandestinos, el Estado debe prevenir esas muertes asumiendo la realización de dichos procedimientos, toda vez que ni el embarazo, ni mucho menos el nacimiento del concebido provocan enfermedad alguna en la mujer embarazada, es decir, la interrupción del embarazo no puede ser considerado un procedimiento curativo o preventivo, ya que ni el embarazo, ni el parto conducen a la pérdida de la salud.

Por ello, el derecho a la protección de la salud de las mujeres no debe incluirse dentro de esta ponderación debido a que si la

mujer embarazada no está enferma y el parto no provoca en sí mismo una enfermedad, es una falacia el pretender concluir que dentro del derecho a la protección de la salud se encuentra el “derecho al aborto”, ya que con la práctica del mismo no se recobra la salud de la mujer, ni se previene una enfermedad futura, y por el contrario sí se provoca la muerte del concebido, fagocitando así el valor fundamental de la vida.

b) Asimismo, en los postulados que manifestaron los legisladores que votaron a favor de la reforma se mencionó que: “las Iniciativas materia del presente dictamen, pretenden garantizar el derecho de la mujer a decidir de manera libre y responsable sobre su cuerpo en relación con el número y espaciamiento de sus hijos”.

La aseveración anterior sólo puede estar sustentada en alguna de las siguientes premisas: a) o el concebido es parte del cuerpo de la mujer y por ello ésta tiene derecho a autodeterminarse en relación con su cuerpo, o bien, si el concebido no es parte del cuerpo de la madre, entonces, b) el ejercicio del derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de los hijos, implica la posibilidad de anular una vida humana en desarrollo, la del concebido.

La primera de las premisas antes mencionadas debe ser descalificada por falsa debido a que el conocimiento científico que hasta nuestros días se ha podido desarrollar aporta una conclusión incuestionable: *el concebido no es parte del cuerpo de su madre*.

Lo anterior se concluye lógicamente y categóricamente de los datos que a continuación se enlistan: i) el concebido puede ser de un sexo diferente al de la madre; ii) el concebido puede tener un grupo sanguíneo diferente al de la madre; iii) el concebido puede estar enfermo y la madre sana; iv) la madre puede estar enferma y el concebido sano; v) cuando la madre tiene un parto, biológicamente es la misma antes y después del parto ya que no ha perdido ninguna de sus partes; no está incompleta; vi) existe la especialidad de ginecología y obstetricia para la atención y cuidado de la madre y la especialidad de perinatología para la atención y cuidado del concebido, ya que ambos son personas con diferentes características; vii) el concebido puede vivir fuera del

cuerpo materno, como en la fertilización asistida; viii) el concebido puede vivir en un cuerpo ajeno al de la madre, como en la reproducción asistida con madre sustituta; ix) en cuanto el concebido nace, la madre no tiene ninguna deficiencia funcional, si fuera parte del cuerpo de la madre, como sí ocurre en el caso de los órganos, en cuanto se extirpa alguno de éstos, queda alguna insuficiencia funcional, que debe compensarse, o quedar con la mutilación o una descompensación de por vida. Nada de esto ocurre en el caso del parto.

Por lo anterior, la obligación del Estado de asumir la protección de la vida en desarrollo subsiste también de cara a la madre. Sin lugar a dudas, la unión natural que existe entre la vida del concebido y la madre constituye una relación de carácter muy especial; no existen paralelismos dentro de las demás relaciones vitales. Ciertamente, el embarazo pertenece a la esfera íntima de la mujer por lo que si el embrión fuera una simple parte del organismo materno –lo cual es inaceptable de acuerdo a los datos y razonamientos científicos antes mencionados–, la interrupción del embarazo quedaría dentro del ámbito de la determinación de la madre, y el legislador carecería de facultades para intervenir. Sin embargo, el concebido es un ser humano en sí mismo, el cual se encuentra por tanto bajo la protección de la Constitución, de modo que la interrupción del embarazo tiene una dimensión social; de ahí que no sea sólo susceptible de regulación por parte del Estado, sino que exista verdadera necesidad de ello.¹⁵

Si los defensores del aborto sostienen que las reformas “pretenden garantizar el derecho de la mujer a decidir de manera libre y responsable sobre su cuerpo en relación con el número y espaciamiento de sus hijos” y la primera de las premisas que pudieran dar sustento a tal afirmación ha caído por falsa, únicamente quedaría abordar la segunda premisa posible: el ejercicio

¹⁵ Extracto de la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de fecha 25 de febrero de 1975. BVerfGE 1.

del derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de los hijos, implica la posibilidad de anular una vida humana en desarrollo, la del concebido.

Esta premisa no puede ser aceptada como jurídicamente correcta, debido a que parte de una interpretación equivocada del derecho establecido en el artículo 4o. constitucional, según el cual “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”. La equivocación radica en que este derecho se refiere a la decisión, jurídicamente válida, de planificar la familia a través de cualquier medio legal en un momento anterior al de la concepción y no después, pues en caso contrario y llevando el argumento al extremo del absurdo, pudiera, además de admitirse la despenalización o legalización del aborto, la despenalización o legalización del infanticidio. Dicho en otras palabras, a lo que se refiere la parte en comento del referido precepto constitucional, es al derecho de tomar una decisión en un momento temporalmente anterior a la procreación de los hijos, pues es evidente, que después de la misma, no puede existir –ni el Estado reconocer– un derecho a deshacerse de los hijos.

Esta es otra más de las afirmaciones de los impulsores de la reforma que cae por estar sustentada en premisas falsas e incorrectas. Por ello, lo que a continuación esgrimen como argumento los impulsores de la reforma es que aún y cuando el derecho a la vida del concebido si esté en juego en la presente ponderación “en la acción de inconstitucionalidad presentada a nombre de la accionante [es decir, la CNDH] se asume, no se prueba, que la vida en general y la vida del producto [de la concepción] en específico son derechos que están por encima de los demás derechos”,¹⁶ por lo que, “no debe aceptarse la jerarquización *a priori*

¹⁶ Extracto del informe que presentó la Asamblea Legislativa del Distrito Federal ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo de las acciones de inconstitucionalidad que interpusieron en abril del 2007 la CNDH y la PGR en contra de la despenalización del aborto.

de los derechos fundamentales y, en caso de aceptarse, debe[n] prevalecer [los] derecho[s] de la mujer”.¹⁷

Al respecto, y suponiendo sin conceder que en verdad estén en juego tales derechos, podríamos concluir que nos encontramos ante una colisión de derechos; por un lado, el derecho a la vida del concebido no nacido, y por otro, los derechos de la mujer, por lo que no debe pasar inadvertido lo que en torno a la colisión de derechos han determinado los diversos organismos internacionales de derechos humanos de los que México ha reconocido su competencia, y sobre todo lo que nos indica el *principio de posición preferente de los derechos fundamentales*: según el cual, el intérprete que se enfrenta a un caso concreto en el que pueden entrar en colisión dos derechos fundamentales distintos, debe preferir a alguno de ellos realizando un ejercicio de ponderación.

Partiendo de la premisa de que aún y cuando “la doctrina afirma que todos los derechos humanos tienen igual valor, a la hora de examinar casos concretos de violaciones de este derecho, los órganos internacionales competentes no dudan en destacar el carácter especial del derecho a la vida”.¹⁸

Así, en la Observación General que –sobre el artículo 6o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– emitiera

¹⁷ Lo anterior resulta trascendente debido a que, como ya se ha dicho, los impulsores de las reformas señalaron que el objeto de las mismas es garantizar los derechos de las mujeres, entre otras cosas a: 1) Decidir de manera libre y responsable sobre su cuerpo en relación con el número y espaciamiento de sus hijos. 2) Adoptar las medidas más adecuadas que les permitan alcanzar niveles óptimos en su salud sexual y reproductiva, desterrando de manera definitiva los paradigmas de discriminación, violencia y sanción que ha sufrido por la práctica del aborto. 3) La procreación consciente y responsable, reconociendo el valor social de la maternidad. 4) Decidir sobre la interrupción de su embarazo durante las primeras doce semanas de gestación, alegando ante el médico circunstancias derivadas de las condiciones en que haya sobrevivido a la concepción: situaciones de penuria económica, sociales o familiares, que a su criterio le impidan continuar con el embarazo en curso.

¹⁸ “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, pp. 96 y 97.

el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas –respecto del derecho a la vida– señala que es “el derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación”.¹⁹ De igual manera, en un caso ventilado ante dicho comité en 1993, se señalaba que: “El derecho a la vida es el más esencial de estos derechos”.²⁰

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado: “si el debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, debe ser respetado en cualquiera circunstancia, su observancia es aún más importante cuando se halle en juego el supremo bien que reconocen y protegen todas las declaraciones y tratados de derechos humanos: la vida humana”.²¹

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en el reconocimiento del carácter especial del derecho a la vida. En una decisión adoptada en 1996 expresó: “que el derecho a la vida entendido como un derecho fundamental de la persona humana consagrado en la Declaración Americana y en diversos instrumentos internacionales a escala regional y universal, tiene el estatus de *jus-cogens*”,²² manifestando posteriormente: “el concepto *jus-cogens* se deriva de un orden superior de normas establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidas por las leyes del hombre o de las naciones”.²³

Esta postura ha sido ratificada recientemente por la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos al señalar: “el derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho

¹⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General, núm. 6, Párrafo 1 (1982).

²⁰ Comité de Derechos Humanos, caso *Kindler vs. Canadá*. Párrafo 13.1.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99. Párrafo 135.

²² “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”, *op. cit.*, p. 98.

²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *Remolcadora 13 de marzo*. Párrafo 79 (1996). Véase también *Sequieras Mangas vs. Nicaragua*. Párrafo 145 (1997).

supremo del ser humano y *conditio sine qua non* para el goce de todos los demás derechos”.²⁴

Asimismo, “Finnis tampoco duda de que existen derechos humanos absolutos o sin excepción; el más obvio, el que la propia vida no sea tomada como un medio para un fin ulterior”.²⁵

Por lo anterior, se derrumba otro argumento más de los defensores del aborto, debido a que todo apunta en el sentido de que ante una colisión de derechos, si uno de ellos es el de la vida, deberá ser preferido por ser supremo y requisito necesario para gozar de cualquier otro derecho.²⁶

c) Prosiguiendo con nuestro análisis interpretativo, pero ahora utilizando el *principio de mayor protección de los derechos*, según el cual los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución son sólo un estándar mínimo que debe ser ampliado, tanto por el intérprete como por el legislador, y partiendo de la base que “niño” es, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño, todo ser humano menor de dieciocho años de edad, y de acuerdo con la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, toda persona de hasta 12 años incompletos, quedando incluidos los concebidos por cumplir con tales requisitos, si la Constitución en su artículo 4o., párrafo sexto establece como un derecho de los niños el derecho “a la satisfac-

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Edwards y otros vs. Bahamas. Párrafo 109 (2001).

²⁵ Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, p. 157.

²⁶ Incluso, y tomando en consideración los derechos de la mujer que han sido esgrimidos por los impulsores de las reformas, el propio Comité de Derechos Humanos en su Observación General núm. 28 manifiesta su interés en las medidas adoptadas por los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “para ayudar a la mujer a prevenir embarazos no deseados...” (Comité de Derechos Humanos. Observación General núm. 28, Párrafo 11, 2000), es decir, señaló su interés en que los Estados adopten políticas preventivas, no en que se despenalice el aborto, al punto de que dicho Comité también ha manifestado preocupación por las consecuencias del uso del aborto como método de control de la natalidad. Véanse las observaciones finales sobre el informe de la República de Moldova, Párr. 18, A/57/40, p. 72.

ción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral”, obvio es que el goce y ejercicio de tales derechos se haría imposible en el caso de interrumpir el embarazo.

Es decir, si no se garantiza la posibilidad de que el concebido se desarrolle hasta su nacimiento, se hacen nugatorios los anteriores derechos, mismos que además tienden –como establece nuestra ley fundamental– a su desarrollo integral como un proceso biológico que se desenvuelve necesariamente en el tiempo hasta permitir el advenimiento de un hombre o mujer maduros.

Pensarlo de otra manera sería una contradicción lógica, filosófica y jurídica, ya que no se puede simultáneamente reconocer el derecho a la vida como algo inherente al ser humano y no incluir todos los seres humanos dentro de su protección, por lo que el proceso de desarrollo –al que hemos hecho referencia– es un proceso continuo que no muestra ninguna demarcación pronunciada y que no permite ninguna división precisa de las distintas etapas de desarrollo de la vida humana. El proceso no finaliza ni siquiera con el nacimiento; los fenómenos de la conciencia que son específicos de la personalidad humana, por ejemplo, aparecen por primera vez bastante tiempo después del nacimiento.

Por lo tanto, la protección de nuestra ley fundamental no se puede limitar ni al ser humano “realizado” después del nacimiento ni al niño por nacer, ni puede efectuarse aquí ninguna distinción entre las diversas fases de esta vida que se desarrolla por sí misma antes y después del nacimiento.²⁷ Es decir, el nacimiento no es sino otro momento más dentro del desarrollo de cualquier vida humana.

En este mismo tenor, no debe pasar inadvertido lo que al respecto señala la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria del párrafo sexto del

²⁷ Extracto de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de fecha 25 de febrero de 1975. BVerfGE 1, 37.

artículo 4o. constitucional y que tiene por objeto garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna.

Esta ley establece en su artículo 15 que niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a la vida y en su artículo 28, inciso f), que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la salud, y que para la preservación del mismo, las autoridades federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus respectivas competencias, se mantendrán coordinados a fin de ofrecer, entre otras cosas, atención pre y post natal a las madres, estableciendo así como obligación correlativa del derecho a la salud de los niños, el que las autoridades –en todos sus niveles–brinden atención pre natal a las madres. La única forma de justificar dicha obligación, es bajo es presupuesto lógico de que el concebido entre dentro del concepto de “niño” o “niña”, ya que de otra forma no sería lógico que el legislador se preocupara por la atención pre natal de las madres, si se parte de la base –como señalan los impulsores de las reformas– que el concebido no es persona y por lo tanto, no es centro de imputación jurídica.²⁸

d) Continuando con el análisis del artículo 4o. constitucional, en la parte en la que dicho numeral dispone el deber fundamental²⁹ que –los ascendientes, tutores y custodios– tienen de preservar los derechos de los niños, nuevamente resulta trascendente atender a lo que la ley reglamentaria de este artículo establece en cuanto a la forma de dar cumplimiento a este deber constitucional.

²⁸ Como vemos, ya no sólo es la Constitución la que deja ver los desaciertos de los defensores de la reforma, sino que ahora queda claro que la legislación secundaria la clarifica aún más, lo que es acorde con el criterio interpretativo de *mayor protección de los derechos*, según el cual, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución son sólo un estándar mínimo que debe ser ampliado, tanto por el intérprete judicial como por el legislador secundario.

²⁹ Para abordar el tema de los *deberes fundamentales* véase Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, 2005, p. 153.

Así las cosas, el artículo 11 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece que las madres, padres y todas las personas que tengan a su cuidado niñas, niños y adolescentes –incluidos los concebidos por las consideraciones antes realizadas– deberán protegerlos contra toda forma de maltrato, prejuicio, daño, agresión, abuso, trata y explotación, señalando *que lo anterior implica que la facultad que tienen quienes ejercen la patria potestad o la custodia de niñas, niños y adolescentes no podrán al ejercerla atender contra su integridad física o mental* **ni actuar en menoscabo de su desarrollo**, por lo que las normas dispondrán lo necesario para garantizar el cumplimiento de los deberes antes señalados.

Una vez más, vemos como los asesores jurídicos de la ALDF se olvidaron por completo del principio de mayor protección de los derechos, ya que no interpretaron los derechos fundamentales a la luz de la legislación secundaria, la que, aun cuando se encuentre jerárquicamente por debajo de nuestra Constitución, tiene una misión fundamental: ampliar los derechos reconocidos a nivel constitucional.

e) Tomando en consideración el artículo 4o. constitucional, en la parte en la que dicho numeral dispone: “El varón y la mujer son iguales ante la ley...”, y su relación con el derecho fundamental que tiene “toda persona (...) a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”, los impulsores de la reforma construyen una falacia ya que pretender llegar a una conclusión, la cual es a todas luces equivocada por sustentarse en una premisa incorrecta. La falacia es la siguiente:

[Premisa 1] El artículo 1o. constitucional establece que cualquier discriminación esta prohibida. [Premisa 2] El trato diferenciado por género está prohibido. [Premisa 3] Sólo la mujer es capaz de gestar un embrión. [Conclusión] Por lo tanto, a la mujer que se le restrinja la libertad de hacer con su cuerpo lo que quiera, por ejemplo, abortar, sería un trato discriminatorio por género, ya que no se le permitiría decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos, sólo por el hecho de ser mujer.

Como vemos es un silogismo falaz ya que pretende hacer pasar por cierto algo que es falso, debido a que en su construcción se utiliza una premisa equivocada, ya que –como ha quedado demostrado– al no ser el concebido parte del cuerpo de su madre, una mujer al abortar no está ejerciendo la libertad de hacer lo que quiera con su cuerpo, sino que está interfiriendo con la vida y el cuerpo del concebido.

Aunado a lo anterior, consideramos que el derecho a decidir sobre el número y espaciamento de los hijos, es un derecho que les corresponde a ambos progenitores y que la ley deberá garantizar tal derecho por igual al varón y a la mujer.

No es lícito concluir que se trate de un derecho exclusivo de la madre, pues de admitir tal hipótesis, como lo hacen los impulsores de la reforma, se estaría conculcando al progenitor varón en el ejercicio de tal derecho fundamental. Más aún, de admitirse dicha hipótesis, que condiciona los derechos y obligaciones derivados de la relación paterno-filial a la voluntad de la mujer, quizás pudiera argumentarse, por igualdad de razón y llegando a una conclusión notoriamente absurda, que el progenitor podría liberarse de sus obligaciones frente a su hijo, incluida la prestación de alimentos, para el caso de que solicitase a la madre del concebido la interrupción del embarazo en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 4o. constitucional y esta última no aceptara.

Es decir, con las reformas se permite un trato discriminatorio, en este caso por género, ya que se afecta la libertad personal de los varones por el hecho de ser incapaces de gestar un embrión o un feto –esto es, por ser hombres– negándoles ejercer su derecho para decidir el número y espaciamento de sus hijos, lo que claramente se encuentra prohibido por el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional.³⁰

³⁰ Más aún, de acuerdo con el anterior argumento, y tomando en consideración que las reformas que se analizan, al no dar participación al progenitor varón en la decisión del aborto voluntario, es defendible que cualquier progenitor varón, que vie-

Por ello, consideramos que el silogismo correcto debería formularse de la siguiente manera:

[Premisa 1] El artículo 1o. constitucional establece que cualquier discriminación está prohibida. [Premisa 2] El trato diferenciado por género está prohibido. [Premisa 3] El hombre es incapaz de gestar un embrión. [Conclusión] Por lo tanto, toda ley –como es el caso de las reformas de analizadas– que no de participación al hombre en la decisión de optar o no por el aborto generaría un trato discriminatorio por género, ya que no se le permitiría decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos, sólo por el hecho de ser hombre.

SEXTA VIOLACIÓN. La facultad legislativa para establecer tipos penales debe proteger el derecho fundamental a la vida del concebido.

De una interpretación sistemática de nuestra Carta Magna se desprende que la facultad legislativa para establecer tipos penales tiene importantes restricciones, o dicho en otras palabras, el legislador carece de la facultad de desproteger penalmente el derecho fundamental a la vida.

En efecto, el legislador ordinario, ya federal o local, tiene la facultad para legislar en materia penal, estableciendo delitos y penas, según lo establece la Constitución en sus artículos 124, 73, fracción XXI y 122, base primera, fracción V, inciso h).

No obstante, esta facultad fue restringida por el Constituyente permanente, ya que el legislador penal carece de la facultad para tipificar o destipificar cualquier conducta o proteger o desproteger cualquier bien jurídico. El derecho penal es un derecho de *última ratio* que debe proteger los valores y bienes jurídi-

se comprometidos sus derechos a la paternidad por la decisión tomada en exclusiva por la progenitora mujer con fundamento en las cuestionadas reformas, podría promover amparo, tanto a nombre propio, como en su calidad de representante de su menor hijo, en ejercicio de la patria potestad, razón por la cual las referidas reformas y adiciones deben ser declaradas inconstitucionales.

cos más importantes tipificando las conductas que los dañen o pongan en peligro.

Así las cosas, este principio no sólo se deriva de la armónica interpretación de las disposiciones constitucionales, sino que se deriva de la más mínima lógica de nuestro sistema jurídico democrático que no puede dejar en manos del legislador secundario la libertad irrestricta para establecer delitos o dejar de penar determinadas conductas. Los principios penales que inspiran al legislador secundario se derivan de nuestra Carta Magna y constituyen un límite que este debe respetar, so pena de ser declarados inconstitucionales. Pensar de otra manera conduciría a un Estado autoritario y antidemocrático que podría penar no sólo cualquier conducta sino desproteger los bienes jurídicos más fundamentales que dan cohesión a nuestra sociedad.

En este orden de ideas, el límite mínimo de esta facultad se encuentra en el cuarto párrafo del artículo 17 constitucional que establece que el incumplimiento de deudas de carácter puramente civil no puede ser tipificado como delito. Asimismo, en forma clara y contundente el artículo 21 constitucional distingue claramente entre faltas y delitos, es decir, establece que no todas las infracciones al orden jurídico pueden ser sancionadas por la ley penal. Por otro lado, el límite máximo del *ius puniendi*, se encuentra en la necesaria protección penal de los bienes jurídicos más importantes: la vida, la libertad y el patrimonio.

Por ello, y atendiendo a lo que la lógica jurídica indica, así como a la interpretación literal, teleológica y hermenéutica sistemática a la que hemos hecho referencia en los apartados anteriores, el valor jurídico más importante, causa y fundamento de todo derecho fundamental o patrimonial es el derecho fundamental a la vida. Congruente con este principio, el Constituyente permanente, al reformar los artículos 14 y 22 constitucionales, privó al poder legislativo ordinario de la facultad para privar de la vida a los individuos, aun cuando medie el más grave de los delitos y se respete la garantía de audiencia.³¹

³¹ Lo anterior se establece claramente en el decreto de 8 de noviembre de 2005, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de diciembre del mismo año, así

Esto es, existe un límite mínimo y máximo del *ius puniendi*, que establece una restricción para tipificar ciertas conductas, y una obligación de tipificar otras: aquellas que protegen los bienes jurídicos más importantes, siendo el más importante el derecho fundamental a la vida, causa y fundamento de todos los derechos.

Por lo anterior, cuando la protección que la Constitución ordena respecto del derecho a la vida de todo individuo –incluido el concebido– no puede ser alcanzada de otro modo, el legislador puede estar obligado a echar mano de los medios del derecho penal a fin de proteger la vida que se encuentra en desarrollo. La norma penal constituye ciertamente “*ultima ratio*” dentro del instrumental del legislador. Según el principio de proporcionalidad (constitutivo del Estado de derecho), el cual impera en todo el derecho público, inclusive en el derecho constitucional, el legislador debe hacer uso de este medio con cautela y moderación.

Sin embargo, este “último recurso” tiene que ser empleado cuando de otra manera no sea posible conseguir una protección eficaz de la vida. Esto es necesario debido al valor e importancia del bien jurídico protegido. No quiere esto decir que el Estado tenga un deber “absoluto” de castigar, sino que tomando en cuenta la insuficiencia de los otros medios, surge de aquí un deber “relativo” de acudir a la sanción penal. Frente a esto se ha objetado que de una norma fundamental que confiera una libertad en ningún caso se puede derivar una obligación del Estado de castigar determinada conducta. Sin embargo, cuando el Estado se encuentra obligado –mediante un valor axiológico fundamental– a proteger eficazmente un bien jurídico de especial importancia frente a injerencias de terceros, las medidas que el Estado tome para proteger este bien inevitablemente podrán conculcar los ámbitos de libertad de otros portadores de derechos fundamentales.

En este sentido, la reforma al artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal objeto de análisis, priva de la protección

como en su exposición de motivos, a través del cual se proscribe por completo la pena de muerte en nuestro país.

penal al derecho a la vida de los concebidos que se encuentren dentro de las primeras doce semanas de gestación pues destipifica como delito la interrupción del embarazo antes del término referido.

En efecto, el bien jurídico de la vida del producto de la concepción deja de ser el bien jurídico protegido, y ahora sólo se protege la vida del concebido cuando este logra implantarse en el endometrio y alcanza la décima segunda semana de gestación. En este orden de ideas el resultado típico cambia, y ahora sólo existe aborto cuando la muerte del producto de la concepción acontece después de la décimo segunda semana del embarazo y no en cualquier momento de la preñez.

Al respecto, los impulsores de la reforma señalan que “la Constitución sí prevé casos en los que explícitamente se obliga al legislador a penalizar una conducta... tal es el caso del artículo 16, párrafo tercero que establece que la privación de la libertad sin la inmediata presentación del inculcado ante un juez debe ser sancionada penalmente... y la interrupción del embarazo no es uno de ellos”.

Desde nuestra óptica, el argumento cae por su propio peso, ya que si el aborto no debe –necesariamente– ser penalizado por el hecho de que la Constitución no lo determine explícitamente, podríamos preguntar ¿por qué está penalizado el homicidio, las lesiones o el infanticidio?, si nuestra Carta Magna tampoco lo determina expresamente en estos casos.

V. CONCLUSIÓN FINAL

En suma, si atendemos a las conclusiones interpretativas a las que han llegado los impulsores de la reforma, así como a las conclusiones interpretativas que se presentan en el presente estudio, podemos arribar a dos conclusiones que se excluyen una de la otra:

1. El concebido no es persona y por lo tanto no es titular de los derechos fundamentales consagrados en la CPEUM.

2. El concebido sí es persona, y por lo tanto es titular de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra ley fundamental.

Tomando en consideración que la conclusión número 1 es derivada de una interpretación limitativa y contraria a los principios de mayor eficacia y de fuerza expansiva de los derechos fundamentales, toda vez que no amplía tales derechos, ni extiende el universo de los sujetos titulares de los mismos, es lógico y jurídico concluir –de acuerdo con el principio *pro homine* en su vertiente de preferencia interpretativa– que la conclusión correcta es la número 2.

Por lo anterior, y partiendo de la base que el concebido es persona, la SCJN deberá tomar en cuenta el principio de *posición preferente de los derechos fundamentales*, según el cual, el intérprete que se enfrente a un caso concreto en el que pueden entrar en colisión dos o más derechos fundamentales distintos, debe preferir a alguno de ellos realizando un ejercicio de ponderación.

Para que la ponderación se realice correctamente, en primera instancia debemos determinar los derechos fundamentales que se encuentran en juego dentro del caso a resolver. En este propósito, los impulsores de la reforma han sostenido que “si ponemos en la balanza los derechos, tendríamos de un lado (el del embrión) un solo derecho: el derecho a la vida. Por su parte, del lado de la mujer, tendríamos varios derechos fundamentales: su derecho a la vida, su derecho a la salud, su derecho a la libertad reproductiva, su derecho a la autodeterminación de su propio cuerpo”.

Suponiendo sin conceder que sí estén en juego tales derechos de la mujer –lo cual es a todas luces infundado debido a que aquí hemos ido señalando por qué no deben ser colocados “en la balanza”– consideramos poco atendible tal argumento cuantitativo, por lo que podemos llegar a dos conclusiones:

- a) Si optamos por dar preferencia a los derechos de la mujer sobre la vida del concebido, necesariamente estaríamos fagocitando esta última.

- b) Si optamos por dar preferencia al derecho a la vida del concebido sobre los “supuestos” derechos de la mujer, no necesariamente estaríamos nulificando estos últimos, debido a que pueden existir otros medios o soluciones que provea el Estado que permitan resguardar ambos, tanto los de la mujer, como los del concebido. ¿No existirá acaso una solución que nos permita proteger ambos derechos?, ¿no debe ser éste el reto de los legisladores ante un conflicto de este tipo?, ¿el fin que buscan las reformas analizadas en realidad es atendido si se permite que una mujer pueda abortar la cantidad de veces que le venga en gana?

Las preguntas anteriores no tienen otra finalidad sino dimensionar con claridad la misión fundamental de la ciencia jurídica, que no es otra más que aportar soluciones novedosas y justas a las problemáticas concretas que enfrenta el ser humano. Una posible alternativa puede ser el generar leyes y políticas públicas que faciliten la adopción de niños que no sean deseados por sus madres y de esta forma se genere paralelamente mayor eficacia al derecho fundamental que tienen las parejas de decidir el número y espaciamiento de sus hijos, pero que no lo han podido hacer por imposibilidad natural.

No perdamos de vista que “el derecho, si pretende mantener su legitimidad y no ser absorbido o neutralizado por economistas, políticos o científicos, debe ser una fuente permanente de invocación y de reclamo por la justicia y lo justo, no para proponer soluciones inviables sino para defender incansable, inexcusable y eficazmente aquello que resulta indisponible dado que aceptar lo contrario significa sacrificar el sentido legitimador del derecho”.³²

Por lo anterior, y toda vez que la solución derivada de la interpretación a) fagocita por completo uno de los derechos fun-

³² Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, p. 23.

damentales en juego (aunado a que es incorrecta porque en realidad no hay tales derechos de la mujer en juego), y la solución derivada de la interpretación b), posibilita tutelar todos los derechos fundamentales que se encuentran involucrados, es lógico y jurídico concluir –de acuerdo con el principio *pro homine* en su vertiente de preferencia interpretativa– que la conclusión correcta es la marcada con el inciso b), por lo que es incuestionable que las reformas que han despenalizado el aborto durante las primeras doce semanas de gestación son contrarias a los valores y principios de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por último, y aunado a todos los argumentos jurídicos antes expuestos, me permito concluir el presente estudio con una idea planteada por el Dr. Raúl Madrid Ramírez, quien de una magnífica forma desnuda los efectos negativos que traería consigo la inclusión de figuras antijurídicas como el aborto dentro de la legislación positiva, al señalar: “Reconocer al pequeño y desvalido embrión la cualidad de persona es, en definitiva, como dice Sgreccia, salvarnos a nosotros mismos, ciudadanos ya de este mundo, del peligro que nos acecharía en todos aquellos momentos en que somos menos inteligentes, menos auto conscientes, menos capaces de una vida de relación”.³³

³³ Madrid Ramírez, Raúl, “Consideraciones sobre la personalidad del embrión”, *La bioética. Un reto del tercer milenio*. Coeditado por la Escuela Libre de Derecho, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Anáhuac, Universidad Iberoamericana, Universidad La Salle y Universidad Panamericana, México, 2002, p. 110.