

## EL ABORTO Y SU “DESPENALIZACIÓN”

RESQUEBRAJAMIENTO ASAMBLEÍSTICO DEFEÑO IGNORANTE DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA NORMATIVA E INDUCIENTE DE UNA SEUDO JUSTIFICACIÓN POSITIVO-SOCIOLOGISTA EVADIENTE DE LA RESPONSABILIDAD GUBERNATIVA DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO PERVERSO DE SUS FINES TEMPORALES DE BIEN COMÚN OBLIGACIONALES DE EDUCACIÓN, SALUD Y SEGURIDAD.

### TERCERA PARTE

LA CONSTITUCIÓN MEXICANA Y LAS CONVENCIONES (TRATADOS) INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR LA SUPREMA CORTE EN MATERIA DE ABORTO. REACCIONES DE LAS LEGISLATURAS ESTATALES.

Por CARLOS MÜGGENBURG RODRÍGUEZ-VIGIL<sup>1</sup>

*“El excesivo poder de los jueces (y no sólo de los jueces constitucionales) significa una amenaza para la democracia: los señores del derecho no son ya los legisladores, los representantes de la voluntad popular, sino órganos que carecen de legitimidad democrática puesto que los jueces suelen ser nombrados mediante procedimientos de cooptación... que muy bien podrían dejarse llevar en sus actuaciones por motivaciones simplemente subjetivas (por ejemplo afán de notoriedad pública) con el riesgo de arbitrariedad que ello supone.”<sup>2</sup>*

**RESUMEN:** Tercera entrega de la llamada “despenalización” del aborto en la Ciudad de México, en donde se analiza y confronta la legislación de la Ciudad con el texto constitucional, el Pacto de San José, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, la Convención sobre Derechos del Niño y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Asimismo, el papel que han jugado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la Procuraduría General de la República, la Asamblea Legislativa y las legislaturas, tanto federales como estatales, en el ámbito constitucional y penal, para sugerir, finalmente, algunas soluciones en la esfera legal y pedagógica.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y CONVENCIONES INTERNACIONALES. 3. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 4. LEGISLACIONES ESTATALES Y LEGISLACIÓN FEDERAL. 5. CONCLUSIONES A LA TERCERA PARTE.

1 Profesor de la Escuela Libre de Derecho.

2 Atienza, Manuel, Podemos hacer más más. Otra forma de pensar el derecho. Editorial Pasos Perdidos S.L. Madrid 2013. Págs. 35 y 36.

## I. INTRODUCCIÓN

Hemos visto en la Primera y Segunda Partes de este Artículo, que tanto la falta de seriedad legislativa, como la ignorancia de la dogmática jurídica normativa funcional por parte de la Asamblea Legislativa de la ahora demagógicamente denominada Ciudad de México, han caracterizado la dinámica de la mal llamada “despenalización” del aborto.<sup>3</sup>

Corresponde ahora hacer el análisis de los textos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que han servido de pretendido fundamento a los legisladores de la “despenalizadora” reforma, así como al poder judicial para constitucionalizarla.

El proceso legislativo proabortista que se iniciara hace aproximadamente diez años en la “Ciudad de Vanguardia” por los perredianos, modelo que frustradamente habría de intentar ser seguido por entre otros quizá, los Estados de Coahuila nuevamente bajo el nepótico gobierno del hermano del repatriado de España “exonerado maestro” Humberto Moreira del Partido Revolucionario Institucional, Rubén Moreira, a imitación de la asamblea defeha, diez años después<sup>4</sup>; y Morelos desde Septiembre de 2015 por el gobierno del entonces autopresidenciable Graco Ramírez del Partido de la Revolución Democrática, de manera subrepticia como lo reveló el dictamen respectivo del Congreso del Estado de Morelos<sup>5</sup>, circunstancia que ha provocado a la vez una reacción contraria, no solamente en esos propios Estados, sino adicionalmente en otros Estados que han optado expresamente por la protección de la vida desde su concepción, en algunos casos inclusive a nivel constitucional. Tal era el caso de estados como Aguascalientes, Baja California Sur, Estado de México, Sinaloa, Tabasco, Veracruz y Zacatecas entre 2008 y 2010. Modificaron en ese mismo período sus constituciones

3 Müggenburg Carlos, El Aborto y su Despenalización, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho números 39 Pág. 559 y ss. y 40, Págs. 369 y ss. respectivamente, entre otras.

4 Congreso del Estado Independiente, Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza. Iniciativa de Decreto que crea el Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza suscrita por el Gobernador Constitucional del Estado de Coahuila de Zaragoza, que propuso en el artículo 195 de su nuevo Código Penal, que el aborto sea delito solamente cuando “... la muerte del producto de la concepción [se cause] después de las doce semanas de embarazo” repitiendo los argumentos “... ¿el derecho a la vida sería de menor valía que el intrínseco derecho de género que pueda existir para la mujer como es el de decidir la maternidad o la no-maternidad? ... la falta o desatención de una educación sexual responsable, no conlleva a una penalización exacerbada... anteponer el escudo de la razón... a la espada fría y pétrea de la diosa ciega de la justicia...” <http://congresocoahuila.gob.mx/portal/wp-content/uploads/2014/12/20171026-C%-C3%B3digo-Penal-de-Coahuila-de-Zaragoza.pdf> Págs. 75 a 80 y <http://congreso.coahuila.gob.mx/portal/iniciativas-2017> Pág. 568.

5 “... concluimos que los siguientes temas deben concluirse (sic) en SENTIDO NEGATIVO: ... El iniciador propone adicionar un párrafo al artículo 115 del Código Penal para el Estado de Morelos, con la finalidad de que el aborto se practique bajo cualquier circunstancia. Tan es así que establece el término: “cuando el embarazo sea resultado de una presunta violación”, mientras que el texto vigente dice: cuando el embarazo sea resultado de un delito de violación” Congreso del Estado de Morelos. Gaceta Legislativa. Sesión Ordinaria del 7 de Septiembre de 2015. Año I Número 002. Lugar de Publicación Cuernavaca, Morelos. Págs. 174 y 175.

para el mismo efecto, aunque sin necesariamente prohibirlo absolutamente pues se mantenían las técnicamente auténticas despenalizaciones (aborto imprudencial, peligro de muerte y violación) y las destipificaciones con derecho a abortar (inseminación artificial no consentida, alteraciones genéticas con riesgo de daños físicos y psíquicos y riesgos de salud similares a las del Distrito Federal) Baja California, Chiapas, Chihuahua, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tamaulipas y Yucatán.<sup>6</sup>

La dinámica abortista habría de llegar finalmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, intérprete judicial que no auténtico del tema, con su atribución de garante de respeto a la Constitución.<sup>7</sup> Un tema tan fundamental que efectivamente genera grave polémica en la que como bien plantea el citado autor Laurence H. Tribe, la sociedad se divide, o mejor dicho se desgarran ideológicamente, casi por mitades, entre la prevalencia del derecho a la vida y el derecho a la libertad. Un tema que había correspondido definir no sólo al poder legislativo, representante directo de la sociedad destinataria de las normas jurídicas, sino inclusive a los legisladores Estado por Estado, en términos del Artículo 124 de la Constitución Política de los EUM.<sup>8</sup>

## 2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y CONVENCIONES INTERNACIONALES

### A. Artículos Constitucionales

El artículo 1o. constitucional publicado en el Diario Oficial del 5 de febrero de 1917, que dio a conocer a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que “reformó” a la del 5 de febrero de 1857, estableció en su artículo 1o. del Capítulo Primero del Título Primero que “[e]n 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.”<sup>9</sup>

Contrastantemente, el artículo 1o. de la Constitución Política de la República Mexicana, publicada como “Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos Sancionada y Jurada por el Congreso General Constituyente” el 5 de febrero de 1857, no se refiere a individuos, sino a “... los derechos del “hombre” [que] son la base y el objeto

6 Tribe H. Laurence, *El Aborto Guerra de Absoluto*. Fondo de Cultura Económica, Instituto Nacional de Ciencias Penales. Traducción de Dubravka Suznejevic, con Estudio Preliminar de José Ramón Cossio, Luz Helena Orozco y Luisa Conesa Labastida. México 2012. Pág. 75.

7 García Máñez Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa. México 1984. Pág. 329.

8 Diario Oficial. Órgano del Gobierno Provisional de la República. Tomo V, Cuarta Época, Número 30 México, Lunes 5 de Febrero de 1917, Pág. 159, Art. 124 “Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados.”

9 *Ibidem* Tena Ramírez Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-1982*, Décimo Primera Edición, 1982, Editorial Porrúa S.A. Pág. 817.

de las instituciones sociales ..”, para luego agregar que ... todas las leyes y todas las autoridades deben respetar y sostener las garantías que otorga la ... Constitución.”<sup>10</sup>

Es de llamar la atención que desde el “Mensaje del Primer Jefe ante el Constituyente 1916, se refiriera a que el objeto de todo gobierno es “... el amparo y protección del ‘individuo’, o sea de las diversas unidades de que se compone el agregado social...”<sup>11</sup>

Más recientemente, en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011, se publicó el texto vigente del Artículo 1o. que establece que “[e]n los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece...”<sup>12</sup>

Como puede apreciarse, los destinatarios de los derechos humanos, derechos del hombre o anteriormente garantías individuales, han sido denominados como individuos, hombre y persona, en la historia constitucional mexicana del último siglo y medio. Independientemente de analizar posteriormente, si constitucionalmente, el derecho a la vida es o no un derecho humano, del hombre o garantía y las causas y efectos de su evolución terminológica, resulta conveniente analizar las implicaciones que el uso histórico de las palabras hombre, individuo y persona puede tener en dicho análisis tanto etimológico como jurídico, ya que pareciera haber habido consciente o inconscientemente, al menos en el desenlace judicial del asunto, razones intencionalmente semánticas para el uso de uno u otro término.

Hombre viene del latín *homo-inis*, y significa primariamente animal racional y en esa acepción comprende a todo el género humano. Individuo, del latín *individuus*, que no puede ser dividido, cada ser organizado sea animal o vegetal respecto de la especie a que pertenece. Persona, del latín *persona*, individuo de la especie humana.<sup>13</sup>

Resulta particularmente relevante en el plano jurídico vigente y en el caso concreto la significación de la palabra persona. El Diccionario Jurídico Mexicano le dedica varias páginas diciendo que la persona “... cuyas derivaciones modernas han sido objeto de muchas controversias entre filólogos, juristas, filósofos y teólogos ... un término altamente técnico con el cual los juristas normalmente se refieren a una entidad dotada de existencia jurídica susceptible de ser titular de derechos subjetivos, facultades, obliga-

10 Ibídem Pág.607.

11 Ibídem Pág. 748.

12 Diario Oficial de la Federación, 10 de junio de 2011, Primera Sección, Pág. 2. Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

13 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. Decimovena Edición, Madrid 1970 Págs. 715, 741 y 1012.

ciones y responsabilidades jurídicas ... sus atributos o predicados... son propiedades no empíricas [que] ... la [d]ogmática ... capacidad ... inseparablemente vinculada a la noción de persona: sólo las personas tiene capacidad jurídica ... noción con la cual la dogmática jurídica designa a aquella entidad que, *a tort ou raison*, el orden jurídico otorga efectos jurídicos a sus actos.”<sup>14</sup>

El 15 de abril de 2008, el diputado del Partido Acción Nacional, Leonardo Magallón Arceo, puso a consideración del Constituyente Permanente por primera vez, el reconocimiento expreso de los derechos humanos en la Carta Magna y con ello una iniciativa de reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aludiendo a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la Organización de las Naciones Unidas desde 1948, de la cual desprende entre otros “... que tanto los individuos como las instituciones ... promuevan ... el respeto a los derechos y libertades ... [que] incluyen: a) el derecho a la vida... [con el siguiente texto] todas las personas gozarán de los derechos humanos y de las garantías para su protección reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales ratificados por los Estados Unidos Mexicanos.” Coincidentemente, aparece que entonces se recibió también “... de diputados de los Grupos Parlamentarios del PRD, del PRI, del PT, de Convergencia, de Alternativa y de Nueva Alianza... proyecto de decreto, aprobado por consenso que reforma y adiciona los artículos 1... para incorporar el concepto de derechos humanos... [l]a garantía no es el derecho, es el medio o instrumento para hacer eficaz el derecho... el bien jurídico mayor es la dignidad humana.... El principio de interpretación conforme a los tratados ya es parte de muchas constituciones de Iberoamérica... [y] la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados, no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida. [Desde]... diciembre de 1998, México finalmente aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de derechos Humanos.” Con excepción del la utilización de las palabras “... ratificados por el Estado Mexicano” en lugar de “por los Estados Unidos Mexicanos”, el texto reformativo de ambas iniciativas era idéntico. La Presidenta diputada Ruth Zavaleta Salgado “consultando”, resolvió entonces que se turnaran a la Comisión de Puntos Constitucionales.<sup>15</sup>

La utilización cronológica de los términos hombre, individuo y persona, no es del todo trivial ni mucho menos meramente semántica. Habrá de resultar circunstancialmente controversial en la determinación de si el embrión y el feto deben o no ser sujetos de protección constitucional y en qué carácter.

De manera informativa, se hace necesario conocer su significado filológico y filosófico. No obstante que el uso del término hombre en la Constitución de 1857 pareciera

14 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Décima Segunda Edición, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1988, P-Z, Págs. 2394, 2399 y 2400.

15 Cámara de Diputados, LX Legislatura, Gaceta Parlamentaria, Año XI Palacio Legislativo de San Lázaro, 15 y 24 de abril de 2008, Págs. 26, 31, 34, 348, 349, 350, 351, 352, 354 y 358.

responder más al materialismo antropológico originado en el renacimiento y consolidado en los siglos dieciocho y diecinueve, no puede descartarse que los derechos que esa constitución le reconoce como “derechos del hombre”, permitan que “... sea lícito utilizarle como medio, y que deban dejarse a salvo sus inalienables derechos fundamentales...”<sup>16</sup>

La utilización original del término “individuo” por la Constitución de 1917 resulta filosóficamente francamente trascendente, más aún porque habiéndose podido reincorporar el término hombre de su predecesora constitución, se optó por cambiarlo, sin que infortunadamente haya habido una explicación abierta del cambio. Algo debe haber pretendido necesariamente quien lo incorporó en el proyecto del Primer Jefe constitucionalista.

“Al individuo se opone lo universal, o sea, la esencia, que prescinde (abstrae) de todo sujeto determinado y que como tal es comunicable a diversos sujetos. ... El término latino *individuum* significa etimológicamente lo indiviso, denotando una unidad esencialmente indivisa e indivisible, porque este uno, en cuanto tal, nunca puede existir multiplicado... Leibniz formuló el principio de los indiscernibles, según el cual, dos cosas que convinieran en todas las propiedades coincidirían necesariamente; no podría haber por lo tanto, dos cosas completamente iguales, que se distinguieran únicamente por estar al lado una de otra...”<sup>17</sup>

Cualquiera expectativa de que la protección constitucional del texto original de 1917 alcanzara al embrión o feto como individuos que indudablemente lo son conforme a la definición mencionada en el párrafo precedente, se fue desvaneciendo para efectos de conferirle el derecho a la vida, mediante el amparo.

Desde la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 104 de la Constitución Federal, se descartó tal posibilidad, a pesar de que el texto constitucional al referirse a los individuos como los beneficiarios de las entonces llamadas garantías individuales. No obstante, sí le concedió tal derecho al menor y a las personas morales privadas y a las personas morales oficiales.<sup>18</sup>

El cuestionamiento que no obstante lo dicho en la ley mencionada se volvió plantear en el año 1932, y que se resolvió favorablemente por la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por unanimidad de cuatro votos de los ministros presentes<sup>19</sup> con respecto a si las garantías individuales protegían los derechos

16 Brugger Walter, Diccionario de Filosofía Décimo Tercera Edición, Editorial Herder, Barcelona 1983, Versión Castellana J.M. Vélz Cantarell y R. Gabás, Pág. 287.

17 Ibídem, Págs. 306 y 307.

18 Poder Judicial de la Federación, La Suprema Corte de Justicia Durante los Años Constitucionalistas (1917-1920), Primera Edición, 1995. Impreso en México, Art. 6o. Pág. 116.

19 Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXXIV Materia(s): Común, Pág. 1205, Tesis Aislada, Núm. de Registro: 363076.

patrimoniales de las personas jurídicas, jamás parece haberse planteado con respecto a un tema menos pragmático pero mucho más trascendente como lo era y es el caso de si la protección constitucional alcanzaba a individuos tales como el embrión y el feto.

La Ley (llamada) Orgánica de los Artículos 103 y 107, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1936, fue del mismo tenor, aunque restringió expresamente la protección de las personas morales oficiales al caso en que se afectaran sus intereses patrimoniales.<sup>20</sup>

A raíz de la reforma constitucional de 10 junio de 2011 en materia de derechos humanos, se volvió a cuestionar si las personas morales o jurídicas, habrían de ser titulares de tales derechos, por no estar expresamente mencionadas en la Constitución. Para entonces, ya en plena Décima Época, los Tribunales Colegiados de los Circuitos Cuarto y Segundo en Materia Administrativa del Primer Circuito, y Octavo del Circuito Auxiliar de la Primera Región, recurrieron a la Constitución Alemana, la Convención Europea de Derechos Humanos, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso Radilla Pacheco, e inclusive a la “interpretación más benéfica para la persona”, y al principio de progresividad que constitucionalmente los protege, para confirmar que sí los tienen.<sup>21</sup>

El tema de si los embriones y fetos tienen derechos humanos no obstante la reforma constitucional vigente y los principios que rigen su interpretación, como lo fue en el caso de las personas morales, no parece haber sido materia de amparo sin embargo.

## B. Convenciones Internacionales

Primeramente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y subsecuentemente la Organización de los Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969, reconocieron el derecho a la vida de “todo individuo” en su Artículo 3o. la primera, y en su Artículo 4o. la segunda; es decir el respeto al derecho a la vida de toda persona y a su protección por la ley [en general], “a partir del momento de la concepción.”<sup>22</sup>

Independientemente de que la terminología para la identificación del sujeto de protección no haya seguido siendo uniforme, es de llamar la atención que la Organización de las Naciones Unidas se refiera al individuo y que le reconozca no el derecho de vida,

20 Diario Oficial, viernes 10 de enero de 1936, Arts. 6o. y 9o. Pág. 16.

21 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, respectivamente Libros XI, XXIV y 41, de Agosto de 2012 Tomo 2 (Núm. de Reg. 200011402), Septiembre de 2013 Tomo 3 (Núm. de Reg. 2004543) y Abril de 2017 Tomo II (Núm. de Reg. 2014183), Tesis Aisladas Págs. 1875, 2628 y 1775.

22 Declaración Universal de los Derechos Humanos <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>, Pág. 2; Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José Costa Rica. Pág. 8 respectivamente.

sino el derecho a la vida, en tanto que la Organización de los Estados Americanos si bien se refirió a la persona como el titular de los derechos humanos, extendió el concepto, con la salvedad de algún Estado, entre otros México, “a partir del momento de la concepción”.

La diferencia de lenguaje usada en uno y otro Tratado (ahora llamados “Convenciones”) no puede pasar desapercibida. El uso de una u otra preposición denota la relación, conexión o correspondencia de las palabras para darle uno u otro sentido a la oración, lo que se dice o se atribuye en este caso del sujeto.<sup>23</sup>

En tanto que la preposición “a” se refiere a algo a lo que se tiende o aspira, pero que no se tiene aún, la preposición “de” significa exactamente esto último pero afirmativamente, lo que ya se tiene, propiedad de o pertenencia a algo, no lo que se va a tener, a lo que se quiere acceder, sino lo que ya es propio y se mantiene y quizá se quiere retener o simplemente se mantiene.<sup>24</sup>

Esta aparente meramente disertación semántica es de enorme trascendencia en el debate hermenéutico del tema, particularmente a nivel judicial, no obstante que habrá de ser tratado quizá por alguno que otro de los once ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que hacia agosto de 2007 se propusieron resolver el asunto.

Sin perjuicio de regresar al tema más adelante, resulta evidente que el uso de la preposición “a” o de la preposición “de” se vuelve verdaderamente trascendente, particularmente para aquéllos que como veremos, consideran que a lo que las leyes se refieren es al derecho de la persona asumiendo que el embrión y el feto no lo son, dicen ya se tiene, que la vida debe ser o darse antes de su posesión o pertenencia, para poder ser garantizada, y que no habiendo persona antes, el derecho que no se tiene, pero al que se puede aspirar o acceder, no es un derecho humano, pues la persona no existe jurídicamente sino “hasta que desprendido del seno materno vive 24 horas o es inscrito en el Registro Civil”.

### *1. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José*

Como se mencionó anteriormente, esta Convención quedó aprobada en el seno de la Organización de los Estados Americanos, el 22 de noviembre de 1969 en la Ciudad de San José, Costa Rica. Sin embargo, México no la ratificó sino hasta más de 11 años después, con la publicación del Decreto de Promulgación de la Convención Americana de Derechos Humanos del 7 de mayo de 1981 en el Diario Oficial de la Federación, y la

23 “Del lat. praepositio,-onis. F.Gram. Parte Invariable de la oración, cuyo único oficio es denotar el régimen o relación que entre sí tienen dos palabras o términos”. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Décima Novena Edición. Madrid 1970. Págs. 1061y 1126.

24 “... 2 a Indica la dirección o el término al que se encamina alguna persona o cosa.” *Ibidem* Pág. 1. De [del latín de] Prep. Denota posesión o pertenencia. *Ibidem* Pág. 421.

publicación del texto mismo hasta el 9 de enero de 1981, luego de que la Cámara de Senadores la aprobara el 18 de diciembre de 1980, y depositado en la Secretaría General de la propia Organización hasta el 24 de marzo de 1981. Lo anterior según se desprende de la certificación que hizo el Lic. Alfonso De Rosenzweig-Díaz, subsecretario de Relaciones Exteriores, encargado del despacho, haciendo constar que en los archivos de esa Secretaría obra la Convención Americana “Pacto de San José Costa Rica”.<sup>25</sup>

El mencionado Decreto publicado en el Diario Oficial el 9 de enero de 1981, aprobatorio de diversos entonces genéricamente llamados tratados internacionales que incluyó Pactos y Convenciones, en su rubro “TERCERO”, se refirió específicamente a la aprobación que había hecho la Cámara de Senadores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “... con las declaraciones interpretativas al párrafo 1 del Artículo 4... que formulara el Ejecutivo de la Unión, al proceder a su adhesión”. Casi cuatro meses después (el 7 de mayo del mismo año) como se indicó arriba, en el propio Diario Oficial se publicó el Decreto Promulgatorio de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el que se incluyen las mencionadas “DECLARACIONES INTERPRETATIVAS”.

Su Artículo 4, relativo al “Derecho a la Vida” estableció: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente[.]”, pero antes de dar paso al Preámbulo de la Convención y a su articulado, incluyó las anunciadas “DECLARACIONES INTERPRETATIVAS” del propio Senado, que establecen que por cuanto al párrafo 1 del Artículo 4, se “... considera que la expresión “en general” (el subrayado es propio), usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción”, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.”<sup>26</sup>

No obstante esta salvedad el Gobierno Mexicano aceptó, sin reserva ni “Declaración Interpretativa” alguna, el Artículo 28 “Cláusula Federal” de la propia Convención, que a la letra establece que: “1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.” Más aún, el párrafo 2 del propio Artículo 28 establece “2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes,

25 Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, Departamento de Secretaria y Comisiones, del Congreso de la Unión, LI Legislatura, Despachado Año Segundo Período Ordinario, Comisiones Unidas de Relaciones Exteriores y Gobernación bajo el Ramo “Secreto”, Diciembre 9 del Año 1980, Fojas 185, Índice “P”, “C” y “D”, registrado a fojas 28 del libro respectivo, y Departamento de Derecho Internacional OEA, y Diario Oficial de la Federación de fechas 9 de enero de 1981 Págs. 2 y 3, y del 7 de mayo del mismo año Págs. 3 y ss.

26 Diario Oficial, Jueves 7 de mayo de 1981 Poder Ejecutivo, Secretaría de Relaciones Exteriores Pág. 3.

a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.” Tampoco hizo reserva al Artículo 29 que establece “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.<sup>27</sup>

Resulta interesante destacar que ninguno otro de los países firmantes (de los 34 integrantes de la Organización de los Estados Americanos) de la Convención, salvo México, hizo al menos entonces, reserva ni declaración interpretativa alguna con respecto al mencionado Artículo 4 párrafo 1.<sup>28</sup> Canadá sin embargo, que examinaba en ese entonces su posible adhesión a la Convención por conducto de la Comisión de Derechos Humanos de su Senado, recomendó para efectos de la preservación del “*statu quo*” de la ley canadiense, pero sin que implicara que Canadá pretendiera la eliminación del derecho a la vida, solamente restringir ciertos aspectos del mismo, como lo sugiere dijo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>29</sup>

La Declaración Interpretativa del Ejecutivo Federal y la obligación asumida por el propio gobierno, hacen evidente sin lugar a dudas que al menos, este último reconoció internacionalmente que la materia del aborto es competencia exclusiva de los Estados de la Federación Mexicana, que en términos del Artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esencial a nuestro sistema federal, que a la letra dice desde entonces “Art. 124- Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados”.<sup>30</sup> Lo anterior aunado al hecho de que en los Estados Unidos Mexicanos, a partir del 11 de junio de 2011, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección.<sup>31</sup>

Aunque redundante, resulta obvio pero necesario reafirmar que la materia del aborto es competencia de los estados y no del gobierno federal de los Estados Unidos Mexicanos, incluida la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por cuatro razones sin alguna en contra: (i) el Artículo 124 de la Constitución citado que distribuye conceptualmente las materias entre la federación y los estados, (ii) el reconocimiento expreso del go-

27 Ibídem Pág. 7.

28 <http://www.org/dil/esp/tratados B-32 Convención Americana sobre derechos Humanos firmas.htm>, Departamento de Derecho Internacional OEA, Estado de firmas y Ratificaciones, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36 8B-32.

29 García Ramírez, Sergio, Boletín Mexicano de derecho Comparado, volumen XXXVIII, Núm. 114, septiembre-diciembre 2005, Págs. 1026 a 1036 -nota de pie de página 65-, Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México.

30 Diario Oficial Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana, Tomo V, 4a. Época, lunes 5 de febrero de 1917, Número 30, Ídem Pág. 159.

31 Ver supra Notas de Pie de Págs. 5 y 8.

bierno federal de que el aborto es una materia estatal, hecho al aprobar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y (iii) la reforma del Artículo 1o. de la propia Constitución del 11 de junio de 2011, que por vía de remisión a la mencionada Comisión, establece el rango de derecho humano (garantía individual en el lenguaje anterior) constitucional del derecho a la vida a partir de la concepción, y (iv) la inexistencia de casos ni de condiciones de restricción, ni de suspensión alguna de dicho derecho en la propia Constitución.

Ya desde 1959, en que se preparó por el Consejo de Juristas o Jurisconsultos el proyecto de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, para dar cumplimiento a su Quinta Reunión de Consulta celebrada en Santiago de Chile entre el 24 de agosto y el 9 de septiembre de ese mismo año, y que en el Capítulo I de su primera Parte (Artículos 2 al 19) enumeraba y definía los derechos civiles y políticos objeto de protección internacional y que incluían “el derecho a la vida”, aunque era un documento preliminar (como lo anticipó la Delegación de Argentina), la Delegación de México hizo una declaración de abstención de voto de la Resolución respectiva porque consideró que la preparación del Proyecto de Convención de Derechos Humanos, y la creación de la Comisión Interamericana para la protección de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se habían llevado a cabo sin pensar ni considerar que se trataba de un instrumento que ampliamente restringía a las jurisdicciones domésticas, lo que seriamente comprometía la responsabilidad internacional del Estado.<sup>32</sup>

Sergio García Ramírez, quien fuera Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, escribía en 2005 sobre “La Pena de Muerte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana”,<sup>33</sup> partiendo del análisis del Artículo 4 párrafo 1 arriba transcrito, diciendo que no obstante que reconoce que el derecho a la vida tiene límites como los tienen otros derechos, y que en términos de la propia Convención, lo son los derechos de los demás, la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática, “[l]a protección que la CADH ofrece al derecho a la vida se inicia en “la concepción”, esto es a partir de que se produce la unión de los óvulos (sic) y comienza la preñez. Antes no habría vida ni expectativa: *spes vitae*”.<sup>34</sup>

Hacía notar que el tema era polémico. El mismo se cuestionaba. “¿Realmente hay –yavida humana cuando ocurre la concepción? ¿Es preciso que la tutela de la ley comienza en ese instante, con todas sus consecuencias: las de orden civil y familiar por una parte, y de carácter penal –las más intensamente controvertidas-, por la otra? ... Las que esta cuestión suscita incorporan en la Convención un dato de relatividad que no

32 Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968, General Secretariat of the Organization of the American States, Washington, D.C. 1973, Pags 66. 67 y ss y 272 y 273 y ss.

33 García Ramírez, Sergio, Ibidem Págs. 1021 a 1028.

34 Ibidem Pág. 1034.

existe en otros extremos: “en general”... [y derivado de la inclusión de dicho término plantea entonces teóricamente] la posibilidad de que la protección a la vida, el derecho fundamental, pueda comenzar en otro momento, si así lo resuelve el legislador interno ... tutela en un estado posterior a la preñez ... [pero aclara inmediatamente que] [1] a expresión utilizada en el pacto de San José no implica por supuesto, que la tutela de la vida deba diferirse a hasta un momento posterior a la concepción ... habría que distinguir entre los que evitan la concepción y los que más que evitarla, suprimen sus consecuencias [y salvo referencia que hace a que] ... la Convención de los Derechos del Niño, de 1989 ... no dice a partir de qué momento o de qué acontecimiento se entenderá que existe un ser humano [pero decide el propio García Ramírez ] ... no es [el] propósito ir más lejos, en este momento, a propósito del derecho a la vida”.<sup>35</sup>

Sin perjuicio de regresar más adelante en este mismo artículo a la “declaración interpretativa” antes mencionada que hizo México al adherirse a la CADH, no podemos dejar de comentar que la expresión “en general” incluida en el texto de la propia Convención, no puede tener otro significado que el de prever que es una regla general, pero que admite excepciones. El Diccionario de la Real Academia Española literalmente menciona “... en general, o por lo general/m. adv. En común generalmente// 2. Sin especificar ni individualizar cosa alguna”.<sup>36</sup> Es decir no significa que siempre se dé, pues de otra manera habría usado excepciones tales como “siempre será así” o “nunca habrá excepciones”.

Complementando la idea de García Ramírez que, refiere la utilización de la forma adverbial “en general” al tiempo, es decir, a partir de cuándo existe la protección, podríamos igualmente referirlo al modo, y darle con ello el sentido que los incluyentes del mismo en el texto de la CADH pudieron haber buscado, es decir que efectivamente podría llegar a haber excepciones en las que los derechos de terceros por ejemplo, excepcionalmente toleraran la impropiedad del derecho a la vida y con ello su insancionabilidad. Tal ha sido el caso, por ejemplo, de la impunidad del aborto causado por imprudencia de la madre.

Por cuanto a la inclusión del término “en general”, permisivo de excepciones por las legislaciones nacionales, se puede observar que fue un término incluido muy probablemente a manera de transacción en el proceso de negociación de la Convención. El Artículo 2 del Capítulo II del Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, aprobada por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (Acta Final) en septiembre de 1959, no incluía el término “en general”. Ni siquiera tenía, como sí lo hacía con algunos otros artículos, textos alternativos identificados como “Variante A” y “Variante B”, como sí lo hizo con los Artículos 49 (relativo a la recepción de pe-

35 *Ibidem* Págs. 1034 y 1035.

36 *Ibidem*, Real Academia Española, Diccionario Pág. 661 “general (Del latín *generalis*) común y esencial a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos aunque sean de naturaleza diferente”.

ticiones de violación de la Convención por un Estado) y el 74 (consentimiento sobre la jurisdicción de la Corte con respecto a una Estado Contratante).<sup>37</sup> Sin embargo, el Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos –CIJ–(Derechos Civiles y Políticos) Primera Parte, ya se refiere a que la Comisión opina que deben preferirse los textos de entre otros, el inciso 2 “... del proyecto de Uruguay... por ser más completos y precisos que los del Consejo”. No obstante, la Comisión sin mayor explicación, acordó recomendar lo siguiente: (a) en el párrafo 1, añadir las palabras “y en general” después de las palabras “por la ley”.<sup>38</sup>

Es posible pensar que México haya sido uno de los objetantes de la propuesta del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, ya que aunque de manera genérica, en el Capítulo de Declaraciones y Reservas, Resolución XX, la Delegación como ya se mencionó, se abstuvo de votar porque consideró entonces que el Proyecto no había sido conducido con la razonabilidad y consideración necesarias de un instrumento que de manera tan amplia restringe la jurisdicción doméstica y compromete de manera muy seria la responsabilidad internacional de un Estado.<sup>39</sup>

Habiendo analizado ya el régimen de excepción del derecho a la vida y las razones argumentables, toca ahora a hacer el análisis de la regla general la cual resulta bastante simple por la claridad del texto, que como hemos transcrito más arriba, a la letra dice: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción.”

El principio general que establece es que toda persona, es decir, todo sujeto de derechos y obligaciones, con o sin capacidad de ejercicio, pues no hace distinción, tenga derecho a que se respete su vida, es un derecho no otorgado por la Convención sino únicamente reconocido por ésta, ya que su fundamento está en los atributos esenciales de la persona humana, y fue ello lo que justificó para los signatarios una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno.<sup>40</sup>

37 *Ibidem*. Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968. General Secretariat of the Organization of the American States, Washington, D.C. 1973. Págs. 23, 256 y 268.

38 Sin embargo, la Comisión acordó recomendar lo siguiente: inciso (a) en el párrafo 1, añadir las palabras “y en general” después de las palabras *Ibidem*. Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968. General Secretariat of the Organization of the American States, Washington, D.C. 1973. Pág. 320.

39 *Ibidem*. Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968. General Secretariat of the Organization of the American States, Washington, D.C. 1973. Pág. 273.

40 [https://www.oas.org/dil/esp/tratados B-32 Convención sobre Derechos Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados/B-32_Convencion_sobre_Derechos_Humanos.pdf), Organización de los Estados Americanos, Ver Preámbulo de Convención Americana sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos Humanos (B-32), Departamento de Derecho Internacional, Secretaría de Asuntos Jurídicos, Página Principal de Tratados Multilaterales, Página Principal del Tratado.

La Convención obliga a los países parte, como sujetos pasivos de quizá la relación jurídica bilateral más importante derivada de esa disposición internacional, con la “persona” titular del derecho correlativo, primero a no atentar, mucho menos privar de la vida a esa “persona”, es decir a cada uno de los integrantes de la sociedad o población de ese estado firmante. Aunque seguramente debatible a los ojos de los abortistas, habrá que determinar si el estado parte de la Convención obligado por la norma habría de darle tratamiento de persona al óvulo, embrión o feto en sus distintas etapas a partir del momento de la concepción, o meramente considerarlo un supuesto normativo que genera protección jurídica. Sin necesidad de entrar a ese debate, tomemos el caso del Artículo 22 del Código Civil Federal, o de la ahora Ciudad de México, que protege “al individuo” desde el momento en que es concebido. Conforme a la más elemental técnica jurídica normativa, alguien tendrá que resultar obligado a respetar la vida, y alguien tendrá también que resultar facultado para defender ese derecho.<sup>41</sup> El gobierno del estado pactante de la Convención es sin duda obligado a cumplir con su obligación convencional de respetar la vida “a partir del momento de la concepción”, primero mediante un texto de ley que así lo establezca y segundo, haciéndolo cumplir.

## 2. Conferencias Internacionales de la ONU Subsecuentes Contravinientes de la CADH

### a. Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (Naciones Unidas). El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994

El Informe de dicha Conferencia, en el inciso c., del Capítulo VIII del Anexo, denominado Salud, Morbilidad y Mortalidad, se refiere a la salud de la mujer y a la maternidad sin riesgo en su página 54 y siguientes.<sup>42</sup> Específicamente señala que “... se ha estimado que alrededor de medio millón de mujeres fallece cada año por causas relacionadas con el embarazo, el 99% de ellas en países en desarrollo... [Y que] [s] egún la Organización Mundial de la Salud (OMS)... el riesgo de muerte... es de uno en 20 en los países en desarrollo... y de uno en 10,000 en algunos países desarrollados.” No obstante, las generalidades expresadas por cuanto a su premisa de los hechos, las cifras son “estimadas”, tratarse de causas “relacionadas con el embarazo” e información atribuida a la OMS, brinca abruptamente a las “medidas” que habrán de tomarse para en 20 años (2015) lograr la reducción a la mitad, y para ello señala que particularmente los países en desarrollo deberían tratar de reducir la mortalidad materna para entre otros impedir los nacimientos de alto riesgo.

Aunque dice que deben en esos países los adolescentes de ambos sexos recibir educación, y en ningún caso “promover el aborto como método de planificación familiar... y hacer todo lo posible por (sic) eliminar la necesidad del aborto...” concluye que “...

41 Mügggenburg Carlos, El Aborto y su Despenalización Segunda Parte, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Número 40 México 2016. Pág. 379 y ss.

42 [https:// documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N9523129.pdf](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N9523129.pdf?OpenElement) OpenElement

en los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas... y las mujeres... tener acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones del aborto”. Es decir dio por hecho que sus premisas probables son ciertas, y aunque hace recomendaciones que pretenden matizar sus conclusiones, acaba recomendando la práctica de servicios abortivos de calidad. Y de ahí se pasa en el Capítulo V, a la Aprobación del Programa de Acción.

No obstante, como países firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Argentina, República Dominicana, Ecuador, Guatemala y Perú, expresamente se pronunciaron de una u otra forma mediante declaraciones y reservas a favor de reconocer el derecho a la vida desde el momento de la concepción, en el Capítulo V del Índice general de la Conferencia, visible en la página 125 y siguientes. Otros países no miembros de dicha Convención, tomaron posturas similares. México, no obstante ser país firmante de la propia Convención Americana, no hizo pronunciamiento alguno al respecto.

b. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995

El Informe de dicha Conferencia inicia afirmando que se aprueba la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing y recomienda a la Asamblea General de las Naciones Unidas que en su quincuagésimo período de sesiones, haga suyas dichas Declaraciones y Plataforma.<sup>43</sup>

Al referirse a las medidas que han de adoptar los gobiernos de manera positiva, establece que deben conceder especial importancia a los servicios de maternidad y obstetricia y alentar la preparación, aplicación y divulgación de códigos de ética, pero inmediatamente relativiza dichos principios a los que estén “... orientados por los códigos internacionales de ética médica al igual que por los principios éticos que rigen a otros profesionales de la salud”. Nuevamente supone cierto otro hecho, siempre argumentado al respecto, y les alerta a “... reconocer y afrontar las consecuencias que tienen para la salud los abortos peligrosos, por ser una cuestión de gran importancia para la salud pública...” buenamente destaca también no obstante lo anteriormente dicho que “[e]n ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia”.<sup>44</sup>

Cabe recordar cómo contrario a lo dicho, no sólo a alguna ignorante diputada que confundía a la Declaración de Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer como un tratado internacional, y que en la misma línea de pensamiento, las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia de Salud y Asistencia Social y de Equidad de Género de la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal, “abogaban” que conforme al Artículo 4o. constitucional, el aborto era un método contracepcionista al

43 <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

44 *Ibíd.* Págs. 41 y 42.

decidir “de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”.<sup>45</sup>

Retomando la Declaración mencionada, se hace necesario destacar que la misma incluye también dentro de las medidas que han de adoptar los gobiernos, la de “alentar... a los hombres a asumir la responsabilidad de su comportamiento sexual con respecto a la procreación...”.<sup>46</sup>

No obstante haber suscrito México la mencionada Declaración sin reserva ni declaración alguna, menos aún en materia de igualdad del hombre con la mujer por cuanto al comportamiento sexual y de procreación, la legislación abortista y su convalidación judicial, contraviene a la propia Declaración.<sup>47</sup>

A diferencia de México, también firmante de la CADH, Argentina, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Perú y la propia Venezuela, de manera congruente, expresamente hicieron reservas y declaraciones en materia de respeto al derecho a la vida y/o el aborto como método de control de la natalidad.<sup>48</sup>

### 3. *Convención sobre Derechos del Niño*

Esta Convención fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 cuando conforme a su Artículo 49, transcurrieron 30 días siguientes al depósito del vigésimo instrumento de ratificación o adhesión con su Secretario General. Inconsistente con su Preámbulo que reconoce que “... el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes (el subrayado es nuestro) como después del nacimiento”, al definir lo que se entiende por niño dice que es “... todo ser humano menor de dieciocho años de edad ...” pero contradictoriamente también con su propio Preámbulo, se abstiene de mencionar cuándo se empieza a ser niño, ni refiere a la preprotección del mismo.<sup>49</sup>

Las leyes tanto federales como de la ahora Ciudad de México, sobre derechos de niñas, niños y adolescentes, se han referido a los niños y niñas como “... las personas de hasta 12 años incompletos...” la primera y la segunda y como “...menores de doce años...” (la de la Ciudad de México). Pero otra vez, a pesar de remitir expresamente a los tratados internacionales, jamás establecen a partir de cuándo se inicia la protección. Desconocen que el Preámbulo de la Convención sobre Derecho del Niño se refiere a su pro-

45 Müggenburg Carlos, El Aborto y su Despenalización, Primera Parte, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, No. 39, 2015, Págs. 573 y 581.

46 *Ibidem* Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Pág. 44.

47 Müggenburg Carlos, El Aborto y su Despenalización, Primera Parte, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, No. 40, 2016, Pág. 372 y ss.

48 *Ibidem* Declaración y Plataforma de Acción de Beijing Págs. 164, 167, 169, 173, 180 y 186.

49 UNICEF <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

tección desde antes de su nacimiento. La Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes publicada en el Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000, abrogada por la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes publicada en el propio Diario, el 4 de diciembre de 2014, se refirió en su Artículo 6., a la aplicabilidad de "... los principios generales que deriven de dichos ordenamientos ..."; la segunda, también de manera expresa, además de referirse entre otros a la progresividad de esos derechos, volvió a remitir expresamente a los tratados internacionales en su Artículo 6., inciso II. En la misma forma, la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 12 de noviembre de 2015, en su Artículo 2., inciso III se refiere a que la legislación, entre otros deberá ser conforme a "... los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano de manera transparente y accesible." No obstante ello, y que en sus Artículos 15, 14 y 13 inciso I respectivamente reconocen el derecho a la vida o a que se les preserve éste, nunca han definido cuándo se inicia, pues el conteo lo hacen refiriendo al final de la etapa, o bien como menores o hasta los doce años. Más aún, tanto la ley federal abrogada como la vigente en la Ciudad de México, en contravención a la Convención sobre Derechos del Niño, descartan la posibilidad de que se les proteja antes del nacimiento, pues los definen como personas y con ello en términos de la ley civil, al no ser personas los no nacidos para efectos de la misma, les niegan protección antes del nacimiento.<sup>50</sup> Ignoraron sin embargo, que no obstante que los concebidos no nacidos, si bien no tienen capacidad jurídica en el derecho positivo mexicano, es decir, no son personas, sí están protegidos por la ley.<sup>51</sup>

#### 4. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Aunque evidentemente dicha Convención, la que México firmó *ad referendum* desde su origen, el 23 de mayo de 1969,<sup>52</sup> por razones de su materia no se refiere evidentemente al derecho a la vida ni a su iniciación, sí contiene disposiciones de la mayor tras-

50 Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Diario Oficial de la Federación del 4 de diciembre de 2014. Ley de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 12 de noviembre de 2015.

51 "Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código". Diario Oficial, Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, 26 de mayo de 1928, Sección Tercera, Pág. 7, y del lunes 29 de mayo de 2000 Sección Primera, Pág.14. "ARTICULO PRIMERO.- Se modifica la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal y con ello se reforman sus artículos 1o. ... para quedar como sigue: CÓDIGO CIVIL FEDERAL. Artículo 1o.- Las disposiciones de este Código regirán en toda la República en asuntos del orden federal."

52 Diario Oficial de la Federación, Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, 14 de febrero de 1975, Tomo CCCXXVIII, No. 31, Pág. 4 y ss.

cendencia por cuanto a las obligaciones que los países que son parte de tratados deben respetar. El Apartado o Artículo 18 de dicha Convención prevé “Un estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado...”. De igual manera, establece que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...” Resulta prudente además, dejar constancia de que los Estados parte de dicha Convención, advirtieron que “... los principios de libre consentimiento y de la buena fe y la norma ‘pacta sunt servanda’ están universalmente reconocidos”. En el desarrollo del tema habremos de formarnos una conclusión de si México ha violado algunos tratados o convenciones internacionales mencionados de los que es parte, y si se ha apartado de los principios de las conferencias en la que ha participado.

### **3. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

#### **A. Acciones de Inconstitucionalidad**

Habiendo sido publicada el 26 de abril de 2007 e iniciada la vigencia de la reforma al Artículo 144 del Código Penal para el entonces Distrito Federal que “despenalizó” el aborto al conceder el derecho a “interrumpir el embarazo” hasta la décima segunda semana de gestación,<sup>53</sup> tanto el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, como el Procurador General de la República (coincidentalmente este último –Eduardo Medina-Mora- ahora Ministro de la Corte), interpusieron acción de inconstitucionalidad en contra de dicha reforma aprobada por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal.

A la primera le correspondió el número 146/2007, y la segunda le fue acumulada con el número 147/2007. El asunto (“Despenalización del Aborto antes de las Doce Semanas de Gestación”) fue radicado en el Pleno, el Ministro Ponente fue Sergio Salvador Aguirre Anguiano, pero ante el desacuerdo con su proyecto por parte de la mayoría de ministros del Pleno de la Corte, su engrose fue asignado al Ministro José Ramón Cossío Díaz (Visible en <https://sitios.scjn.gob.mx/codhap/content/aborto-despenalizacion%C3%B3n-del-abort...>).

La impugnación no se concretó al Artículo 144 mencionado sino además, a los Artículos 145 a 147 del propio Código Penal, y a los artículos 16 bis y 16 bis 8 de la Ley de Salud para el Distrito Federal. El Procurador también impugnó la constitucionalidad del Artículo Tercero Transitorio del Decreto de reformas mencionado, y el Presidente de la Comisión la del 148 del Código Penal y 16 bis 7 de la Ley de Salud mencionados.

---

53 Artículo 144 del Código Penal del Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal del 26 de abril de 2007, Pág. 2, “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.”

## *1. Conceptos de Invalidez Constitucional del Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*

El Presidente de la Comisión planteó como Primer Concepto de Invalidez el derecho a la Vida del Producto de la Concepción, reconocido dice, en los Artículos 22, 123 A fracciones V y XV apartado B fracción XI, inciso c de la Constitución, que resultan en la prohibición de la pena de muerte y la preservación de la vida como límite al poder del Estado para poder aplicar sanciones contrarias a los derechos humanos, así como impedir al propio Estado la aplicación de sanciones inusitadas y trascendentes y en la necesidad de homologar la Constitución con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que buscan la preservación de la vida. Argumentó el propio Presidente que la vida es un derecho imprescriptible, esencia de la persona humana y fundamento del orden constitucional, reconocido en la propia Constitución y valor fundamental de la persona. Siguió señalando el Presidente de la Comisión, que la reforma de los artículos mencionados del Código Penal del entonces Distrito Federal está en colisión con el derecho a la vida del producto de la concepción, ya que sólo penaliza que se atente contra el producto de la concepción después de las doce semanas de haberse implantado el embrión en el endometrio, y que no se pueden desproteger las distintas etapas de la vida humana por ser un desarrollo de la vida misma. Concluye que la Constitución impone al Estado la obligación de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso de gestación; no debe actuarse en contra de la procreación; ejercido el derecho se establecen derechos y obligaciones tanto para el Estado como para los progenitores. La autodeterminación de la mujer se da antes de ejercer el derecho a la procreación, después estará limitada por la vida del producto y el progenitor, y no se puede otorgar un derecho fundamental con el propósito de anular otro. El Segundo Concepto de Invalidez del Presidente de la Comisión, se refirió al Derecho a la Vida misma, previsto también en la Convención Americana de los Derechos Humanos como Tratado Internacional que conforme al Artículo 133 Constitucional y algún precedente judicial al que remite, que lo ubica por encima de las leyes federales y locales. En concreto explica que conforme a la declaración interpretativa del término “en general”, como se ha mencionado en el apartado II. B. 1. anterior de este mismo artículo, que hizo el Gobierno Mexicano por cuanto a que no constituía una obligación para el Gobierno Federal por ser una materia “reservada a los Estados”, se refiere a que puede haber excepciones “en virtud de una causa justificada”, pero no que el Estado pueda expedir leyes que de manera absoluta “vayan contra la vida desde la concepción”, permitirlo “sería ir en contra del objeto y fin del tratado”. El Tercer Concepto de Invalidez expuesto señala que la protección del proceso de gestación es una “condición necesaria para para que se llegue al nacimiento”. En el Cuarto relativo a los derechos de igualdad, procreación y paternidad, argumenta que “[n]o es admisible que solamente una persona decida sobre el producto de la concepción... privaría al padre del derecho a tener descendencia”. Como Quinto Concepto de Invalidez señala el Presidente de la Comisión que el Artículo 1o. de la Constitución, establece (en su texto entonces vigente) el derecho de igualdad para todos, incluidos la vida y el proceso de gestación, y con ello prohíbe la discriminación, pues no se da razón para distinguir por qué no se protege la

vida antes de las doce semanas y sí después. En el Sexto Concepto de Invalidez se refiere a la igualación de los desiguales en el caso de mujeres menores en que se desconoce su incapacidad y la responsabilidad que deriva de la patria potestad de los padres y la tutela del tutor, poniendo en riesgo la salud de la menor. Como Séptimo Concepto de Invalidez se refiere al principio constitucional de “exacta aplicación de la ley penal” que se viola, ya que entre otros dice, no se determina la forma de contar el plazo de doce semanas que se inicia con la implantación del embrión en el endometrio. En el Octavo Concepto de Invalidez, argumentó el Presidente que hubo invasión de competencias, pues no obstante que la salud es una materia concurrente, la Ley General de Salud y su Reglamento que se refieren al embarazo como “la fecundación del óvulo” responden a la facultad que la propia Constitución confirió a la Federación en los Artículos 4o. y 73 fracción XVI, en tanto que la Ley de Salud para el Distrito Federal lo define como “la implantación del embrión en el endometrio”. Planteó también el Presidente en el Noveno Concepto de Invalidez, que se viola la libertad de expresión y de pensamiento, pues se impide el ejercicio de ésta cuando no se hace excepción en la Ley de Salud para el Distrito Federal para que los intervinientes (médicos gubernamentales) que tengan “objeción de conciencia”, puedan excusarse de participar en el proceso abortivo, consagradas en los Artículos 6o. y 24o. de la Constitución y en los Artículos 12 y 13 de la Convención Americana de los Derechos Humanos respectivamente. Por último, como Décimo Concepto de Invalidez, el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos señala que la Ley de Salud para el Distrito Federal viola el principio de legalidad conferido por los Artículos 4o. y 16o. de la Constitución cuando en sus Artículos 16o. bis 6o., y particularmente 16o. bis 8, refiere a los servicios de consejería después de practicado el procedimiento de aborto en los casos contemplados por el Artículo 148 del Código Penal (que refiere a excluyentes de responsabilidad en el caso del delito de aborto), mas no en los casos de embarazos del Artículo 144, es decir, de aquéllos en los que el embrión tiene doce semanas o menos.<sup>54</sup>

## *2. Conceptos de Invalidez Constitucional del Procurador General de la República*

Argumentó el Procurador en su Primer Concepto de Invalidez que las garantías (actualmente derechos humanos) no pueden restringirse ni suspenderse, y que el derecho a la vida es presupuesto indispensable de todos los demás derechos. Argumenta también dentro del mismo contexto que la legislación ordinaria reconoce que el ser humano inicia su existencia desde la concepción refiriendo al Artículo 22 del Código Civil Federal y que desde que inicia, hasta que se presentan los signos de muerte cerebral o de muerte relativos a ausencia completa y permanente de consciencia, de respiración espontánea, de reflejos del tallo cerebral y paro cardíaco irreversible en términos del Artículo 343 de la Ley General de Salud, y que desde la fertilización debe ser protegida, independientemente de la etapa del desarrollo biológico en que

---

54 <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/content/aborto-despenalizaci%C3%B3n-del-abort...> Págs. 1 a 21.

se encuentre. Agrega que el Estado debe velar por fomentar el valor de la vida humana y que para preservar la vida humana, debe tutelar el derecho a la vida a través de la salud, protección y fomento del núcleo familiar, la paternidad responsable, decisión sobre el número y espaciamiento de hijos, prohibición de la justicia por propia mano, prohibición de la pena de muerte, protección de la maternidad durante el embarazo, reconocimiento de igualdad; sigue diciendo que a la décimo segunda semana de gestación se advierten en el embrión los órganos vitales de un individuo formados casi en su totalidad, se advierte igualmente durante las mencionadas primeras doce semanas gestación, la existencia de otro bien de igual o superior valor y sin embargo se le sacrifica. Como Segundo Concepto de Invalidez, el Procurador reitera que la Asamblea Legislativa se extralimitó en sus facultades, pues definir el embarazo es una cuestión de salubridad general que compete al Congreso de la Unión, el Ejecutivo Federal en su facultad reglamentaria y al Consejo de Salubridad General y que el entonces vigente Estatuto de Gobierno del Distrito Federal vinculaba la facultad legislativa local en materia de salud, a los lineamientos establecidos en la Ley General de Salud; más aún, señala que haber facultado al Jefe de Gobierno del Distrito Federal, para emitir Lineamientos Generales de Organización y Operación de los Servicios de Salud Relacionados con la Interrupción del Embarazo, implica una invasión de competencias, pues su concurrencia se limita exclusivamente a la organización, operación y evaluación, sin posibilidad de planear, normar o conducir los servicios de atención materno infantil, planificación familiar e investigación para la salud. Como Tercer Concepto de Invalidez señala el Procurador que el Artículo 144 del Código Penal referido, viola el 4o. constitucional que consagra el derecho de procreación que incluye el decidir libremente el número de hijos, ya que el aborto no puede considerarse como un medio de planificación familiar, derecho de hombre y mujer, pero no exclusivo de uno de éstos. En el Cuarto, hace ver que el Artículo 144 del mencionado Código Penal viola el Artículo 14 constitucional en lo relativo a la certeza jurídica, particularmente en materia penal, al no haber previsto los métodos y técnicas o estudios que permitan precisar cómo se determinan las doce semanas a que se refiere el tipo penal. En el Quinto Concepto de Invalidez se hace ver que el Artículo 144 mencionado viola las garantías de no discriminación e igualdad consagradas en el Artículo 1o., tercer párrafo y 4o., primer párrafo constitucionales ya que sólo protege al producto después de la referida semana doce de gestación, derechos protegidos inclusive internacionalmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que la distinción sobre cuestiones orgánicas y de viabilidad, no dividen al ser humano en gestación por etapas para efectos de protección de la ley; de igual forma se discrimina al hombre pues se le priva de la libertad de decidir sobre la gestación de sus hijos. En el Sexto Concepto de Invalidez se plantea que la obligación de las autoridades del sector público de atender las solicitudes de “interrupción del embarazo”, también viola la Ley Suprema, pues violenta el derecho de tales autoridades para negarse a ello por razones de conciencia. En el Séptimo Concepto de Invalidez señala el Procurador que se viola la garantía de igualdad, pues la Asamblea Legislativa previó en el Artículo 146, también impugnado, que en el aborto forzado contra la voluntad de

la mujer, el ilícito se comete en cualquier momento del embarazo, en tanto que el 144 señala que el embarazo como parte del proceso de reproducción humana, comienza con la implantación del embrión en el endometrio cuando como inclusive dice la propia Suprema Corte ha establecido el derecho del concebido desde la unión de los gametos, y científicamente se sabe que la implantación del embrión en el endometrio transcurre en un período que va de 4 a 8 ó 9 días, con lo cual la Asamblea está permitiendo que incluso sin el consentimiento de la madre, se prive de la vida al embrión antes de dicha implantación. En el Octavo Concepto de Invalidez el Procurador argumenta que el Artículo 1o. constitucional prohíbe la discriminación por cualquier motivo, inclusive por razones de edad, y que el Artículo 144 impugnado hace esa discriminación, aunque sea por días o semanas. Finalmente, planteó el Procurador como Noveno Concepto de Invalidez, la garantía de legalidad prevista en el Artículo 16 constitucional pues considera que la asamblea defieña carecía de facultades para establecer que la mujer pudiera abortar dentro de las doce semanas de gestación, ya que la propia Federación canceló su facultad de privar de la vida, inclusive cuando reformó el Artículo 22 constitucional proscribiendo la pena de muerte.<sup>55</sup>

### *3. Informe de la Asamblea Legislativa del D.F. como Autoridad Emisora de las Normas Impugnadas*

a. Contra el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el Presidente de la Comisión de Gobierno de la Asamblea, argumentó de manera formal que correspondía a la Comisión y no a su Presidente, promover la acción de inconstitucionalidad, así como que una amplia mayoría legislativa había adoptado una decisión que expandía y protegía derechos fundamentales, y a manera de preámbulo quizá, negó que en la Constitución se previera “el derecho a la vida del producto de la concepción”, así como que hubiera jerarquización de los derechos fundamentales, pero como si no estuviera muy convencido de lo dicho en primer término, afirma que “[e]ntre el derecho a la vida del producto de la concepción” y “los derechos y libertades de decisión, procreación, intimidad, salud y vida de la mujer ... deben prevalecer éstos”. Agrega finalmente que la Constitución y el Estatuto de Gobierno “facultan a la Asamblea Legislativa para legislar en materia penal y para normar la salud”. Por cuanto al fondo y con el propósito de desvirtuar los conceptos de invalidez del Presidente de la Comisión, argumenta contradictoriamente reconociéndolo una vez más, que el derecho a la vida “no es absoluto ... y que no puede afirmarse su supremacía a priori”, que no lo distingue de los demás seres vivos (sic), que sea condición necesaria para el ejercicio de otros derechos dice, no supone que tenga mayor jerarquía (sic), que la demanda del Presidente de la Comisión no justifica que el Artículo 4o. constitucional proteja la salud del producto de la concepción y que el 123 de la misma, sólo protege la salud de la mujer trabajadora embarazada. Agrega que la referencia

55 *Ibidem* Págs. 22 a 48.

a la concepción, de ninguna manera supone que el producto de ésta sea titular de derechos, y que carece de sustento la afirmación de que el Estado tenga la obligación de proteger el producto de la concepción, y que el derecho a la procreación como lo propone el accionante, desconoce el derecho fundamental de la mujer a la autodeterminación de su cuerpo, que implicaría la negación de la libertad reproductiva dice, después de la fecundación y la sujeción del cuerpo de la mujer a los intereses del producto de la concepción y que el derecho de procreación del hombre se traduce en un trato discriminatorio a la mujer, y “se opondrá” por ello entonces a la ponderación de valores constitucionales. Afirma también el asambleístico comisionado presidente, que el derecho a la vida es de las personas, y que aunque la Constitución no lo “explicita”, lo utiliza para referirse a personas ya nacidas, y que atribuirlo a los concebidos sería una ficción, y que no todos los bienes constitucionalmente protegidos pueden ser titulares de los derechos fundamentales, y asimismo que la obligación de proteger al producto de la concepción en el sistema de seguridad social está a cargo del patrón. Continúa diciendo que la Constitución no obliga al legislador a penalizar “la interrupción del embarazo”, que sería un trato desigual con respecto a los hombres, negarles la libertad de disponer de su cuerpo, pero contradictoriamente afirma entonces que sí existe jerarquía! “... entre el bien constitucionalmente protegido, consistente en la protección del producto de la concepción y el derecho fundamental de la mujer de decidir sobre su propio cuerpo”. Atribuye al embrión únicamente el carácter de potencial de ser humano, “... incapaz de realizar funciones biológicas y cognitivas”, y que siendo una práctica la interrupción del embarazo aunque no esté permitido (sic), “... resulta constitucional garantizar el derecho ...” Interpreta el legislador todavía deficiente que el Estado Mexicano no reconoció la obligación de proteger la vida a partir de la concepción prevista en la Convención Americana de los Derechos Humanos por ser una materia que se reservó como competencia de los Estados, y que al prever la Constitución que “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, no se incluye a los embriones y fetos. Argumenta, como se hiciera en el supuesto debate de la propia Asamblea, que el Artículo 4o. de la Constitución, otorga el derecho de decidir el número y espaciamiento de sus hijos “a la persona y no a la pareja” y que debe prevalecer el derecho de la mujer, ya que ello “no afecta permanentemente (sic) el derecho de procreación del varón”. Con la misma ligereza argumentativa sostiene que las disposiciones combatidas no violan el principio de exacta aplicación de la ley “... ya que el margen de error en la determinación del momento de implantación del óvulo en el endometrio es muy pequeña (sic), y es más difícil determinar el momento de la fecundación... [pero que] los adelantos médicos y científicos permiten determinar la edad del producto de la gestación.” Agrega con ambigüedad y sin criterio científico, que el embarazo está evidenciado por cualquier signo presuntivo, como la suspensión de la menstruación o prueba positiva de embarazo médicamente aceptada, la que sólo puede resultar positiva cuando se ha implantado el óvulo en el endometrio; y regresando a los argumentos formales, afirma que haber señalado el Presidente de la República en la disposición reglamentaria que el embarazo es el período comprendido desde la fecundación del óvulo hasta la expulsión o extracción del feto, hace necesario concluir que éste se excedió en su

facultad reglamentaria, por no subordinarse a las normas sustantivas contenidas en la Ley General de Salud.<sup>56</sup>

b. Contra el Procurador General de Justicia, el Presidente de la Comisión de Gobierno de la Asamblea, argumentó en su Informe que si bien aún no se le había dado al Distrito Federal el carácter de Estado, contaba ya “con una soberanía” dice, y afirma más aún que “se puede transgredir el principio fundamental de competencias (sic) si se afectan las que tienen atribuidas a su favor los órganos de gobierno del Distrito Federal”. Remite inclusive al “Antiguo Testamento y a la antigua Roma” como “precedentes... a las condiciones en que se practica el aborto en el mundo y, en particular en México.” Afirma también que el producto de la concepción “... no tiene la claridad de ser humano... no es titular de los derechos humanos establecidos en la Ley Suprema”; y que los derechos humanos no “puedan hacerse extensivos al producto de la concepción, que carece de atributos para considerarse como individuo (sic)”. Que “antes de las doce semanas de gestación carece de cualidades para tener vida propia”. Concluyó que la Asamblea Legislativa, “sólo recogió una situación fáctica que... provocaba la afectación de los derechos de la mujer... a saber la vida, la salud, la libertad de decisión...” sobre el número de hijos y su espaciamiento y el de autodeterminación de su cuerpo.<sup>57</sup>

c. El Jefe de Gobierno como promulgante de las normas impugnadas, argumentó formalmente también que el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos carecía de facultades para promover la acción de inconstitucionalidad por decisión propia “... y que de facto se ha despenalizado el aborto (sic), pues no existen denuncias por la comisión de dicho delito.” Y yendo según esto más al fondo, construye sus falácicos argumentos, al plantear que “[l]os preceptos impugnados no contrarían el derecho de vida, pues este se vincula únicamente con la persona que ha nacido ... [e]l vocablo persona como sujeto de derechos y obligaciones ... requiere de la “capacidad jurídica”, sea ésta de goce o de ejercicio ... los atributos de nacionalidad, nombre capacidad ... dependen del nacimiento [y que n]o debe confundirse la protección al embrión con el derecho a la vida ...[el] ‘nasciturus’ no es titular del derecho a la vida ...el derecho a la vida es inherente a la persona humana ... [y con un planteamiento contextualista afirma] la Convención sobre los Derechos del Niño no dispone que el nasciturus sea un niño, y la Convención Americana de Derechos Humanos ... establece ... estará protegido por la ley en general a partir del momento de la concepción’ ello sólo significa que deban adoptarse medidas legislativas que protejan la vida en gestación ... ninguno de los derechos consagrados en la Convención pueden tener un carácter absoluto ... [y este si acepta] es necesario realizar una labor de ponderación cuando surjan colisiones entre ellos ... la naturaleza relativa de los derechos constitucionales ... falta ... una jerarquía de derechos humanos que sea inmutable y perene ... una consideración contraria llevaría a sustentar la inconstitucionalidad de todas las legislaciones penales

56 *Ibidem* Págs. 49 a 69.

57 *Ibidem* Págs. 70 a 76.

... al establecer excluyentes de responsabilidad por el delito de aborto”. Luego recurre inconsistentemente con su postura francamente abortiva, a otros sistemas jurídicos como el alemán, que “... establece un deber de la mujer llevar el embarazo hasta el momento del parto y una obligación estatal la implementación de mecanismos jurídicos tendientes a la protección de la vida del feto [pero] admite la posibilidad de imponer un límite ... cuando el embarazo derive en carga excesiva para la mujer, lo cual acontecería por razones de carácter médico, el feto sufre malformaciones, el embarazo es consecuencia de una violación, o existen serias necesidades económicas de la mujer o de su familia ...” También incongruentemente con su planteamiento se refiere al Consejo Constitucional Francés “... que respeta la libertad de las personas que actúan en una situación de angustia o de motivos terapéuticos...” por igual señaló el Jefe de Gobierno, que conforme a la Comisión Europea de Derechos Humanos “... no toda regulación de la terminación de embarazos no deseados constituye una interferencia con el derecho de la mujer a una vida privada”. Y concluye salomónicamente, que siguiendo un modelo similar al de la mayoría de los países “que se basa en criterios médicos de distinción entre el embrión y el feto con motivo de formación del sistema nervioso central y la corteza cerebral ... [y que le es claro] ... que la regulación jurídica del aborto ... alcanza un equilibrio entre la eficacia de los dos derechos fundamentales de las mujeres y la protección del embrión privilegiándose el derecho de la mujer ... con un valor superior”, sin descartar siquiera otras opciones intermedias menos drásticas como en sus propias palabras, sí lo hace el derecho alemán, que por prever plazos de espera para asesoramiento a la madre, entonces decide también con lógica fallida el Jefe de Gobierno,<sup>58</sup> no acogerse por resultarle francamente inconveniente a sus intereses abortistas inmediatos. Reitera que el Artículo 1o. de la Constitución se refiere a personas, y que el producto de la concepción no tiene tal carácter. Luego regresa una vez más a los argumentos formales al referirse a que la acción de inconstitucionalidad no sólo no abordó la diferenciación científica entre embrión y feto, pero más aún, “... no tiene el número de votos necesarios para signar el carácter de jurisprudencia a los criterios relativos.” Reitera también formalmente que la Asamblea tiene facultades para expedir la Ley de Salud del entonces Distrito Federal, y con ello que “... la atención de la salud sexual y reproductiva tiene carácter prioritario ... , y la obligación del Gobierno el Distrito Federal de promover permanentemente políticas integrales tendientes a la promoción de la salud sexual, los derechos reproductivos, la maternidad y la paternidad responsables ... así como apoyo médico en materia de planificación familiar y anticoncepción después (sic) del procedimiento de aborto”. Reitera otra vez formalmente que la facultad de la Asamblea para legislar en materia penal en relación con la interrupción del embarazo, no se encuentra limitada o restringida por la Constitución Federal. Agrega que el embrión sí se encuentra sin embargo protegido (sic), “...a partir de la décimo segunda semana, con independencia de la voluntad de la mujer, dado el grado de evolución del producto y para no poner en riesgo la vida de la

58 Ver: Vives Antón Tomás S y Cuerda Arnau María Luisa, El debate acerca de la Legalización del Aborto, Tirant lo Blanch, México D.F. 2012, Pág. 135.

mujer”. También agrega que “validado por la ciencia médica”, el embarazo empieza con la implantación del cigoto en el endometrio, y no desde la fecundación o penetración del espermatozoide en el óvulo. Que no existe el derecho de la pareja a decidir, sino que es de la mujer porque es en su cuerpo en donde se desarrolla el proceso de gestación. Niega que las normas combatidas “... fomenten la interrupción del embarazo (sic), ya que sólo otorgan la posibilidad a las mujeres que deseen interrumpir su embarazo de acudir a centros hospitalarios que les proporcionen atención segura, con pleno respeto a su dignidad y derechos fundamentales. Considera que “... existen técnicas científicas con un alto grado de exactitud (sic) de la edad gestacional del embrión”. Niega también por infundado que el precepto sea discriminatorio al proteger al embrión desde su implantación en el endometrio y no antes, porque no siendo persona, no cuenta con derechos. Falácicamente (petición de principio) incurre en ilogicismo una vez más, al afirmar con base en generalizaciones, que las normas impugnadas no atentan contra la vida de una persona pues las “... excluyentes de responsabilidad y excusas absolutorias en diversos casos (previstas en códigos punitivos locales y federal) ... no podrían entenderse si atentaran contra una vida indefensa” (sic). De la misma forma niega temerariamente que se contravengan compromisos internacionales, pues México está obligado conforme a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a “... fortalecer la garantía de no repetición de violaciones a los derechos de las mujeres a la interrupción legal del embarazo”. Por último, se le ocurre sugerir que en caso de mujeres menores de edad, si no hubiera consentimiento de quien ejerce la patria potestad, “... podrá llevarse a cabo el procedimiento de controversia familiar”.<sup>59</sup>

4. La Suprema Corte en Pleno, por mayoría de 10 votos, con el voto en contra del Ministro Presidente Gudiño Pelayo, sobreseyó las acciones de inconstitucionalidad respecto de los Artículos 148 del Código Penal y 7o. para el Distrito Federal; por mayoría de 9 votos sobreseyó también la inconstitucionalidad del Artículo Tercero Transitorio del decreto impugnado con el voto en contra, y a favor de declarar la invalidez de dicho artículo de los Ministros Azuela Güitrón y Aguirre Anguiano, quienes además se reservaron el derecho de formular voto de minoría; por unanimidad de 11 votos, se reconoció la validez de los Artículos 16 Bis 6, tercer párrafo y 16 Bis 8, último párrafo de la Ley de Salud para el Distrito Federal; por mayoría de 9 votos se resolvió la validez de los Artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal mencionado por no violar los principios de certeza y exacta aplicación de la ley, con voto nuevamente en contra una vez más de los Ministros Aguirre Anguiano y Azuela Güitrón; y ya en cuanto al fondo, por mayoría de sólo 8 votos, se resolvió declarar infundadas las acciones de inconstitucionalidad y válidos los Artículos 144, 145, 146 y 147 del propio Código Penal, mismos 8 Ministros quienes desconcertantemente por principio, se reservaron su derecho de emitir voto particular, pero que al no haber sido coincidentes en las razones que fundan el Considerando Octavo no serían obligatorias; los Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón y Ortiz Mayagoitia votaron en contra y a favor de invalidez de dichos

59 *Ibidem* Págs. 77 a 101.

artículos, así como de que se publicaran en el Diario Oficial de la Federación y en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.<sup>60</sup>

a. A pesar de que los Artículos 148 del Código Penal y 16 Bis 7 de la Ley de Salud, ambos del entonces Distrito Federal, relativos al derecho de objeción de conciencia “cuando sea urgente la interrupción del embarazo”, configuraban al menos parcialmente nuevas hipótesis normativas en el entonces naciente escenario de la despenalización general del aborto antes de la 13a. semana de embarazo, pero no modificados los artículos por haber sido expedidos con anterioridad desde el 16 de julio de 2002 y 26 de enero de 2004, se resolvió no obstante por las mayorías mencionadas, sobrepasar por su extemporaneidad. Luego, estando ya presumiblemente predeterminado el sentido de su sentencia presumiblemente para soportar el argumento fáctico de la baja incidencia de denuncias de abortos, el Ministro encargado del engrose, tuvo a bien referir solicitud a todos los tribunales federales y locales por conducto de sus Presidentes, así como a los Procuradores, informaran el número de casos (procesos penales, amparos, averiguaciones previas, consignaciones, etc.) a partir del año 1992, habiendo obtenido conocimiento de que no excedían más de mil casos. De la misma manera se decretó “prueba pericial médica en materia de concepción y vida humana en el seno materno” de 5 especialistas de instituciones académicas, básicamente de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto Politécnico Nacional, y de la Universidad Nacional de Colombia, y se citó a audiencia pública presidida por el Ministro Presidente, en las que asociaciones, agrupaciones y particulares (aproximadamente 80) que desearon hacerlo, “... manifestaron sus ideas ...” al respecto. La conclusión fue que “no existe unanimidad en los criterios éticos, morales, filosóficos, científicos ni legales sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana y el momento a partir del cual debe protegerse ésta por el Estado, sustentándose afirmaciones encontradas entre sí. Concluyó el ponente simplísticamente que “[e]n consecuencia...el papel de la Suprema Corte es circunscribir el estudio a la litis planteada...” Contrario a una sana práctica de valoración prudente de la prueba pericial, la Corte optó por desecharla. Por cuanto a la determinación de la prevalencia de la determinación de embarazo, dada la contradicción entre el Reglamento de la Ley General de Salud que lo define como “...el periodo comprendido desde la fecundación del óvulo ... hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos ...”, y la del Código Penal del entonces todavía Distrito Federal reformado, la Corte determinó que el Reglamento sólo lo define para efectos de “investigación para la salud, y no es una definición general que para efectos de la materia de salubridad general establezca la Ley General de Salud, ... [y le] parece difícil (sic), que el desarrollo de un concepto por parte del Poder Ejecutivo Federal pudiera ser aplicable a los demás órdenes jurídicos: el local y el municipal, de manera transversal, aun siendo un desarrollo reglamentario de una Ley General que establece la concurrencia entre estos órdenes... en particular a los de las entidades federativas, los cuales pueden desarrollar estos mismos conceptos de manera concurrente, [y] que la delegación de las materias concurrentes para su

---

60 *Ibidem* Págs. 206 a 208.

distribución por el legislador federal ... no implica la observancia obligatoria por los demás órdenes jurídicos de todo el desarrollo reglamentario del Ejecutivo ... no puede establecer jerarquía de los reglamentos federales frente a los estados y municipios. Subsecuentemente la Corte se pregunta sorprendentemente si la Constitución “contempla” el derecho a la vida. Dejando de lado sin razón expresada alguna, la fuente histórica de acceso lógico inmediato, que es el Diario de los Debates del Congreso Constituyente de Querétaro 50,<sup>61</sup> rápida pero también sorprendentemente, asevera la Corte con aparente ligereza que “... de una primera lectura... no encontramos de manera expresa... un derecho específico a la vida...”. Se plantea preliminarmente en su proceso definitorio de su postura, el argumento lógico u ontológico de los contrarios “... de la existencia de todos los demás... derechos [como] ‘esencial’ o ‘troncal’... que sin la existencia del derecho a la vida no tiene cabida ningún derecho”. Empieza por contraargumentar quizá kelsenianamente de manera congruente, si no vemos jurídicamente más allá de la normativa logicista correcta, pero parcial que “...del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia... no se puede válidamente concluir (sic)... que la vida sea más valiosa que cualesquiera de esos otros derechos”. Predica “... que si no se está vivo, no se puede ejercer ningún derecho... pero [que] de ahí no podríamos deducir que el derecho a la vida goce de preminencia”. Extrañamente asevera aparentemente de manera analógica que “... un argumento semejante nos obligaría a aceptar también... que el derecho a alimentarse es más valioso que el derecho a la vida... por que el primero es [exclusivamente] una condición del segundo”. Sigue aseverando la Corte que ese argumento “... no distingue entre la naturaleza de los derechos y sus condiciones de ejercicio ...” y que ello “... destruiría la naturaleza relacional de los derechos fundamentales, así como su fundamento democrático ... que se establecen para limitar el ejercicio de los derechos de la mayoría sobre la minoría, pero no para la expresión de un valor fundamental del Estado...” y refiere a que desde la Quinta Época, pasando por la Octava y llegando a la Novena, esa misma Suprema Corte ha aceptado que “... los derechos fundamentales o garantías individuales no son derechos absolutos y admiten la posibilidad de modulación ... y que si el derecho a la vida se encontrara reconocido ‘expresamente’ en la Constitución este sería, de cualquier forma, un derecho relativo ... tendría que ser armonizable con otro conjunto de derechos”. Remata: “No se aprecia... un derecho a la vida a nivel constitucional... el derecho a la vida en los tratados internacionales no se establece ni reconoce como un derecho absoluto,... ni siquiera la Convención sobre los Derechos del Niño incluyó o definió el momento en el cual comienza la protección del derecho a la vida... la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas rechazó una propuesta que definía el concepto de niño desde su concepción hasta los 18 años de edad...”. No obstante, la Corte no pudo dejar de reconocer a la Convención Americana como al menos “... el único instrumento que establece [que] el derecho a la vida ‘estará

61 Diario de los Debates del Congreso Constituyente, Período Único, Querétaro 21 de noviembre de 1916. Tomo I.-Num.1, Pág. 424 “La conclusión a que se ha llegado, es que el hombre tiene un derecho fundamental, que es el derecho a la vida, y en este derecho está comprendido el derecho a la libertad, el cual se traduce por el derecho a todas las necesidades naturales del individuo.”

protegido por ley... en general a partir del momento de la concepción.” Luego en la construcción de su argumentación lógica predeterminada, se refiere como habría de suponerse, al obstáculo fundamental de todo su razonamiento refiriendo a que México notificó “... que la expresión ‘en general’ ... no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida ‘a partir del momento de la concepción’, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados ... [México] no aceptó el establecimiento de un momento específico a partir del cual debía proteger el derecho a la vida ... [n]ingún instrumento internacional de derechos humanos aplicable al Estado mexicano reconoce el derecho a la vida como un derecho absoluto ... México no se encuentra obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción ... lo único que podemos encontrar en la Constitución de manera expresa (sic) ... son ... obligaciones para el Estado de promocionar y hacer normativamente efectivos derechos relacionados con la vida ... la salud, el medioambiente, la vivienda, la protección a la niñez, ... cuidado de las mujeres en el estado de embarazo y parto ... la Constitución no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo (sic) ... establece que dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de promocionarla ... no podemos encontrar ningún fundamento constitucional o internacional para un mandato de penalización ... no es posible jurídicamente sostener la existencia de conductas malas en sí mismas (*mala in se*), sino sólo conductas prohibidas ...”. Sorprendentemente la Corte parece sin embargo recular dada su propia aseveración generalizante y absolutista y no meramente excepcional del término, pero sólo preliminarmente en cuanto al derecho a la vida diciendo que “...la mera existencia de un derecho fundamental no implica la penalización de una conducta que lo afecta [pero agrega con un argumento ahora empirista que hay] ... conductas que han dejado de tener, a juicio del legislador democrático, un reproche social ... ya realizó un ejercicio de ponderación ... salvaguardar los derechos de las mujeres ... que decidan respecto de su cuerpo ... [pues de lo contrario suponemos habría dicho] se habilitaría el ingreso al sistema penal de la venganza ... la vida como bien constitucional e internacionalmente protegido ... no puede constituir un presupuesto de los demás derechos ... no podría ser considerado absoluto ...”. Concluye entonces drásticamente el Tribunal Supremo: “... los argumentos analizados en relación con la naturaleza y existencia de los derechos a la vida son infundados”. Después la Corte se refiere a la argumentación del demandante por cuanto a que el tema de la igualdad de género y por razón de edad. Primeramente expone para controvertir, el de que las personas del sexo masculino que pueden (no dice que necesariamente deben) estar involucradas en los embarazos... al prever[se] su participación... del uso de [su] material genético... [s]e sostiene que este derecho debe ejercitarse conjuntamente... que... el derecho de la mujer se ejerce antes de la concepción... a partir de ese momento se generan obligaciones para la mujer y derechos para el padre progenitor... [que] al no contemplar al progenitor masculino, violan el derecho a la voluntad de aquél ... [y se responde a sí misma meramente aseverando] los ... argumentos resultan infundados ... la decisión final ... recae en la persona del sexo femenino ...la continuación del embarazo no deseado ... tiene ... afectación asimétrica al plan de vida lo que establece la base para el trato distinto ... al otorgarle a ella la decisión final ... hay consecuencias del embarazo no deseado que sólo recaen en la mujer ... hay otras cargas que potencialmente

podrían ser asumidas por los participantes masculinos, su garantía por parte del ordenamiento jurídico es imperfecta (sic) ... la posibilidad jurídica ... a que cierta persona sea reconocida como padre ... es una demasiado incierta e imperfecta... la decisión tomada ni es discriminatoria ni limita un supuesto derecho (sic) a la procreación ... antes de las doce semanas es muy difícil (sic) establecer que una persona en particular es efectivamente el padre potencial ... los argumentos sobre la falta de razonabilidad son infundados. [N]o existe obligación constitucional para que el legislador constitucional establezca un régimen especial cuando la que desea interrumpir el embarazo es una menor de edad ... no es la edad biológica de una persona, sino el contexto de condiciones en las que el ordenamiento jurídico bajo examen sitúa el ejercicio de su autonomía ... no hay motivos para pensar (sic) que el legislador debía haber distinguido el caso de las menores ... Los servicios de consejería previstos en las normas de la Ley de Salud ... son extensos y detallados ... suficientes a nuestro juicio (sic) para cubrir adecuadamente las necesidades que plantea un aborto de menores ...”. Parece que la minoría de edad, y el interés superior del menor en forma alguna, tampoco implican para la Corte un trato diferenciador de protección especial en algo quizá lo más importante en su vida hasta el momento que es un embarazo. Con respecto al argumento de los demandantes de que la reforma a la ley penal mencionada viola principios de legalidad, certidumbre y exacta aplicación de la ley, la Corte sostuvo que “... el bien jurídico tutelado sigue siendo (sic) la vida en gestación ... cambiaron las circunstancias o condiciones en que en que dicho bien se protege ... operó ... una variación en las circunstancias en que se da dicha protección”, pero omitió mencionar la Corte por qué se autorizó temporalmente y no sustantivamente, la desprotección del mismo bien jurídico. Con respecto a la indeterminación del mecanismo para la forma como se mide el inicio del plazo para el conteo de “las doce semanas”, la Corte solamente respondió a los accionantes que “... la cuestión de temporalidad podrá ser determinada, en el caso concreto, a través de periciales u otros medios de prueba que ayuden a formar su convicción (sic)”. Como se observa unos cuantos renglones arriba, calificó la Corte como “muy difícil” establecer que una persona sea efectivamente el padre, pero para medir el conteo de las doce semanas, resulta que la Corte (que no los médicos peritos), sabe medicamente que sí hay medios de prueba para formar convicción.<sup>62</sup>

Es incuestionable que el tema es éticamente muy difícil, y actualmente social más que científicamente controvertido. Lo es tanto, que prácticamente cada uno de los ministros formuló voto particular, que aunque generalmente confirmatorio de la constitucionalidad del aborto en las primeras doce semanas del embarazo, manifiestan algunas particularidades dignas de llamar la atención.

En el voto concurrente del Ministro Genaro David Góngora Pimentel, destaca contrario a la declaración expresa entonces del Gobierno de México de que la Convención Americana de Derechos Humanos señaló que el tema del aborto era competencia de

---

62 *Ibidem* Págs. 103 a 206.

los Estados integrantes de la Federación, “la penalización de la interrupción del embarazo, a petición de la mujer, es inconstitucional...”<sup>63</sup> En el del Ministro Sergio A. Valls Hernández (q.e.p.d.), aunque no señala el alcance de las excepciones, afirmó no obstante el carácter absoluto de la privación de la vida del embrión que propuso la reforma penal defecha, que conforme a la propia Convención Americana de Derechos Humanos, la protección del producto de la gestación a partir de la concepción “... no se protege en un sentido absoluto”.<sup>64</sup> Por su parte, en el suyo el Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo tajantemente aseveró “... que no puede sostenerse que la Constitución mexicana no establezca como un valor constitucional el derecho a la vida ... que en efecto protege al producto de la concepción, pero en función de la mujer embarazada...”<sup>65</sup>

El voto concurrente del Ministro José Fernando Franco González Salas, idealísticamente como lo afirma, vincula el Artículo 4o. constitucional que señala que “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos ... [con el derecho de] ... [l]a mujer [a] tomar su decisión, no solamente libre y responsable, sino informada de manera objetiva, veraz, oportuna y suficiente y que [e]stas obligaciones de las autoridades deben ser cumplidas de manera invariable y su [in]cumplimiento debe ser sancionado con todo el rigor de la ley... y que lo ideal sería prevenir embarazos no planeados o no deseados”.<sup>66</sup> La ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas dice disentir de la mayoría que desconocen el derecho a la vida, y enuncia sin razonar su concepto de ponderación al afirmar que “... el análisis ... debe partir de considerar a la vida como un derecho, tal como fue determinado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte al resolver la acción de inconstitucionalidad 10/2000, y no como un bien constitucional e internacionalmente protegido ... [que] ... no puede resolverse de acuerdo con los tradicionales criterios de resolución de antinomias ... mediante la declaración de invalidez de una de ellas considerando que constituye una excepción permanente a la otra ... procede ponderar ... los derechos de la madre consistentes en salud y vida de la mujer y por otro el derecho a la vida del *nasciturus* ... [y que] si bien opera el principio *pro homine*, este aplica no sólo al derecho a la vida del embrión menor de doce semanas, ... también opera respecto del derecho a la vida y a la salud de la mujer y los demás derechos que se vinculan”.<sup>67</sup> La ministra Margarita Beatriz Luna Ramos señala que “...la constitución no establece lineamientos sobre cuáles son las conductas sancionables penalmente, quiere decir que es optativo para el legislador determinarlas y con qué consecuencias... la despenalización de la interrupción del embarazo a las doce semanas... no es un tema de constitucionalidad...”,<sup>68</sup> sino de competencia de las legislaciones estatales. Del voto con-

63 Ibidem Voto Concurrente Págs. 1 a 46.

64 Ibidem Voto Concurrente Págs. 1 a 14.

65 Ibidem Voto Concurrente Págs. 1 a 47.

66 Ibidem Voto Concurrente Págs. 1 a 22.

67 Ibidem Voto Concurrente Págs. 1 a 21.

68 Ibidem Voto Concurrente Págs. 1 a 12.

currente del Ministro Juan N. Silva Meza, llama la atención una argumentación que destruye el cimiento fundamental de la legalidad estatal que nos rige, al considerar como justificación de la constitucionalidad del aborto, la ineficacia o incumplimiento del Gobierno, que no del Estado, cuando refiere a que “... los datos estadísticos que permiten demostrar la nula eficacia que ha tenido la penalización de la conducta ... en el Distrito Federal, como medio para evitar y castigar dicha conducta ... si el propio Estado no ha cumplido con la obligación constitucional ... de educar en materia sexual y reproductiva ... no puede reprocharse a la sociedad un ejercicio irresponsable de la libertad reproductiva, mediante la penalización absoluta de la conducta en estudio”.<sup>69</sup>

b. Formularon voto de minoría disidente los Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Refutan primero que el engrose no hubiera reflejado que las jurisprudencias plenarios 13/2002 y 14/2002 que tiene por rubros “DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL” y “DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES” no fueron interrumpidas, sino que habiendo entonces sido aprobadas originalmente la primera por diez ministros y la segunda por nueve, la mayoría de ministros confirmó su criterio, por lo que “tienen carácter obligatorio”, pues dicen: “... conforme al Artículo 43 de la ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución ..., contrariamente a lo expresado por el Ministro encargado del engrose... si era necesario encargarse expresamente de ello ...” Reconocen los disidentes, la consagración constitucional del derecho a la vida, si bien no de manera expresa, sí como valor fundamental desde el momento de la concepción, principalmente en sus Artículos 1o., 3o., 4o., 14o., 22o., 123o. A V y XV, y Tercero Transitorio del Decreto que reformó los Artículos 30o., 32o. y 37o. constitucionales, este último en materia de nacionalidad. Refieren históricamente a que el Artículo 1o., aún vigente cuando se plateó la acción de inconstitucionalidad, establecía que “... todo individuo gozará de las garantías ... las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece ... [y] que no puede partirse de atribuir al Constituyente una intención sólo temporal en las disposiciones que aprobó ... pues resulta inadmisibles... que en una ley secundaria, mucho menos en disposiciones generales de rango inferior o en actos concretos de autoridad, se puedan establecer limitaciones al régimen de garantías individuales ...” Con respecto al 4o. constitucional en lo relativo a la igualdad del varón y de la mujer y al derecho de procreación y a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de hijos, derecho a la salud, etc., señalan los disidentes que “[s]i bien no puede imponerse a nadie un embarazo, cuando este deriva del ejercicio sexual libremente ejercido y decidido, y no impuesto mediante coacción, la condición de responsabilidad a que se sujeta este derecho en la Constitución impone el deber de no interrumpirlo”. Agregan que sin que se nieguen los derechos implícitos “... a la

---

69 *Ibidem* Págs. 1 a 20.

autodeterminación del cuerpo y a un plan de vida...” destacan como incongruente “...la postura de exigir la consagración expresa del derecho a la vida desde el momento de la concepción... pero en cambio adoptan[n] una postura flexible en relación con los derechos aludidos que estiman consagrados [esos sí] implícitamente en la Constitución”. Reiteran que la Suprema Corte había establecido que la Constitución protegía el derecho a la vida en las mencionadas “... jurisprudencias plenarios 13/2002 y 14/2002 que continúan en vigor y tienen plena vigencia”, ello con respecto a la reforma a los Artículos 14o. y 22o. que eliminó la pena de muerte al considerar “... como lo manifestó el Órgano Reformador, al derecho a la vida como el derecho humano por excelencia”. Por cuanto al Artículo 123o. A, fracciones V y XV y B fracción XI relativos al trabajo de las mujeres embarazadas, concluyen que no es posible interpretar que se refiera sólo a la protección de los derechos de la mujer en su relación laboral con el patrón, “... sin conferir derecho alguno al producto de la concepción ...”, y para demostrar lo anterior se refieren al dictamen emitido “ por la Cámara de Senadores el 23 de diciembre de 1982, al referirse a que “... la debida atención y los descansos para la mujer embarazada pretend[en] no sólo velar por su propia salud, sino también por la del futuro hijo, quien, de esta manera, desde antes de su nacimiento, goza de la protección del Derecho y del Estado (...)”. Por cuanto al Artículo Tercero Transitorio del Decreto que reformó los Artículos 30o., 32o. y 37o. constitucionales, “... [n]o obsta[n]te que el Artículo 30o. constitucional determin[en] que la nacionalidad se adquiere con el nacimiento,... la disposición transitoria... se refiere a los concebidos como beneficiarios de derechos en materia de nacionalidad...”. Continúan los disidentes la argumentación en contra de la sentencia de la mayoría, refiriendo a los valores o instituciones que se pretendieron salvaguardar por el Constituyente, indicando que la Constitución sí alude de manera expresa a la protección del producto de la concepción, ya que aunque no tiene por qué decir lo que es obvio, “... ¿para qué proteger la salud si se considera que no está garantizada la vida, que es su presupuesto necesario?”. Añaden los disidentes que la afirmación contenida en la sentencia plenaria en el sentido de que de que la vida es sólo condición necesaria para el disfrute de los derechos y que de ello “no puede derivarse la conclusión valorativa de que la vida es más valiosa ... pues ello implica incurrir en lo que se conoce como la falacia naturalista consistente en deducir conclusiones normativas partir de premisas que sólo contiene afirmaciones a partir de hechos ...”, confunden la existencia de un derecho con su jerarquía, pues “... del hecho consistente en que la vida es presupuesto de los demás derechos se deriva la existencia lógica de este derecho con independencia de si es de mayor o menor valía que otros derechos fundamentales”. Reafirman los minoristas disidentes que el engrose de la sentencia plenaria “... se limita a afirmar que la Constitución no establece expresamente el derecho a la vida, pero sin realizar un análisis de la misma a fin de determinar si consagra o no implícitamente este derecho... no obstante que la Suprema Corte ha adoptado un criterio abierto en cuanto al reconocimiento de muchos principios implícitos en la Constitución...”. Continúan el planteamiento con la disparidad en el razonamiento de los mayoristas que aluden a derechos de la mujer que no están expresamente consagrados sino “... que se derivan implícitamente del Artículo 4o. constitucional...”, pero no con el mismo razonamiento al de vivir. Refieren luego a como varias de las periciales desahogadas en el sentido de que “[l]as razones aducidas para despenalizar

el aborto durante las doce semanas ... [el embrión o feto] no ha alcanzado autonomía fisiológica, viabilidad extrauterina y capacidad para percibir el dolor, tener consciencia y funciones cognitivas, no existen ni al término del embarazo, ni al término del primer día de vida ... la vida [es] un proceso continuo que se inicia con la fertilización, y se prolonga a lo largo de toda la existencia ... no [hay]... razones técnico científicas para definir que un feto de doce semanas carezca de atributos humanos ...”. Refieren los minoristas inclusive a que el biólogo Premio Nobel Alfred Kastel, ha afirmado que a partir de la fertilización del óvulo “... comienza una nueva vida; el feto es un ser vivo, un ser humano, un ser completo con un código genético irrepetible”. Con respecto a los tratados internacionales primeramente, la Convención Americana de los Derechos Humanos, hacen ver que la declaración interpretativa más arriba mencionada por cuanto al término “en general” que se insertó en la Convención de manera precedente a que la protección de la vida se da a partir de la concepción, interpretada como una excepción a la obligación de México de proteger la vida desde el momento de la concepción, “... sería atribuirle a esta previsión un significado contrario al expresamente señalado ...”, como ya se explicó más arriba. Además, haciendo un estudio mucho más completo descubre lo que no se contiene en el engrose de la sentencia mayoritaria del Pleno. Refiere como ya se indicó anteriormente en ese contexto a que entre otros, la Convención sobre los Derechos del Niño en su Preámbulo expresamente establece que “... el niño necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después el nacimiento ...”, y para reforzar lo anterior se refieren los disidentes minoristas a la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de la que México es Estado parte en conjunción con la tesis de la propia Suprema Corte de que conforme a sus Artículos 31 y 32 se debe “... adoptar la conclusión que sea lógica con el contexto propio del tratado y acorde con el objeto o fin que se tuvo con su celebración ... debe acudir a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica... [a] su vez la Convención señala [que el contexto] se integra por... el texto del instrumento respectivo, así como su preámbulo y anexos...”. Objetan también los disidentes minoritarios que el legislador ordinario pueda imponer limitaciones al derecho a la vida humana, ya que tanto la Constitución como los instrumentos internacionales consagran el derecho a la vida desde la concepción, debido a que si bien podrían limitarlo en su titularidad o en su ejercicio, sólo aplicarían limitaciones en los casos previstos constitucionalmente, sin afectar su núcleo esencial. Por ejemplo, citan entre otros ejemplos, que la libertad de expresión puede limitarse para que se respete la moral, los derechos de terceros, no provoque delito ni perturbe el orden público; el derecho de petición debe ejercerse de manera respetuosa, pacífica y por escrito, y en materia política, solamente corresponde a los ciudadanos; y el de poseer armas se restringe al domicilio, pero excluyendo las prohibidas y las reservadas al uso exclusivo del ejército. Pero añaden que por el contrario, el derecho a la vida humana no tiene límite, ya que atendiendo a su propia naturaleza, un límite implicaría su anulación; su única limitación, que era la pena de muerte en casos expresos, fue eliminada con la modificación a los Artículos 14 y 22 que abolió la pena de muerte. Explican que si bien el derecho a la defensa legítima puede llegar a afectar la vida de las personas, supone que se repela una agresión real, actual, inminente y sin derecho, y no medie provocación dolosa. Critican expresamente la sentencia de la mayoría también por cuanto a que se afirme que la

Asamblea hizo una ponderación al salvaguardar tanto la libertad de autodeterminación de las mujeres, como el derecho a la vida del producto de la concepción, pues según ellos dice basta que la mujer solicite el aborto y se compruebe que está dentro de las doce semanas de embarazo, para que proceda, pero ello implica la completa anulación del derecho a la vida, “... denota una clara contradicción ...”, no satisface los “... requisitos de proporcionalidad y razonabilidad” pues el dictamen sostiene que “... tal derecho no debe anularse...” pero “...se adopta una solución que lo anula por completo ...”. Indican también los minoritarios disidentes que los derechos fundamentales “... ha[n] evolucionado con los movimientos sociales y la transformación de los modelos de Estado: del individualismo se pasó a la formulación de los derechos de índole político, social y económico... que en la actualidad existe una cuarta generación de derechos fundamentales orientados a la preservación de la especie y el mantenimiento de sus condiciones dignas de existencia”. Y siguiendo alguna tesis del Tribunal Constitucional Alemán establecen que es “... obligación del Estado no dejar desprotegidos bienes jurídicos esenciales para la sociedad [y que] [n]o puede quedar... al libre arbitrio del legislador ordinario penalizar o no las conductas que atentan contra valores mínimos esenciales de la sociedad... y que un bien jurídico sea objeto de protección en el ámbito penal... no significa que necesariamente tenga que imponerse una pena privativa de libertad”. Agregan en la misma tónica y con una visión mucho más totalizadora del principio *pro homine*, que la de los mayoritarios, que si bien existe la obligación para el legislador “... de proteger un bien jurídico en el ámbito penal, no significa que se encuentre constreñido a imponer determinada sanción ... queda dentro de su ámbito de valoración atendiendo a las circunstancias del caso y a la regulación que requiera la realidad social, lo que inclusive puede llevarlo a establecer excluyentes de responsabilidad o excusas absolutorias”. Hacen notar en cuanto este punto, que la incongruencia de “la protección legal” que crearon se hace manifiesta en “... el período que corre entre de la fecundación y la implantación del embrión en el endometrio...”. En el mismo sentido resulta particularmente interesante el análisis que hacen los disidentes por cuanto a la ponderación como método interpretativo o integrador del derecho que hizo la Asamblea Legislativa pues reiteran, se incumplió con los principios de razonabilidad y proporcionalidad que el Pleno de la Corte en su Novena Época determinó de manera cabal, ya que nulifican el de manera absoluta el derecho a la vida del *nasciturus* desde la fecundación hasta finalizar la duodécima semana de gestación “... en razón de que existen alternativas a disposición del legislador para dar debido respeto a los derechos de la mujer sin nulificar el derecho a la vida y salud del concebido, ... [c]arecen pues [agregan] de sustento jurídico los razonamientos en que se apoya la sentencia plenaria para justificar la ponderación que [supuestamente] realizó la Asamblea Legislativa ... [particularmente porque] no se refieren a embarazos forzados, sino a embarazos producto de relaciones sexuales libremente decididas”. Se refieren luego a que es aparente la colisión entre los derechos de la mujer a la sexualidad, maternidad, libre disposición de su cuerpo y el de forjarse un plan de vida propio con los del *nasciturus* a la vida y la salud, pues los tiene por el sólo hecho de ser sin obligación alguna que cumplir con algo para gozar de ellos, en tanto que constitucionalmente la mujer sí tiene obligaciones que cumplir para gozar de los suyos y son el de información y responsabilidad. La pobreza, ignorancia y marginación señalan, no justifica la disposición

de la vida del *nasciturus*, y que la disposición de la vida de este último no corrige esas condiciones de vida de los progenitores. Agregan que la adopción por ejemplo como deber de los ascendientes, tutores y subsidiariamente del Estado ya que en términos del propio Artículo 4o. constitucional que obliga al propio Estado, "... a otorgar facilidades a los particulares para que coadyuben al cumplimiento de los derechos de la niñez". Objetan la resolución plenaria "... pues únicamente afirma que la Asamblea tomó en cuenta el incipiente desarrollo del embrión y la seguridad y facilidad de la interrupción del embarazo sin graves consecuencias para la salud de la mujer [pero], sin analizar la distinción que implica entre los seres humanos en gestación".

Afirman también los disidentes que se vulneran los derechos del padre, "... concretamente los de igualdad del hombre y la mujer ante la ley y el derecho de ambos a decidir sobre el número de hijos... consagrados expresamente en el Artículo 4o. constitucional...". La ponderación reiteran fue en este caso también incorrecta confirman, ya que (i) la vida es condición necesaria para la existencia de todo derecho, el derecho a la vida se encuentra [diríamos nosotros] subyacente en cada una de las garantías, y agregan los disidentes, la privación de cualquier otro derecho puede ser restaurada, y volveríamos a agregar, el ser humano es uno y biológicamente irrepensible; y (ii) como respondiera en las periciales señalan, el doctor Jesús Kumate (recientemente fallecido) afirmó "... a partir de la novena semana se inicia la etapa fetal en la que se manifiestan preponderantemente acciones de crecimiento y no de diferenciación." Reiteran los disidentes (iii) "[l]as consecuencias de la libertad sexual ejercida con irresponsabilidad deben ser asumidas por su causante ... [l]egalizar el aborto para proteger ... ejercicios irresponsables de libertad sexual no hace más que incentivarlos ... si bien, la mujer es la que soporta la mayor carga con estas responsabilidades, existen disposiciones legales mediante las cuales se puede hacer partícipe al padre, pues ambos se encuentran obligados a la manutención de sus hijos ... además de alternativas ... como lo es que interrumpir el embarazo afecta los derechos del padre reconocidos en el Artículo 4o. constitucional ... la responsabilidad debe ser compartida entre los padres ... también lo es el derecho de decidir sobre el número de hijos y su espaciamiento no es único de la madre ... el texto constitucional no hace tal distinción, por lo que el legislador ordinario no la puede realizar".<sup>70</sup>

Enseguida, aunque lo habían hecho con los contraargumentos planteados en su voto disidente de manera general y suficientemente expositiva, pasaron formalmente a refutar en lo que consideraron específico, cada uno de los votos concurrentes de cada uno de los ministros de la mayoría, en aquellos puntos que consideraron debido hacerlo. Subsecuentemente formularon sus conclusiones contravinientes de la sentencia de la mayoría que a continuación resumimos: 1. El derecho a la vida está implícitamente consagrado en la Constitución. 2. El producto de la concepción sí está expresamente protegido por la Constitución, los tratados internacionales y la ley general de salud. 3. Subsisten las jurisprudencias 13/2002 y 14/2002 del Pleno, pues sus criterios no fueron interrumpidos.

---

70 *Ibidem* Págs. 1 a 175.

4. Las garantías individuales no pueden restringirse ni suspenderse, sino en los casos y en las condiciones que la propia Constitución establece. 5. La Constitución no establece límite ni restricción alguna al derecho a la vida humana. 6. El legislador ordinario no puede imponer límites al derecho [constitucional de mayor jerarquía] a la vida. 7. El legislador ordinario está obligado a proteger los bienes jurídicos esenciales para la sociedad, entre ellos la vida humana como derecho natural del ser humano. 8. La tipificación del delito de aborto sólo a partir de la décima tercera semana del embarazo computadas a partir de la implantación del embrión en el endometrio desprotegen [implícitamente, aunque técnicamente de manera incorrecta por desconocimiento o ignoramiento intencional de la realidad biológica evolutiva del ser en gestación] totalmente al producto de la concepción en la primera etapa gestacional referida. 9. Esa misma desprotección implica violación al derecho a la vida no previsto en la Constitución. 10. Viola los principios de igualdad y no discriminación. 11. En el supuesto de que el legislador ordinario estuviera facultado para ponderar (con razonabilidad y proporcionalidad) el derecho a la vida, tendría que hacer prevalecer este último sobre los de la mujer a la salud, libertad sexual, maternidad, autodeterminación de su cuerpo y al de forjarse un plan de vida propio, pues lo contrario implicaría anular el derecho a la vida del nasciturus. 12. La Asamblea Legislativa violó los principios de proporcionalidad y razonabilidad, así como el de progresividad de los derechos humanos. 13. Se viola el principio de taxatividad, pues se desprotege de manera absoluta un bien jurídico constitucionalmente protegido. 14. Debió declararse la invalidez (inconstitucionalidad diríamos) de los Artículos 144 y 145 del Código Penal para el (entonces todavía) Distrito Federal.<sup>71</sup>

5. Ponderación como Método de Integración del Derecho. En términos generales, si hubiera un punto que pudiera llegar a considerarse de relativa coincidencia entre los Ministros de la Corte que formularon la sentencia de la mayoría y/o la de sus votos concurrentes sería el de que a través de la ponderación, se resolvió la controversia constitucional, e inclusive legislativa, entre “derechos humanos de la misma jerarquía”, el de la madre a decidir sobre su propio cuerpo (por las razones que al respecto se argumentan) y el derecho a la vida. Este tan ahora socorrido método de interpretación del derecho es añejo.

Eduardo García Máynez se refirió al mismo citando a Kelsen, por cierto crítico también del método de la llamada “ponderación de intereses”, a la que el propio Kelsen calificó como una mera formulación, pero no una solución al problema “pues no da la medida objetiva con arreglo a la cual pudieran ser comparados los intereses contrapuestos y resueltos los conflictos entre los mismos”.<sup>72</sup>

La crítica doctrinaria al método *per se* ha sido más abrumadora que defensiva. Reconoce quien podríamos llamar el padre del argumentismo moderno hispano, que “[e]

71 *Ibidem* Págs. 176 a 235.

72 García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Trigésima Sexta Edición. Editorial Porrúa S.A. 1984. Pág. 353.

n el mundo latino no han faltado también las críticas en relación con el método de la ponderación” y cita a su vez a Juan José Moreso, quien califica a la ponderación como “... una operación valorativa y esencialmente discrecional; y la explicación de su éxito radica en factores ideológicos...”. Agrega Atienza en lo que llama una síntesis final que “... es extraordinariamente frecuente que nuestros tribunales digan que ponderan o que aplican el principio de proporcionalidad, cuando en verdad no lo hacen o no proceden para ello con una mínima solvencia ...” Refiere luego a una crítica más radical de Juan Antonio García Amado al afirmar que “...[s]i quienes defienden el método ponderativo no comulgan con tan fuertes presupuestos ontológicos y epistemológicos, acaban asumiendo que no se propone más que un esquema posible de justificación de las personales valoraciones que acompañan a la inevitable, y en si no reprochable práctica discrecionalidad judicial... [e]l juicio entonces ya es de pura conveniencia y versará sobre cuál sistema argumentativo es más útil...”. Refiere también Atienza a las críticas europeas al uso de la ponderación por los tribunales constitucionales tanto por Ferrajoli “... desde presupuestos positivistas del derecho” como por Habermas con “... una concepción no positivista del derecho y basada en la noción de discurso...”<sup>73</sup>

Aunque disiento de la conclusión de Manuel Atienza en el fondo sobre la sentencia mexicana de la Corte, resulta pertinente acudir al análisis que en forma por demás específica, hace aún más dubitativo en mi opinión, sobre el uso apropiado de la ponderación en la decisión de la Suprema Corte Mexicana que “...que despenalizaba el aborto practicado durante las doce primeras semanas del embarazo ...” se pregunta por qué se cuestionó “... si el derecho a la vida es o no un derecho fundamental de los mexicanos (parece obvio que lo es) simplemente porque no está recogido explícitamente en la Constitución; lo cual contribuyó probablemente a la profusión de votos concurrentes que hacen prácticamente imposible determinar cuál fue la <ratio decidendi> de esa sentencia... ¿no hubiese sido preferible una argumentación de la Suprema Corte en la que se hubiese ponderado el valor de la vida con el de la autonomía de la mujer? ... ¿no hubiese resultado más difícil que en el futuro pudiese considerarse como constitucional una norma de algún Estado, castigando el aborto producido durante las doce primeras semanas del embarazo?”<sup>74</sup>

Como se vio en el apartado precedente, los ministros disidentes concluyeron que la ponderación hecha por el legislador ordinario y acogido de una u otra manera por los mayoritarios debemos suponer, habría sido incorrecta. Y ello es cierto, pues en la inmediatamente precedente Novena Época, prácticamente los mismos Ministros habían afirmado que “... en todos los casos en que se cuestiona la constitucionalidad de una disposición legal, debe hacerse un juicio razonable a partir de un ejercicio de ponderación para verificar el peso de los fundamentos que pudieran motivar la declaración de invalidez por ser contraria u opuesta a un postulado constitucional”<sup>75</sup>

73 Atienza Manuel, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, Madrid 2013 Págs. 254,255, 257, 539.

74 Ibídem Págs. 565 y 568.

75 Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXVII Febrero de 2008 Tesis Aislada P.IV/2008 Núm. de Registro 170280, Pag. 1343.

La ponderación implica primigeniamente “[c]ompensación o equilibrio entre dos pesos”.<sup>76</sup> Es decir, mantener los dos pesos o derechos humanos (vida y la autonomía/libertad de la mujer) sería la prioridad. Suponiendo sin conceder que le resultara complicado dilucidar al juzgador cuál prevalece, tiene que compensar y equilibrar con respecto de ambos. Bajo ninguna circunstancia podría aniquilar uno a costa del otro. No tendría en tal hipotéticamente concedido escenario, que optar por el aborto, si la madre no quiere al producto, ni someterla a retener el hijo una vez nacido. Ambos derechos pueden transitoriamente coexistir, particularmente si el embarazo fue resultado del ejercicio de la libertad sexual. No se puede simplemente optar por eliminar la consecuencia natural del ejercicio de ese derecho. El juzgador diferiría el que podría subsistir, pero no aniquilaría aquél que de otra manera no podría seguir existiendo. Haría que la mujer y el hombre que habiendo buscado o no el resultado, libremente se colocaron en la condición potencial del embarazo, tuvieran al producto en lugar de privarlo de la vida, y una vez vivo y viable, lo entregaran en adopción, por ejemplo.

En eso radica la esencia de la ponderación como método interpretativo e integrador de la técnica jurídica, en compensar los dos elementos o derechos en juego, en “[i]gualar [al máximo posible] en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra”, en equilibrar, en “[d]isponer y hacer que una cosa no exceda ni supere a la otra, manteniéndolas proporcionalmente (sic) iguales”.<sup>77</sup>

#### 4. LEGISLACIONES ESTATALES Y LEGISLACIÓN FEDERAL

Corresponde ahora hacer un análisis integral acerca de la evolución a nivel nacional de la aún mal llamada despenalización del aborto o interrupción del embarazo, en realidad “... un elemento negativo del delito que confiere un derecho a privar de la vida a un ser vivo llamado a ser [ser] humano en gestación, que excluye la antijuridicidad como elemento negativo del delito... que... implica necesariamente... el ejercicio de un derecho... a la propia madre y a sus colaboradores...”<sup>78</sup>

Hasta ahora nos hemos detenido en el análisis del tema a nivel local del entonces Distrito Federal (hoy Ciudad de México) y su evolución a nivel de su constitucionalidad, evaluado solamente en el caso concreto por la Suprema Corte, en razón de las acciones de inconstitucionalidad interpuestas entonces por autoridades federales, como lo fueron la Procuraduría General de la República y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Corresponde hacer ahora hacer el estudio de lo que ha sucedido a nivel de los Estados integrantes del “pacto federal”.

76 Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Décima Novena Edición. Madrid 1970 Pag 1047.

77 *Ibidem* Págs. 331 y 550.

78 Müggenburg Carlos, El Aborto y su Despenalización, Segunda Parte, en Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho Número 40, 2016 Pág. 392.

## A. Legislación Penal Estatal

Se ha reconocido de alguna manera en la sentencia a las acciones de inconstitucionalidad mencionadas, arriba analizada, que la materia del aborto es de competencia estatal. Al día de hoy, no existe uno sólo de los 31 Estados que haya seguido el modelo defenío de legalización absoluta del aborto en las primeras doce semanas del embarazo. Tampoco a nivel federal, el Código Penal Federal ha copiado el ejemplo. Es decir, la única entidad que ha tomado el modelo abortivo absoluto temporal, ha sido y sigue siendo, después de transcurridos más de diez años de haberlo hecho, la Ciudad de México, antes Distrito Federal. “[S]e ubica al Distrito Federal como la única entidad federativa que establece el aborto electivo...”.<sup>79</sup>

Textos tales como “... muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez... del embarazo... de la concepción... hasta antes del nacimiento... antes del tiempo en que el feto pueda vivir...” definen al delito de aborto en los códigos penales en los 31 Estados. Además, nueve Estados contemplan la posibilidad de conmutar o sustituir las penas privativas de libertad por trabajo a favor de la comunidad, tratamiento médico integral, tratamiento psicológico, medidas educativas y de salud, por ejemplo.<sup>80</sup>

Los Estados de Coahuila y Morelos, gobernados el primero en una de las muestras del inicio de la estrategia nepotista atentatoria del sistema democrático, Rubén Ignacio Moreira Valdez, hermano del que fuera el “maestro” gobernador inmediato de ese Estado, y el segundo Graco Ramírez, heredero incesante de la abortante ideología perrediana, pretendieron en su momento adoptar el modelo defenío del también llamado “aborto selectivo”.

Rubén Moreira presentó en el año centenario de la Constitución Política de los EUM, la iniciativa, el segundo intento familiar para la introducción del aborto electivo, mediante su “Decreto que crea el Código Penal de Coahuila de Zaragoza”. La iniciativa moreiriana planteó de manera induciente el tema del aborto a manera de vaivenes a favor y en contra, pero concluye que “... no se trata tan sólo de evitar la cárcel que se antoja del todo irracional,... [s]ino de evitar la innecesaria criminalización que se produce para las mujeres con motivo de los procesos penales...”.<sup>81</sup>

Sin embargo, contrario a la argumentación de la iniciativa del gobernador, el viernes 27 de octubre de 2017, el Poder Legislativo del Estado publicó en el Periódico Oficial del propio Estado, en su Sección Tercera el Código Penal de Coahuila de Zaragoza, en

79 Tribe H. Laurence, El aborto: guerra de absolutos. Estudio preliminar de José Ramón Cossio Díaz y otros, Fondo de Cultura Económica. Instituto Nacional de Ciencias Penales 2012, Pág. 72.

80 Pérez Hernández, Cándido. Aborto. La política de un Estado claudicante. Segunda Edición. 2017. Early Institute. Cefim. Págs. 67 a 76.

81 Dictamen de la Comisión de Gobernación, Puntos Constitucionales y Justicia de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado Visible en <http://congresocoahuila.gob.mx/portal/wp-content/uploads/2014/12/20171026-C%C3%B3digo-Penal-de-Coahuila-de-Zaragoza.pdf>, Págs. 75 a 80.

cuyo Artículo 195 prevé que “Comete aborto quien causa la muerte al producto de la concepción, en cualquier momento del embarazo”.<sup>82</sup>

## B. Legislación Penal Federal

A nivel del Código Penal Federal llamado de 1931, con lo limitado que pueda resultar su aplicabilidad, el texto de su artículo original 329 sigue definiendo al aborto como “... la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez”.<sup>83</sup>

## C. Protección del Derecho a la Vida en las Constituciones Estatales

“[L]a decisión tomada por el Alto Tribunal en la acción de inconstitucionalidad 147/2007 y su acumulada 147/2007 sobre la despenalización del aborto en el Distrito Federal, aparentemente trajo como consecuencia la promulgación de reformas a las constituciones locales para establecer una protección expresa a la vida, ya que en la sentencia que recayó en ellas, se estableció que la Constitución federal (sic) no, protegía expresamente ese derecho”.

Aunque algunas de ellas impugnadas constitucionalmente, pero no declaradas obligatoriamente inconstitucionales por la Suprema Corte como se verá más adelante, y una de ellas subsecuentemente derogada (Chiapas),<sup>84</sup> “... la mayoría de los congresos de los estados interpretaron que también ellos tienen autonomía para elevar la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción o fecundación al rango de derecho fundamental en sus constituciones locales”.<sup>85</sup>

Fueron en total 18 los Estados, salvo Chihuahua que lo había hecho desde 1994, que entre octubre de 2008 y diciembre de 2010, consagraron la protección de la vida desde su concepción a nivel constitucional local. Los Estados fueron Baja California, Chiapas, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tamaulipas y Yucatán, con Veracruz que lo hace en 2016.<sup>86</sup> Adicionalmente, para 2012, en Baja California Sur, Estado de México, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, (Veracruz que finalmente la aprobó en 2016) y Zacatecas, se habían presentado iniciativas para incluir el derecho a la vida desde la concepción. Solamente 7 Estados, Campeche, Coahuila (que por cierto incorporó la protección al derecho a la vida subsecuentemente según afirmó la Comisión de los Derechos Humanos al impugnar el Artículo 4o. de la Constitución de Veracruz), Gue-

82 Visible en <http://congresocoahuila.gob/portal/iniciativas-2017>.

83 Diario Oficial, Secretaría de Gobernación, 14 de agosto de 1931 Pág. 70, Talleres Gráfico de la Nación, México D.F., 1931.

84 *Ibidem* Tribe H. Laurence, El aborto: guerra de absolutos. Estudio preliminar de José Ramón Cossío Díaz y otros, Págs. 74 y 75.

85 *Ibidem* Pérez Hernández, Cándido y otros. Pág. 40. *Idem* Tribe H. Laurence. Págs. 74 y 75.

86 *Ibidem* Pérez Hernández, Cándido y otros. Pág. 41.

rrero, Hidalgo, Michoacán y Nuevo León habían permanecido incólumes ante la sentencia que declaró el aborto electivo legislado en el Distrito Federal dentro de las doce primeras semanas.<sup>87</sup>

Se han presentado infructuosamente, acciones de inconstitucionalidad en contra de las reformas constitucionales que reconocieron el derecho a la vida como derecho fundamental en los Estados de Baja California, San Luis Potosí, Querétaro, Guanajuato, Oaxaca y Veracruz.

En el caso de Baja California, con el voto en contra de los ministros Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Guillermo Ortiz Mayagoitia, el resto de los siete ministros votaron a favor de la invalidez del Artículo 7 de la Constitución del Estado que había interpuesto la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado, pero se desestimó su invalidez por no haber alcanzado la votación calificada de ocho ministros.<sup>88</sup> Por lo que se refiere a Querétaro, el Municipio de Arroyo Seco impugnó en cuatro reclamos, el Artículo 2 (y el 24 en una de las impugnaciones) de la Constitución estatal, y se resolvió solamente su inconstitucionalidad únicamente en la esfera competencial del Municipio de Arroyo Seco, pero no se alcanzó la mayoría calificada. En tres de ellos votaron en contra los ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alberto Pérez Dayán, en una de las mismas se les adhirió el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. En la cuarta impugnación, votaron en contra los ministros José Ramón Cossío Díaz, Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero.<sup>89</sup> Con respecto a Guanajuato, se impugnó por el Municipio de Municipio de Uriangato el Artículo 1o. de la Constitución estatal, pero se consideraron inatendibles los conceptos de invalidez por mayoría de siete votos, en ausencia de los ministros Olga Sánchez Cordero y Sergio Valls, con el voto en contra de los ministros Arturo Zaldívar y Luis María Aguilar; con relación al derecho a la vida del producto de la concepción, en ausencia de los mencionados, votaron en contra los ministros José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar, Luis María Aguilar y el presidente Juan N. Silva Meza.<sup>90</sup>

Con relación al estado de Oaxaca, por cuanto a conceptos de invalidez del Artículo 12, párrafo sexto de la Constitución estatal considerados inatendibles, fue aprobada por ocho votos, con el voto en contra de los ministros Arturo Zaldívar y Luis María Aguilar, en ausencia de la ministra Sánchez Cordero. Por cuanto al derecho a la vida producto de la concepción, se resolvió que no invade la esfera de competencia del Municipio de

87 Ídem Tribe H. Laurence, El aborto: guerra de absolutos. Estudio preliminar de José Ramón Cossío Díaz y otros.

88 Semanario judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno, Libro IV, enero 2012, Tomo 1 Pág. 615. Núm. de Registro 23346.

89 Semanario judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno, Libro XXIV, septiembre 2013, Tomo 1 Pág. 464. Núm. de Registro 24630.

90 Semanario judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno, Libro XXV, octubre 2013, Tomo 1 Pág. 644. Núm. de Registro 24665.

Asunción de Ixcaltepec, en ausencia de los ministros Sánchez Cordero y Sergio Valls, votaron en contra los ministros José Fernando Franco, Arturo Zaldívar, Luis María Aguilar y Juan N. Silva Meza.<sup>91</sup> Por último, con respecto a la acción de inconstitucionalidad (85/2016) del Artículo 4 de la Constitución Política del Estado de Veracruz interpuesta el 22 de septiembre de 2016 por la Comisión Nacional de Derechos Humanos que garantiza “... la vida del ser humano desde el momento de la concepción hasta la muerte natural...”, según reporta el acuerdo de 10 de noviembre de 2016 del ministro instructor Javier Laynez Potisek, la Presidenta de la Sexagésima Tercera Legislatura del Congreso de Veracruz, le dio cuenta de pruebas documentales presentadas, lo que la mencionada Comisión reporta en su página “Acciones de Constitucionalidad” como “En trámite ... Pendiente de resolver”.<sup>92</sup>

## 5. CONCLUSIONES A LA TERCERA PARTE

A. De lo dicho hasta aquí, resulta en razonables al menos, sino es que divergentes, conclusiones de la postura de la Suprema Corte de la aparente mayoría de Ministros que suscribieron la sentencia:

1. Se reconocen como derechos humanos, no sólo los contenidos en la propia Constitución, sino los que están contemplados en los Tratados o Convenciones Internacionales.
2. La Convención Americana de los Derechos Humanos, de la que México es parte, protege “en general” el derecho a la vida desde la concepción.
3. El término “en general” previsto en esa Convención, sólo permite excepciones al derecho a la vida, pero no lo proscribe.
4. La interpretación que México se reservó con respecto a dicha disposición de la Convención, se limitó a reconocer la materia como Estatal, pero no hizo reserva alguna a la protección general prevista en la Convención.
5. Los Estados, y en su caso la entidad federativa entonces denominada Distrito Federal, deben respetar la Convención de la que México es parte, y otras convenciones y tratados, y no apartarse de lo resuelto en las conferencias diplomáticas a las que ha asistido, sino actuar de buena fe, como lo ordena la Convención de Viena. Si acaso poner excepciones concretas a la prescripción general de respeto a la vida.
6. El establecimiento de la justificativa del ejercicio del derecho a la privación de la vida dentro de las primeras doce semanas siguientes al embarazo, no es una

91 Semanario judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno, Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 1 Pág. 739. Núm. de Registro 24663.

92 [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos controversias constit/documento/2016-11-28 \(y ver también29\)/MP Acincosnt-85-206 0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos%20controversias%20constit/documento/2016-11-28%20(y%20ver%20tambi%C3%A9n29)/MP%20Acincosnt-85-206%200.pdf)

excepción específica a la regla general de la protección de la vida desde la concepción, sino una proscripción de ese derecho.

7. La ponderación como método interpretativo, particularmente en materia de derechos humanos supuestamente contradictorios, requiere de entre otros principios, equilibrio, proporcionalidad y razonabilidad.
8. Considerar que el derecho de libertad de la mujer para abortar prevalece sobre el derecho a la vida, se aparta de esos tres principios.
9. El de equilibrio supone una compensación mutua, armonía, medida, sensatez, prudencia encaminados a sostener una situación insegura o dificultosa.<sup>93</sup>
10. El de proporcionalidad implica entre otros, disposición conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo, igualdad de dos razones.<sup>94</sup> Se debe apartar de la solución que proscriba a cualquiera de los de los derechos “en conflicto”. Debe ser una solución que permita su coexistencia.
11. Razonable se refiere a lo justo, conforme a la razón, consideración de interés superior.<sup>95</sup>
12. De haberse usado tales criterios correctamente en la sentencia de la Corte, habrían discernido que había maneras de no sacrificar un derecho por el otro, que equilibrada, proporcional y razonadamente, ambos podrían subsistir mediante un sacrificio temporal de la madre (nueve meses) para después entregar el producto del embarazo en adopción individualizada o institucional, como tantas de una y otra que existen.
13. Se ha desvalorizado la vida como valor ético (valga la redundancia) por la comodidad y frivolidad sociales, el sacrificio trascendente que es el darse a los demás por la temporalidad placentera, inclusive la derivada de un acto consentido del que se desechan y renuncian unilateralmente las consecuencias.
14. Los gobiernos federal, y de la ahora Ciudad de México al menos, no han cumplido con su obligación constitucional de educar e informar responsablemente a la sociedad en materias sexual y de seguridad, de manera que los destinatarios de la norma puedan tomar una decisión informada, como lo manda la constitución.
15. La desatención del tema por los gobiernos, les acarrearía responsabilidad constitucional.

---

93 Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Décima Novena Edición. Madrid 1970. Pág. 550.

94 *Ibidem* Pág. 1073.

95 *Ibidem* Pág. 1107.

16. La sociedad no puede ser en todos los casos rigurosamente penada por los incumplimientos activos y omisivos de las autoridades.
17. Se deben prever sanciones o consecuencias, no exclusivamente ni necesariamente punitivas, sino alternativamente o directamente para quienes no tuvieran la conciencia del gestante, de orden no sólo preventivo, como la adopción y apoyo económico entre otros, como el curativo, el de saneamiento en última instancia de las dolencias propias de la naturaleza humana femenina, tanto físicas y como psicológicas, que el aborto necesariamente genera en el corto y/o mediano plazo, el sometimiento a cursos de verdadera información.

## FUENTES DE CONSULTA

### Libros y Revistas

Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968, General Secretariat of the Organization of the American States, Washington, D.C. 1973

Atienza Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid 2013

— *Podemos hacer más más. Otra forma de pensar el derecho*. Editorial Pasos Perdidos S.L. Madrid 2013.

Brugger Walter, *Diccionario de Filosofía* Décimo Tercera Edición, Editorial Herder, Barcelona 1983, Versión Castellana J.M. Vélez Cantarell y R. Gabás,

*Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española. Décima Novena Edición. Madrid 1970

*Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Décima Segunda Edición, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1988, P-Z.

García Máynez Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa. México 1984.

García Ramírez, Sergio, Boletín Mexicano de derecho Comparado, volumen XXXVIII, Núm. 114, septiembre-diciembre 2005, Págs. 1026 a 1036 -nota de pie de página 65-, Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México.

Müggenburg Carlos, El Aborto y su Despenalización, Primera Parte, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, No. 39, México, 2015.

— El Aborto y su Despenalización Segunda Parte, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Número 40 México 2016.

*La Suprema Corte de Justicia Durante los Años Constitucionalistas (1917-1920)*, Poder Judicial de la Federación, México, 1995.

Pérez Hernández, Cándido. *Aborto. La política de un Estado claudicante*. Segunda Edición. 2017. Early Institute. Cefim.

Tribe H. Laurence, *El aborto: guerra de absolutos*. Traducción de Dubravka Suznejevic Estudio preliminar de José Ramón Cossio Díaz y otros, Fondo de Cultura Económica. Instituto Nacional de Ciencias Penales 2012.

Tena Ramírez Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-1982*, Décimo Primera Edición, 1982, Editorial Porrúa.

Vives Antón Tomás S y Cuerda Arnau María Luisa, *El debate acerca de la Legalización del Aborto*, Tirant lo Blanch, México D.F. 2012

## Legislación y Tratados

Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”. OEA

Código Civil Federal

Código Penal del Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal del 26 d abril de 2007

Declaración Universal de los Derechos Humanos <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtm>, <http://www.org/dil/esp/tratados> B-32 Convención Americana sobre derechos Humanos

Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Diario Oficial de la Federación del 4 de diciembre de 2014.

Ley de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 12 de noviembre de 2015.

## Documentos legislativos

Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, Departamento de Secretaria y Comisiones, del Congreso de la Unión, LI Legislatura, Despachado Año Segundo Período Ordinario, Comisiones Unidas de Relaciones Exteriores y Gobernación bajo el Ramo “Secreto”, Diciembre 9 del Año 1980, Índice “P”, “C” y “D”, registrado a fojas 28 del libro respectivo.

Cámara de Diputados, LX Legislatura, Gaceta Parlamentaria, Año XI Palacio Legislativo de San Lázaro, 15 y 24 de abril de 2008

Congreso del Estado Independiente, Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza. Iniciativa de Decreto que crea el Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza suscrita por el Gobernador Constitucional del Estado de Coahuila de Zaragoza, <http://congreso-coahuila.gob.mx/portal/wp-content/uploads/2014/12/20171026-C%C3%B3digo-Penal-de-Coahuila-de-Zaragoza.pdf> Págs. 75 a 80 y <http://congreso.coahuila.gob.mx/portal/iniciativas-2017>

Congreso del Estado de Morelos. Gaceta Legislativa. Sesión Ordinaria del 7 de Septiembre de 2015. Año 1 Número 002. Cuernavaca, Morelos

Diario de los Debates del Congreso Constituyente, Período Único, Querétaro 21 de noviembre de 1916. Tomo I.-Num.1

Dictamen de la Comisión de Gobernación, Puntos Constitucionales y Justicia de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado Visible en <http://congresocoahuila.gob.mx/portal/wp-content/uploads/2014/12/20171026-C%C3%B3digo-Penal-de-Coahuila-de-Zaragoza.pdf>, Págs. 75 a 80.

## Sitios Web

UNICEF <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

SCJN:

<https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/content/aborto-despenalizacion-del-abort...>  
[https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos controversias constit/documento/2016-11-28 \(y ver también29\)/MP Acincosnt-85-206 O.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos%20controversias%20constit/documento/2016-11-28%20(y%20ver%20tambien29)/MP%20Acincosnt-85-206%20O.pdf)

ONU

[https:// documents-dds—ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N9523129.pdf](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N9523129.pdf?OpenElement)  
<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

## Diario Oficial y Jurisprudencia

Diario Oficial. Órgano del Gobierno Provisional de la República. Tomo V, Cuarta Época, Número 30 México, Lunes 5 de Febrero de 1917.

Diario Oficial de la Federación, 14 de agosto de 1931

Diario Oficial de la Federación, 10 de enero de 1936

Diario Oficial de la Federación, 14 de febrero de 1975, Tomo CCCXXVIII,

Diario Oficial de la Federación, 9 de enero de 1981 y 7 de mayo del mismo año

Diario Oficial de la Federación, 7 de mayo de 1981

Diario Oficial de la Federación, 10 de junio de 2011. Primera Sección

Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXXIV Materia(s): Común

Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXVII Febrero de 2008 Tesis Aislada

Semanario judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno, Libro IV, enero 2012, Tomo 1

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, respectivamente Libros XI, XXIV y 41, de Agosto de 2012 Tomo 2, y Abril de 2017 Tomo II

Semanario judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno, Libro XXIV, septiembre 2013, Tomos 1 y 3

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, respectivamente Libros XI, XXIV, Abril de 2017 Tomo II

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno, Libro XXV, octubre 2013, Tomo 1