



**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte  
de Justicia de la Nación  
Catalogación**

PO

J644.11353 México. Suprema Corte de Justicia de la Nación

M494c

Constitucionalidad de la despenalización del aborto en el Distrito Federal / [investigación, redacción, edición y diseño a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México ; investigador Juan Luis González Alcántara ; presentación Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Ministro Sergio A. Valls Hernández, Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia]. — México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2009.

571 p. ; 22 cm. — (Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; 46)

ISBN 978-607-468-161-1

1. Despenalización del aborto – Constitucionalidad – México (Ciudad) 2. Comisión Nacional de los Derechos Humanos – Procuraduría General de la República – Acción de Inconstitucionalidad 3. Poder legislativo local – facultades concurrentes – México (Ciudad) 4. Leyes locales – Validez 5. Delito – Criterios – Comentarios 6. Embarazo – Salubridad general 7. Resolución jurisdiccional – Voto concurrente – Voto minoritario 8. Excluyentes de responsabilidad 9. Punibilidad I. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis II. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas III. González Alcántara, Juan Luis, investigador IV. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, pról. V. Valls Hernández, Sergio Armando, 1941- , pról. VI. Ortiz Mayagoitia, Guillermo Ibero, 1941- , pról. VII. t. VIII. Ser.

Primera edición: diciembre de 2009

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación

Av. José María Pino Suárez, Núm. 2

C.P. 06065, México D.F.

Impreso en México

*Printed in Mexico*

La investigación, redacción, edición y diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**CONSTITUCIONALIDAD DE LA DESPENALIZACIÓN  
DEL ABORTO EN EL DISTRITO FEDERAL**

SERIE  
DECISIONES RELEVANTES  
DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

MÉXICO 2009



## **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia  
*Presidente*

Ministro Luis María Aguilar Morales

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano

Ministro José Ramón Cossío Díaz

Ministro José Fernando Franco González Salas

Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo

Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos

Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas

Ministro Juan N. Silva Meza

Ministro Sergio A. Valls Hernández

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

## **Comité de Publicaciones, Comunicación Social, Difusión y Relaciones Institucionales**

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Ministro Sergio A. Valls Hernández

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

### **Comité Editorial**

Mtro. Alfonso Oñate Laborde  
*Secretario Ejecutivo Jurídico Administrativo*

Mtra. Cielito Bolívar Galindo  
*Directora General de la Coordinación de  
Compilación y Sistematización de Tesis*

Lic. Gustavo Addad Santiago  
*Director General de Difusión*

Juez Juan José Franco Luna  
*Director General de Casas de la Cultura Jurídica  
y Estudios Históricos*

Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez  
*Director de Análisis e Investigación Histórico Documental*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Héctor Fix-Fierro  
*Director*

Pedro Salazar Ugarte  
*Secretario Académico*

Elvia Lucía Flores Ávalos  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Juan Luis González Alcántara  
*Investigador*



## PRESENTACIÓN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, como máxima instancia jurisdiccional y último intérprete de la Constitución de la República, ha desempeñado un papel de suma importancia resolviendo los asuntos sometidos a su consideración, con las consecuentes repercusiones jurídicas, sociales, económicas y políticas. Sus resoluciones no sólo tienen efectos sobre las partes que intervienen en los asuntos de su conocimiento, sino además son de especial interés para la sociedad por la relevancia jurídica de estos fallos y los criterios que en ellos se sustentan.

Sin embargo, estas resoluciones no siempre son conocidas, ni los criterios que en ellas se sustentan son bien comprendidos. Esto se debe en parte al discurso altamente técnico en que las ejecutorias son formuladas y que su difusión se realiza a través de obras sumamente especializadas. Por ello, este Alto Tribunal ha decidido que los criterios más relevantes

sean difundidos a través de publicaciones redactadas en forma simple y llana.

Es así como se presenta la serie *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, integrada por diversos folletos sobre temas varios, abordados en las ejecutorias pronunciadas por este Máximo Tribunal, de interés para el público en general.

En el marco del Convenio de Colaboración General que tiene celebrado la Suprema Corte con la Universidad Nacional Autónoma de México para la organización y desarrollo de actividades conjuntas de investigación, acciones científicas y culturales de interés para las partes y del Convenio Específico de Colaboración para el Intercambio de Publicaciones suscrito por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas, este último participará en la elaboración de estos folletos con los comentarios de sus investigadores.

Con esta serie de publicaciones, esperamos cumplir con el objetivo de que el público no especializado conozca el trabajo de este Máximo Tribunal.

*Comité de Publicaciones, Comunicación Social,  
Difusión y Relaciones Institucionales*

Ministro Sergio A. Valls Hernández  
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea  
Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

## INTRODUCCIÓN

El interés social sobre el tema de la despenalización del aborto es permanente en virtud de la diversidad de opiniones y puntos de vista desde los cuales se aborda, y que se acentúa cuando en ellos participan los Poderes Legislativos y Judiciales, desde su propia investidura y con las facultades que les han sido conferidas.

Derivado de la emisión y promulgación de diversas reformas al Código Penal y a la Ley de Salud, ambos del Distrito Federal, llevadas a cabo por la Asamblea Legislativa y el jefe de gobierno locales, respectivamente, y que permiten la interrupción del embarazo de la mujer hasta antes de la doceava semana de gestación, sin incurrir en el delito de aborto, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República interpusieron las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y la acumulada 147/2007, por considerar que estas disposiciones contrariaban la Cons-

titución Federal, lo que motivó un debate de los más controvertidos y profundos sobre el tema dentro del ámbito judicial nacional.

Así, en esta publicación se presenta la síntesis de la sentencia que recayó a las referidas acciones, en donde se exponen los argumentos de los promoventes sobre la invalidez de las normas impugnadas, así como la contestación que a éstos da el órgano legislativo y el titular del Ejecutivo del Distrito Federal. Además, las consideraciones previas a la resolución que la Suprema Corte de Justicia de la Nación atendió por la complejidad del problema, así como el sentido de ésta.

Asimismo, se incorporan los votos concurrentes y de minoría emitidos por los señores Ministros, en donde asientan importantes criterios en torno al tema del aborto, lo que enriquece de manera sustancial esta publicación.

A todo lo anterior se agrega un estudio introductorio sobre la naturaleza jurídica del Distrito Federal y la evolución legislativa de su Código Penal, así como una síntesis del tratamiento y criterios emanados de la acción de inconstitucionalidad 10/2000, resuelta por el Tribunal en Pleno, la cual constituye el precedente más relevante en el tema del aborto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto, en donde se analizó si eran contrarias a la Constitución Federal las reformas ocurridas a la fracción III del artículo 334 del Código Penal y al numeral 131 bis del Código de Procedimientos Penales, ambos del Distrito Federal, publicadas en la *Gaceta Oficial* del 24 de agosto de 2000, disposiciones que hacen referencia a las excluyentes de responsabilidad y requisitos necesarios para, en determinados casos, no penalizar el aborto.

Por último, se incorpora a este número el comentario del doctor Juan Luis González Alcántara, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en el marco del convenio general de colaboración que tiene el Alto Tribunal con nuestra Máxima Casa de Estudios.



## I. TEMAS INTRODUCTORIOS

La acción de inconstitucionalidad que se analiza en esta publicación, tuvo su origen con la impugnación que los titulares de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y de la Procuraduría General de la República (PGR), plantearon ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por diversas reformas al Código Penal y a la Ley de Salud, ambos del Distrito Federal, con relación al delito de aborto.

Previo al análisis de la ejecutoria respectiva, a continuación se presenta un breve estudio sobre la naturaleza jurídica del Distrito Federal y sus facultades, así como la evolución legislativa de su actual Código Penal por ser el ámbito y legislación materia de este folleto. Dicho estudio se complementa con la referencia a la acción de inconstitucionalidad 10/2000, la cual constituye un precedente relevante en la materia, resuelto por el Pleno del Alto Tribunal.

## 1. NATURALEZA JURÍDICA DEL DISTRITO FEDERAL

### a) *Antecedentes*

El Distrito Federal o Ciudad de México es la sede de los Poderes de la Unión y la capital de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>1</sup> Antes de su actual configuración estaba integrado de acuerdo a la Ley Orgánica del Distrito y Territorios Federales, promulgada el 31 de diciembre de 1928, la cual creó su órgano de gobierno, al que se nombró Departamento del Distrito Federal, cuyo titular, denominado "Jefe", era designado y removido libremente por el Presidente de la República; contaba con facultades de decisión y ejecución en materia de servicios públicos y otras atribuciones ejecutivas. Por otra parte, su único órgano legislativo era el Congreso de la Unión, de donde emanaban los diversos ordenamientos que lo regían.

Posteriormente, en 1987, una reforma política de fondo permitió, entre otras cosas, la creación de un órgano denominado Asamblea de Representantes del Distrito Federal, integrada por 40 miembros electos según el principio de votación mayoritaria relativa, mediante el sistema de distritos electorales uninominales, y por otros 26 electos según el principio de representación proporcional, para dar un total de 66, que son renovados cada tres años, y deben reunir en lo personal los mismos requisitos que establece el artículo 55 constitucional para ser diputado federal.

Esto fue resultado de las conclusiones obtenidas en las audiencias públicas sobre la participación ciudadana en el

---

<sup>1</sup> Artículo 44 de la Constitución Federal.

gobierno del Distrito Federal, en las que se manifestaron los partidos políticos, las asociaciones políticas nacionales, las organizaciones sociales, las instituciones académicas y los ciudadanos en general.<sup>2</sup>

A dicha Asamblea se le otorgaron, en principio, facultades para dictar bandos, ordenanzas y reglamentos de policía y buen gobierno, con el objeto de atender las necesidades de los habitantes del Distrito Federal en materia de servicios,<sup>3</sup> así como para aprobar los nombramientos de los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia, e iniciar ante el Congreso de la Unión leyes o decretos relativos al Distrito Federal.

En la reforma constitucional de 1993<sup>4</sup> se previó un esquema para la transformación gradual de las instituciones políticas, representativas y de Gobierno del Distrito Federal, que incluyó la atribución de facultades legislativas a su Asamblea de Representantes, el establecimiento de consejos de ciudadanos y un sistema de designación del titular del órgano Ejecutivo por parte de la propia Asamblea.

---

<sup>2</sup> Exposición de motivos de la reforma a la fracción VI del artículo 73 constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 10 de agosto de 1987.

<sup>3</sup> Como los equipamientos colectivos y acciones de desarrollo urbano que directamente le interesan a los habitantes. Asimismo, en materia de educación; salud y asistencia social; abasto y distribución de alimentos, mercados y rastros; establecimientos mercantiles; comercio en la vía pública; recreación, espectáculos públicos y deporte; seguridad pública; protección civil; servicios auxiliares a la administración de justicia; prevención y readaptación social; regularización de la tenencia de la tierra, establecimiento de reservas territoriales y vivienda; preservación del medio ambiente y protección ecológica; explotación de minas de arena y materiales pétreos; construcciones y edificaciones, agua y drenaje; recolección, disposición y tratamiento de basura; tratamiento de aguas; racionalización y seguridad en el uso de energéticos; vialidad y tránsito; transporte urbano y estacionamientos; alumbrado público; parques y jardines; agencias funerarias, cementerios y servicios conexos; fomento económico y protección al empleo; desarrollo agropecuario; turismo y servicios de alojamiento; trabajo, trabajo no asalariado y previsión social, y acción cultural.

<sup>4</sup> Publicada en el DOF el 25 de octubre de 1993, mediante la cual se reformaron los artículos 31, 44, 73, 74, 79, 89, 104, 105, 107 y 122, así como la denominación del título V, adición de una fracción IX al artículo 76 y un primer párrafo al 199; además se derogó la fracción XVII del artículo 89, todos de la Constitución Federal.

En 1996 cambió la naturaleza jurídica del Distrito Federal<sup>5</sup> respecto a sus gobernantes, para establecer la elección del Jefe de Gobierno, a realizar cada seis años en la misma fecha en que se lleve a cabo la jornada electoral para elegir al Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, así como el correspondiente a los responsables de cada una de las 16 delegaciones políticas en las que está dividido su territorio, a efectuarse cada tres años por votación universal, libre, directa y secreta. Además se ampliaron las atribuciones de la Asamblea a fin de que pudiera legislar en otras materias de carácter local.

Así, en la actualidad las autoridades locales de Gobierno del Distrito Federal son su Asamblea Legislativa, el Jefe de Gobierno y el Tribunal Superior de Justicia.<sup>6</sup>

### **b) Facultades de la Asamblea Legislativa y de los Poderes de la Unión respecto al Distrito Federal**

La Asamblea Legislativa tiene, entre otras facultades: examinar, discutir y aprobar anualmente la Ley de Ingresos y el Presupuesto de Egresos del Distrito Federal; expedir la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común, así como los de lo Contencioso Administrativo; iniciar leyes o decretos relativos al Distrito Federal, ante el Congreso de la Unión; legislar en las materias civil y penal; normar la protección civil; la justicia cívica sobre faltas de policía y buen gobierno; los servicios de seguridad prestados por empresas privadas; la prevención y la readaptación social; la salud; la asistencia

---

<sup>5</sup> Conforme a la reforma constitucional publicada en el DOF el 22 de agosto de 1996.

<sup>6</sup> Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, artículo 8o.

social y la previsión social; regular la prestación y la concesión de los servicios públicos y legislar sobre los servicios de transporte urbano, de limpia, turismo y servicios de alojamiento, mercados, rastros, abasto y cementerios.<sup>7</sup>

Sin embargo, y dado que el Distrito Federal es el lugar donde radican los Poderes Federales, como ya se indicó, éstos tienen sobre él ciertas atribuciones, como son:

Al Congreso de la Unión le corresponde legislar en lo relativo al Distrito Federal, con excepción de aquellas materias expresamente conferidas por la Constitución Federal a su Asamblea; aprobar anualmente los montos de endeudamiento que deberán incluirse en la Ley de Ingresos del Distrito Federal, conforme a lo dispuesto por la Ley General de Deuda Pública; dictar las disposiciones generales que aseguren el funcionamiento de los Poderes de la Unión en el ámbito del Distrito Federal, y las demás que sobre éste señale la Constitución Federal, el Estatuto de Gobierno y las leyes que el propio Congreso de la Unión expida.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá de las controversias a que se refiere la fracción I del artículo 105 de la Constitución Federal, en que sea parte el Distrito Federal o uno de sus órganos.<sup>8</sup>

El Ejecutivo Federal tiene, entre otras atribuciones constitucionales, proponer al Senado, en caso de remoción del Jefe

---

<sup>7</sup> Artículo 122 constitucional, Apartado C, Base Primera, fracción V, y 42 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.

<sup>8</sup> Para acudir ante ella conforme al artículo 29, del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, será necesario que la Asamblea Legislativa así lo acuerde. El Tribunal Superior lo podrá hacer con el acuerdo de las dos terceras partes de los Magistrados que conforman el Pleno. El jefe de Gobierno del Distrito Federal, cuando así lo determine por declaratoria fundada y motivada.

de Gobierno, un sustituto que concluya el mandato de éste; iniciar leyes o decretos ante el Congreso de la Unión en lo que sea competente sobre el Distrito Federal; enviar cada año a dicho Congreso la propuesta de los montos de endeudamiento que se necesiten para cubrir el Presupuesto de Egresos del Distrito Federal, e informar al Congreso sobre el ejercicio de dichos recursos al rendir la cuenta pública; expedir los reglamentos relacionados a las leyes y decretos que sobre el Distrito Federal sean expedidos por el Congreso; designar al titular de la policía preventiva y procurador general de justicia, a propuesta del Jefe de Gobierno, y removerlos libremente, y ejercer las demás atribuciones que le señalen la Constitución, en el Estatuto y las leyes.

### **c) Evolución legislativa del Código Penal para el Distrito Federal**

Conforme a lo señalado en los apartados anteriores, hasta 1996 el Congreso de la Unión legislaba en todos los aspectos para el Distrito Federal; es así como regía el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 14 de agosto de 1931.

Con sus nuevas facultades, la Asamblea Legislativa comenzó a emitir los ordenamientos respectivos en aquellas materias que no fueran facultad exclusiva del Congreso Federal como es, entre otras, la penal. De esta forma, modificó la denominación del ordenamiento citado en el párrafo anterior a Código Penal para el Distrito Federal, conforme a las reformas publicadas en la *Gaceta Oficial* local de 17 de septiembre de 1999. Posteriormente, mediante decreto publicado

en dicho medio el 16 de julio de 2002, se emitió el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que derogó al anterior, al cual más adelante se le suprimió la palabra "Nuevo",<sup>9</sup> para quedar con su nombre actual.

Entre las reformas que la legislatura del Distrito Federal ha llevado a cabo en su Código Penal se encuentran las referidas al aborto, las cuales han sido motivo de controversia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, vía acción de inconstitucionalidad.

## **2. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 10/2000**

Los criterios que hasta 1995 había emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con el aborto derivaron, principalmente, de la resolución de diversos juicios de amparo tramitados en asuntos penales; en ellos estableció el alcance de las disposiciones locales en esta materia. Sin embargo, a partir de esa fecha el Alto Tribunal, con su nueva integración y facultades, dio trámite y resolvió otro tipo de asuntos, como fue la acción de inconstitucionalidad 10/2000, promovida por los diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en contra de las disposiciones establecidas en la fracción III del artículo 334 del Código Penal y del artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales, ambos del Distrito Federal, los cuales hacen referencia a las excluyentes de responsabilidad y requisitos necesarios para, en determinados casos, no penalizar el aborto, las que fueron adicionadas mediante reforma publicada en su *Gaceta Oficial* de 24 de agosto de 2000, que textualmente disponen:

---

<sup>9</sup> Mediante decreto publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 9 de junio de 2006.

Artículo 334. No se aplicará sanción:

...

III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada.

...

En los casos contemplados en las fracciones I, II y III los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable.

Artículo 131 Bis. El Ministerio Público autorizará en un término de veinticuatro horas, contadas a partir de que la mujer presente la solicitud, la interrupción del embarazo de acuerdo con lo previsto en el artículo 148, fracción I del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal cuando concurren los siguientes requisitos:

- I. Que exista denuncia por el delito de violación o inseminación artificial no consentida;
- II. Que la víctima declare la existencia del embarazo;
- III. Que se compruebe la existencia del embarazo en cualquier institución del sistema público o privado de salud;

IV. Que existan elementos que permitan al Ministerio Público suponer que el embarazo es producto de la violación o inseminación artificial en los supuestos de los artículos 150 y 151 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal; y

V. Que exista solicitud de la mujer embarazada.

Las instituciones de salud pública del Distrito Federal deberán, a petición de la interesada, practicar el examen que compruebe la existencia del embarazo, así como su interrupción.

En todos los casos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer información imparcial, objetiva, veraz y suficiente sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes; para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable. Esta información deberá ser proporcionada de manera inmediata y no deberá tener como objetivo, inducir o retrasar la decisión de la mujer.

De igual manera, en el periodo posterior ofrecerán la orientación y apoyos necesarios para propiciar su rehabilitación personal y familiar para evitar abortos subsecuentes.

La Suprema Corte resolvió que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege el derecho a la vida de todos los individuos, al tratarse de un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos.<sup>10</sup> Además, la vida humana en el plano de

---

<sup>10</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XV, febrero de 2002, p. 589, tesis P./J. 13/2002; tesis de rubro: "DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL"; IUS: 187816.

su gestación fisiológica está protegida por los tratados internacionales y las leyes federales y locales, lo que en el ámbito penal significa que se debe sancionar a quien cause la muerte al nonato, y en el civil que desde el momento de la concepción de éste puede ser designado como heredero o donatario.<sup>11</sup>

Asimismo, el Alto Tribunal determinó que la finalidad de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Federal, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, independientemente del proceso biológico en que se encuentre.<sup>12</sup>

Además, la Corte determinó lo siguiente:

- La Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen la protección de la vida del niño, tanto antes como después del nacimiento, y la protección del derecho a la vida como un atributo inherente a la persona humana, respectivamente.<sup>13</sup>

- Que no se transgrede la garantía de igualdad contenida en el artículo 4o. de la Constitución Federal, pues la norma impugnada no dispone que a determinados productos de la

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, Tomo XV, febrero de 2002, p. 588, tesis P./J. 14/2002; tesis de rubro: "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"; IUS: 187817.

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> *Idem.*

concepción, por sus características, se les pueda privar de la vida, lo que sí sería discriminatorio.<sup>14</sup>

- Las excusas absolutorias consisten en que aun cuando se configure el delito no se puede sancionar en casos específicos, esto es, la conducta es inculpada, pero no sancionable, por lo que no eximen al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta establecida como delito, sino que determinan su impunidad.<sup>15</sup>

- Lo establecido en la referida fracción III del artículo 334 del Código Penal local constituye una excusa absoluta, pues se trata de una causa que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impide la aplicación de la pena, es decir, aun cuando se configura el delito de aborto, no es posible aplicar la sanción.<sup>16</sup> Para que ocurra dicha excusa son necesarias:

1. La opinión de dos médicos especialistas en donde hubieren estado de acuerdo en que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas; que éstas pueden dar como resultado daños físicos o mentales que pongan en riesgo la sobrevivencia de aquél.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, Tomo XV, febrero de 2002, p. 415, tesis P. IX/2002; tesis de rubro: "ABORTO. EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE IGUALDAD, PUES NO AUTORIZA QUE SE PRIVE DE LA VIDA AL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN"; IUS: 187886.

<sup>15</sup> *Ibid.*, Tomo XV, febrero de 2002, p. 592, tesis P./J. 11/2002; tesis de rubro: "EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. SUS DIFERENCIAS"; IUS: 187779.

<sup>16</sup> *Ibid.*, Tomo XV, febrero de 2002, p. 416, tesis P./J. 10/2002; tesis de rubro: "ABORTO. LA HIPÓTESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CONSTITUYE UNA EXCUSA ABSOLUTORIA"; IUS: 187885.

<sup>17</sup> *Idem.*

2. La decisión de la mujer embarazada debe ser libre, informada y responsable y que ésta haya recibido, por parte de los médicos que hicieron el diagnóstico, una información objetiva, veraz, suficiente y oportuna, que comprenda tanto los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos, como los apoyos y alternativas existentes.<sup>18</sup>

Por último, la citada fracción III impugnada contempla una disposición que no guarda relación con el principio de certeza jurídica en materia penal, ya que únicamente establece que cuando se reúnan los requisitos ahí especificados no se impondrá la pena señalada en las disposiciones relacionadas con el delito de aborto.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, Tomo XV, febrero de 2002, p. 417, tesis P. VII/2002; tesis de rubro: "ABORTO. REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL"; IUS: 187884.

<sup>19</sup> *Ibid.*, Tomo XV, febrero de 2002, p. 415, tesis P. VIII/2002; tesis de rubro: "ABORTO. EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO AUTORIZA LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA POR ANALOGÍA O MAYORÍA DE RAZÓN"; IUS: 187887.

## **II. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007 Y SU ACUMULADA 147/2007**

### **1. ANTECEDENTES**

El presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y el titular de la Procuraduría General de la República (PGR) promovieron, por separado, acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 24 y 25 de mayo de 2007, respectivamente. En sus escritos solicitaron la invalidez de la reforma a los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, así como de la adición a los artículos 16 Bis 6, tercer párrafo, y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal,<sup>20</sup> realizadas mediante el Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* el 26 de abril de 2007, expedido por la Asamblea Legislativa y promulgado por el Jefe de Gobierno, ambos del Distrito Federal, el cual textualmente establece:

<sup>20</sup> Ley abrogada por la de igual denominación publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, el 17 de septiembre de 2009.

...

ARTÍCULO PRIMERO. Se reforman los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

Artículo 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

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

Artículo 145. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.

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

Artículo 146. Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.

Para efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión.

Artículo 147. Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

ARTÍCULO SEGUNDO. Se adiciona un tercer párrafo al artículo 16 Bis 6, y se adiciona el artículo 16 Bis 8 a la Ley de Salud del Distrito Federal, para quedar como sigue:

Artículo 16 Bis 6. ...

...

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

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

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

El Gobierno del Distrito Federal otorgará servicios de consejería médica y social en materia de la atención a la salud

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

### TRANSITORIOS

PRIMERO. Publíquese en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y en el Diario Oficial de la Federación para su mayor difusión.

SEGUNDO. El presente decreto entrará en vigor el día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

TERCERO. El Jefe de Gobierno del Distrito Federal, deberá expedir la adecuación a los Lineamientos Generales de Organización y Operación de los Servicios de Salud relacionados con la interrupción del embarazo en el Distrito Federal, en un lapso de 60 días hábiles.

CUARTO. El Jefe de Gobierno del Distrito Federal promoverá convenios de colaboración para obtener recursos adicionales que permitan atender el derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva.

QUINTO. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal realizará una amplia campaña informativa sobre las reformas aprobadas en este decreto.

El titular de la PGR agregó a su solicitud la invalidez del artículo tercero transitorio del mencionado Decreto, y el presidente de la CNDH pidió que la invalidez de las normas impugnadas se hiciera extensiva a los artículos 148 del Código Penal y 16 Bis 7 de la Ley de Salud, ambos del Distrito Federal (ver textos en las páginas 62 y 63 de esta publicación).

El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se declaró competente para conocer y resolver las acciones de inconstitucionalidad. Su Presidente ordenó, el 25 de mayo de 2007, formar y registrar el expediente relativo a la acción de inconstitucionalidad promovida por el titular de la CNDH, a la que correspondió el número 146/2007 y designó como instructor al señor Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Tres días más tarde ordenó formar y registrar el expediente relativo a la acción presentada por el titular de la PGR, a la que correspondió el número 147/2007, decretó su acumulación a la primera, y la remitió al mismo Ministro, quien admitió las acciones, reconoció la personalidad de los promoventes y ordenó dar vista a la Asamblea Legislativa y al Jefe de Gobierno, ambos del Distrito Federal, para que rindieran sus respectivos informes.

## **2. CONCEPTOS DE INVALIDEZ EXPRESADOS POR EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS**

### **a) *Sobre el derecho a la vida***

El presidente de la CNDH planteó, en esencia, que los artículos impugnados contravenían el derecho a la vida del producto de la concepción, reconocido en los artículos 22, 123, apartado A, fracciones V y XV y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Federal. Que debían declararse inválidos

con efectos generales, por penalizar únicamente las conductas atentatorias contra el producto de la concepción después de las doce semanas de haberse implantado el embrión en el endometrio, con lo cual desprotegían las etapas previas, cuando éstas implicaban el desarrollo de la vida misma, lo cual contradecía frontalmente la normativa constitucional.

Expresó que no podía ponderarse el derecho de la mujer a la libertad de procrear con el derecho a la vida del producto de la concepción, porque se trataban de derechos con diferente rango, ya que sin vida no había derechos y que tampoco se podía otorgar un derecho fundamental con el propósito de anular otro.

Para el actor, las normas impugnadas violaban tres derechos: a la vida, a la vida antes del nacimiento y a la vida desde la concepción, reconocidos en varios instrumentos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, con lo cual se violaba también el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>21</sup>

### **b) Sobre el principio de igualdad y no discriminación**

Por otra parte, el presidente de la CNDH argumentó que la reforma aludida era discriminatoria porque contravenía el derecho a la igualdad del varón y la mujer ante la ley, previsto en el artículo 1o. de la Constitución Federal, así como el

---

<sup>21</sup> Para reforzar su argumento citó la tesis: "TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL", *Semanario... op. cit.*, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, p. 6, tesis P. IX/2007; IUS: 172650.

derecho a la procreación y a la paternidad del progenitor, previstos en el artículo 4o. del mismo ordenamiento, el cual establece que el derecho a la procreación pertenece y se ejerce en conjunto por la pareja, de tal manera que cualquier decisión relacionada con el producto de la gestación deberá ser tomada por ambos padres.<sup>22</sup>

Precisó que, además, los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal contravenían el derecho a la igualdad y no discriminación por otras dos razones,<sup>23</sup> la primera porque regulan de manera distinta, por un lado, las conductas que afectan un producto de la concepción con menos de doce semanas, y por otra al que las sobrepasaba, lo que hacía sin bases razonables y proporcionales al introducir un plazo sin decir cómo debía contarse éste; y en segundo lugar, por negarle a la mujer menor de edad su capacidad de ejercicio para otorgar su consentimiento de interrumpir su embarazo.

### **c) Sobre el principio de exacta aplicación de la ley**

El accionante alegó que esos mismos preceptos contravenían a su vez el principio de exacta aplicación de la ley penal previsto por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que no son claros ni precisos, lo que ocasiona interpretaciones o aplicaciones erróneas.

El término: "después de las doce semanas", es difícil de determinar ya que establecer con exactitud y certeza el ini-

<sup>22</sup> Transcribe los dictámenes y la exposición de motivos de la reforma de 1994, resaltando aquellas partes en donde se habla de la pareja.

<sup>23</sup> Citó en apoyo de sus argumentos la tesis de rubro: "ABORTO. EL ARTICULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE IGUALDAD, PUES NO AUTORIZA QUE SE PRIVE DE LA VIDA AL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN", *Semanario... op. cit.*, Novena Época, Tomo XV, febrero de 2002, p. 415, tesis P. IX/2002; IUS: 187886.

cio del embarazo, o sea el momento de la implantación del embrión en el endometrio, requiere mecanismos e instrumentos médicos especializados.

Las normas impugnadas aluden al consentimiento de la mujer para imponer ciertas consecuencias, pero no ofrecen parámetro alguno para evitar los vicios que pudieran recaer en el mismo.

Las penalidades señaladas para quienes auxilien a la mujer a abortar eran mayores que para la propia mujer que abortaba; además, la pena para esta última resulta insignificante y no guarda proporción alguna con el bien jurídico protegido.

El artículo 144 del Código Penal impugnado, identifica tres etapas distintas en el proceso de gestación: la primera, que iría de la concepción hasta el embarazo (implantación del embrión en el endometrio); la segunda, a partir de este momento hasta las doce semanas y la tercera a partir de la decimotercera semana hasta el nacimiento; de tal suerte que el bien jurídico protegido por la norma no era la vida, sino el proceso de gestación así definido, con lo cual se podría llegar al absurdo de propiciar el concurso de delitos, al permitirse la comisión, con una sola conducta, de lesiones, homicidio y aborto, lo cual indudablemente es contrario al principio de exacta aplicación de la ley penal.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Citó como apoyo a sus conceptos de invalidez las tesis de rubros: "EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA", *Ibid.*, Tomo I, mayo de 1995, p. 82, tesis P. IX/95; IUS: 200381; "ABORTO. REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL", *Ibid.*, Tomo XV, febrero de 2002, p. 417, tesis P. VII/2002; IUS: 187884; y "ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN. LOS ARTÍCULOS 275, PÁRRAFO SEGUNDO (VIGENTE HASTA EL 11 DE OCTUBRE DE 2004) Y 275-B (DE ACTUAL VIGENCIA), AMBOS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL

#### **d) Competencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal**

En otro orden de ideas, argumentó que los artículos reclamados contravienen la competencia de legislar en materia de salud en forma concurrente, establecida en los artículos 4o. y 73, fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal estableció que el embarazo iniciaba con la implantación del embrión en el endometrio, cuando la Ley General de Salud y su Reglamento lo define como la fecundación del óvulo, noción que debía prevalecer.<sup>25</sup>

#### **e) Sobre el derecho de objeción de conciencia**

El artículo 16 Bis 7 de la Ley de Salud del Distrito Federal, al señalar que los prestadores de los servicios de salud no podrán oponer el derecho de objeción de conciencia so pena de ser sancionados administrativamente, en los casos en que fuera urgente interrumpir el embarazo para salvaguardar la vida o salud de la mujer, hace nugatorio ese derecho previsto en los artículos 6o. y 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los artículos 12 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues no existe un medio para determinar cuándo peligra la vida de la mujer y cuándo corre riesgo su salud.

---

ESTADO DE GUANAJUATO, QUE PREVIÉN ESE DELITO, AL CONTENER LA EXPRESIÓN 'PRECAUCIONES NECESARIAS' VIOLAN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL", *Ibid.*, Tomo XXV, febrero de 2007, p. 296, tesis 1a./J. 109/2006; IUS: 173307.

<sup>25</sup> Citó como apoyo las tesis: "SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL", *Ibid.*, Tomo XXV, abril de 2007, p. 6, tesis P. VIII/2007; IUS: 172667; y "LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL", *Ibid.*, Tomo XXV, abril de 2007, p. 5, tesis P. VII/2007; IUS: 172739.

### **f) Sobre el derecho a la salud**

La CNDH agregó que los artículos 16 Bis 6 y 16 Bis 8 de la Ley de Salud para el Distrito Federal contravienen el derecho a la salud en su dimensión social, previsto en el artículo 4o. de la Constitución Federal, ya que conforme a la iniciativa de su reforma de 1983 ésta procuraba la salud y el bienestar de los seres humanos, por lo que el Estado estaba obligado a actuar en sentido positivo para el beneficio de la sociedad, pues se trata de un derecho prestacional, o sea de segunda generación; es decir que para su cumplimiento no basta con la creación de instituciones de salud.

### **g) Sobre el principio de legalidad**

También señaló que los artículos mencionados violentan el contenido del artículo 16 constitucional al señalar que las instituciones atenderán las solicitudes para interrumpir el embarazo en los supuestos permitidos en el artículo 148 del Código Penal, ya que conforme al principio de legalidad las autoridades sólo pueden realizar aquello que les está permitido, y las instituciones públicas de salud del gobierno del Distrito Federal no estaban facultadas para interrumpir los embarazos ni proporcionar información sobre los riesgos, procedimientos y consecuencias de interrumpir el embarazo.

## **3. CONCEPTOS DE INVALIDEZ EXPRESADOS POR EL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA**

En resumen, el procurador manifestó que los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, 16 Bis 6, párrafo tercero, y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud, ambos del Distrito Federal, violan las siguientes normas constitucionales:

**a) Las normas impugnadas son contrarias a los artículos 1o., 4o., 14, 22 y 123 constitucionales**

A juicio del accionante el derecho a la vida constituye el presupuesto indispensable, la base y condición que hacen posible el goce de todos los demás derechos; por tanto, el Estado tiene la obligación de protegerlo directamente desde el momento mismo de la concepción.

Si la legislación secundaria reconoce que la existencia del ser humano inicia desde el momento mismo de la concepción, es decir, desde la unión de los gametos, cuando el óvulo es fecundado por un espermatozoide y se integra la composición genética del ser humano,<sup>26</sup> en consecuencia debe ser protegida desde entonces y durante todo el proceso de gestación, independientemente del desarrollo biológico en que se encuentre.

Que el sistema jurídico constitucional mexicano tutela el derecho a la vida, porque al promulgarse la Constitución de 1917 este derecho se reconoció en su artículo 14, al señalar que nadie podría ser privado de la vida sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplieran las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Si bien preveía en su artículo 22 la imposición de la pena de muerte para casos muy específicos,<sup>27</sup> el procurador resaltó que en diciembre de 2005 ambas normas

---

<sup>26</sup> El artículo 22 del Código Civil Federal dispone que desde el momento mismo en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley.

<sup>27</sup> En caso de ser traidor a la patria en guerra extranjera, parricida, homicida con alevosía, premeditación o ventaja, incendiario, plagiarlo, salteador de caminos, pirata y reo de delitos graves del orden militar.

habían sido objeto de reformas en las que se eliminó la alusión a la privación de la vida que se contenía en el primero y se estableció en el segundo la prohibición de la pena de muerte. Por lo que podía inferirse que la Constitución implícitamente reconoce el derecho a la vida del ser humano y lo protege.<sup>28</sup>

Además, afirmó que una interpretación sistemática de los artículos 1o., 4o., 13, 14, 17, 22, 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), y 133, de la Constitución Federal también llevaban a concluir que ese ordenamiento tutela el derecho a la vida, lo cual ha sido reconocido y protegido en diversas declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República.<sup>29</sup>

De igual modo, señaló que en el terreno judicial el derecho a la vida había sido analizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 10/2000, en la que determinó que los artículos 1o., 4o., 14, 22 y 123 constitucionales tutelan el derecho a la vida.

Que la misma capital de la República ha establecido una serie de ordenamientos tendientes a la protección de la vida,

---

<sup>28</sup> Citó para sustentar su afirmación la tesis de rubro: "INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR", *Semanario... op. cit.*, Novena Época, Tomo VII, abril de 1998, p. 117, tesis P. XXVIII/98; IUS: 196537.

<sup>29</sup> Entre ellos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Organización de Estados Americanos el 2 de mayo de 1948 (artículo 1); la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 (artículo 3); la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 (en sus principios y en su tercer considerando); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 (artículo 6.1.1); la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Preámbulo y artículos 1, 2.1, 3, 6, 23 y 24); y la Convención

entre ellos la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal; la Ley de Salud para el Distrito Federal y la Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal, ordenamientos que debían entenderse referidos tanto a los seres humanos que no habían nacido como a los que ya lo habían hecho, ya que debían interpretarse congruentemente con las normas y principios superiores.

Por otra parte, el actor alegó que las disposiciones controvertidas eran inconstitucionales porque no reconocían el derecho a la vida desde el momento de la concepción, pues al permitir la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas de gestación, impedían la existencia de un ser humano; aun cuando en dicha etapa de formación el embrión no hubiese alcanzado todas las características orgánicas de un individuo, se advertía que para ese momento sus órganos vitales ya habían sido formados en casi su totalidad. Además, al establecer diferencias en razón del desarrollo biológico del embrión, también eran discriminatorias y contrarias a lo dispuesto en el artículo 1o. constitucional, por atentar contra la dignidad humana al anular y menoscabar los derechos y libertades de las personas.

### ***b) Supremacía de la Ley General de Salud sobre las facultades legislativas locales***

En otra línea de argumentación, el procurador mencionó que el artículo 73, fracción XVI, de la Constitución Federal, establece a favor del Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de salud pública, y el artículo 44 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal vincula la facultad legislativa local

---

Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Organización de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969 (artículo 4o.).

en la materia a los lineamientos establecidos por la Ley General de Salud; por tanto, a su juicio, la Asamblea Legislativa se había extralimitado en sus facultades al definir, en el segundo párrafo del artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal, al embarazo como "...la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.", cuando competía hacerlo al Congreso de la Unión, al Presidente de la República —en ejercicio de su facultad reglamentaria— y, en su caso, al Consejo de Salubridad General, ya que la atención materno-infantil, la planificación familiar y la investigación para la salud, en los ámbitos de definición conceptual y dirección político sanitaria, eran materias reservadas a la Ley General de Salud.<sup>30</sup> Agregó que además, esta última establece como política pública nacional la protección de la salud y la vida, incluso desde el embarazo, y expresamente señala que corresponde a las autoridades federales emitir la normatividad y los lineamientos generales en la materia.

### **c) Derecho de procreación**

El actor aseguró que el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal y las demás normas impugnadas violan el derecho de procreación reconocido tanto a los hombres como a las mujeres, consagrado en el artículo 4o. de la Constitución, en el cual se señala que las personas pueden decidir libremente sobre el número de hijos que deseen tener, y exige del Estado proporcionar la información necesaria para decidir la familia que se desea formar y que puedan mantener deco-

---

<sup>30</sup> El Procurador resaltó que este sistema de supremacía de la ley general sobre las facultades legislativas locales, ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de rubro: "LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL", *Semanario... op. cit.*, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, p. 5, tesis P. VII/2007; IUS: 172739.

rosamente. No podía considerarse al aborto como el ejercicio de esa libertad de procreación o como un medio de planificación familiar, pues éstos implicaban únicamente tomar medidas anticonceptivas, y que las normas controvertidas, si bien no ordenan la interrupción del embarazo, lo permiten y fomentan.

#### **d) *El principio de certeza jurídica***

Asimismo, mencionó que el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal también viola el artículo 14 constitucional al no satisfacer el principio de certeza jurídica en materia penal, ya que conforme a la ciencia médica existen diferentes métodos, técnicas o estudios específicos para determinar el número de semanas de gestación del producto de la concepción, y la norma penal no prevé cuál de ellos se debería utilizar para precisar el periodo de tiempo al que se refería. Lo anterior podía provocar que se sancionara a alguien por el delito de aborto con motivo de la utilización de una determinada técnica, a pesar de que a través de la aplicación de otra no se sobrepasaran las doce semanas de gestación al interrumpirse un embarazo.

Agregó que el concepto de embarazo, proporcionado por la reforma impugnada, era impreciso e inexacto ya que permite variaciones de acuerdo al desarrollo del producto de la concepción o a las características de salud o reproductivas de la madre.

#### **e) *Garantías constitucionales de no discriminación e igualdad***

El procurador mencionó que las normas impugnadas violan las garantías constitucionales de no discriminación y de igual-

dad, al tiempo que se incumple con instrumentos internacionales suscritos y vigentes en nuestro país, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al desamparar a los seres humanos en formación y establecer un trato diferenciado a los productos de la concepción, de acuerdo a sus características, como la de no sobrepasar las doce semanas de gestación.

Además, la normas reformadas dan un trato diferenciado a hombres y mujeres, ya que si estas últimas no dieran su consentimiento para la interrupción del embarazo antes de las doce semanas de gestación, se estaría en presencia de un aborto forzado, y traería como consecuencia una sanción penal; por tanto, le conceden a la mujer el derecho único y exclusivo de decidir sobre la conclusión del embarazo antes del periodo referido, y se excluye al hombre de la libertad de decidir sobre la gestación de sus hijos.

El procurador expresó que ontológica y jurídicamente, todos los seres humanos son iguales: que el joven no es más persona que el adulto mayor, ni que el embrión implantado, ni que el niño, ni que aquel que tenga capacidades diferentes; en consecuencia, infiere que los preceptos impugnados no reconocían ni respetaban la dignidad de la persona al autorizar la eliminación del producto de la concepción menor a la finalización de la doceava semana de gestación e, incluso, al facultar a las instituciones y servidores públicos a concretizar dicho crimen.

#### **f) *La Asamblea Legislativa del Distrito Federal se excedió en sus facultades***

Por último, mencionó que los artículos impugnados vulneran los artículos 16 y 133 constitucionales porque la Asamblea

Legislativa del Distrito Federal carece de facultades<sup>31</sup> para establecer la posibilidad de que una mujer interrumpiera su embarazo dentro de las doce semanas de gestación, ya que la intención del Constituyente al modificar los artículos 14 y 22 constitucionales y proscribir la pena de muerte, fue la de asumir la responsabilidad no sólo de tutelar y garantizar la vida humana, sino también de protegerla, por lo que si se canceló a la Federación la potestad de privar de la vida a una persona, debía entenderse que también las autoridades locales tienen prohibido emitir normas de ese tipo, incluyéndose a los no nacidos.

Que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal violó lo dispuesto en los artículos 1o., 4o., 14, 16, 22 y 73, fracción XVI, de la Constitución Federal ya que no tiene facultades para permitir la interrupción del embarazo antes de las doce semanas de gestación, ni de establecer distinciones sin razones objetivas que las justificaran; tampoco debía apartarse de la interpretación que de las normas constitucionales, internacionales y secundarias había hecho la Suprema Corte, inclusive alejarse de lo señalado en la propia legislación del Distrito Federal, que en el artículo 22 del Código Civil local establece que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido.

#### **4. INFORME DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL**

El presidente de la Comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al rendir su informe en relación

---

<sup>31</sup> Apoyó su argumento en la tesis que lleva por rubro: "FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA", *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Vol. 181-186, Primera Parte, p. 239; IUS: 232351.

con la demanda presentada por la CNDH manifestó, substancialmente, lo siguiente:

a) Que si bien la CNDH está facultada para promover acción de inconstitucionalidad, en esta ocasión no se habían cumplido los requisitos previstos para ello en el artículo 105, fracción II, inciso g), constitucional, ya que las normas impugnadas no implican violación alguna de los derechos fundamentales.

Además, que conforme al artículo 15, fracción I, de la Ley de la CNDH y 18 de su Reglamento Interno, el presidente de la misma carece de legitimación para promover la acción de inconstitucionalidad ya que ha actuado a su libre arbitrio, sin la consulta y aprobación del Consejo Consultivo del organismo, que es a quien corresponde establecer sus lineamientos de actuación.

Que el Decreto combatido no viola norma alguna de la Constitución Federal, ya que su artículo 122, Apartado C, Base Primera, fracción V, incisos h) e i), así como el 42, fracciones XII y XIII, del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, facultan a la Asamblea Legislativa para legislar en materia penal y para normar la salud, además de que el proceso legislativo se había apegado a lo dispuesto en los ordenamientos sustantivos aplicables.

El derecho constitucional a la vida no es absoluto, por lo que no puede afirmarse *a priori* su supremacía, de tal manera que al entrar en conflicto con otros derechos había que sopesar cuál de ellos debía prevalecer, ya que el hecho de que la vida fuera condición necesaria para el disfrute y ejercicio de otros derechos, no suponía su mayor jerarquía.

Que los derechos contenidos en el artículo 4o. constitucional tienen fines distintos y titulares diferentes, por lo que es erróneo considerar a la Norma Suprema con una orientación unitaria de protección de los intereses de la familia y de la sociedad.

Si bien el artículo tercero transitorio de la reforma constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de marzo de 1999, utiliza el término de concepción, lo hace sólo como referencia para determinar la vigencia de una norma, mas no para considerar al producto de la concepción como titular de derechos, máxime que la nacionalidad, como atributo de la persona, surge con motivo del nacimiento.

La mujer tiene derecho a la autodeterminación de su cuerpo y a decidir sobre la fecundación, por lo que sostener que una vez que se produce ésta se deja de tener libertad de decisión y sólo se posee el derecho a que nadie interrumpa su condición de futuros padres, implicaba la negación de la libertad reproductiva y la sujeción del cuerpo de la mujer a los intereses del producto de la concepción y al derecho de procreación del hombre, lo que se traducía en un trato discriminatorio prohibido por el artículo 1o. constitucional.

La afirmación de la CNDH sobre que el derecho a la procreación es de ejercicio conjunto o en pareja era imprecisa, ya que excluía los casos de inseminación artificial y otras técnicas reproductivas, además de que no contemplaba la adopción como mecanismo para constituir una familia.

Cuando la Constitución Federal se refiere a la "persona" lo hace siempre respecto de las personas físicas nacidas o a las personas morales, pero en ningún momento se refiere al nonato.

Que la calidad de persona (física) se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte; a los concebidos los tiene por nacidos sólo como una ficción para otorgarles la calidad de nacidos y, por tanto, de personas, únicamente para ciertos efectos.<sup>32</sup>

Señaló que para la medicina o la biología, el concepto de persona o de ser humano no incluye al producto de la concepción porque éste no es un individuo hasta que tiene la posibilidad de existir por sí solo, lo que no ocurre en las primeras doce semanas de gestación, por lo que ni el embrión ni el feto pueden ser titulares del derecho a la vida.

Que si bien el artículo 123 constitucional protege los derechos laborales de la mujer embarazada, ello no implica una protección general al producto de la concepción oponible a ella.

Manifestó que el derecho de las mujeres sobre su cuerpo está consagrado en el artículo 1o. de la misma Constitución, y que aquél no se perdía por el hecho de ser capaces de gestar un embrión, porque se les estaría dando un trato desigual respecto de los hombres. Que era inaceptable que la mujer tuviera que decidir conjuntamente con el hombre ejercer su derecho a la procreación, porque con ello perdería el derecho a la autodeterminación de su cuerpo, y se violaría la Norma Suprema.

Argumentó que los derechos fundamentales no debían jerarquizarse, y en caso de existir un conflicto entre ellos,

---

<sup>32</sup> Conforme a los artículos 22 de los Códigos Civiles Federal y para el Distrito Federal.

debía decidirse conforme a las circunstancias particulares. Concretamente en este caso, entre el bien constitucionalmente protegido de la defensa del producto de la concepción y el derecho fundamental de la mujer de decidir sobre su cuerpo, debía prevalecer el segundo porque al ser oponible al Estado, constituye uno de los derechos fundamentales, los cuales prevalecen sobre los bienes constitucionalmente tutelados.

Entre el derecho a la vida del embrión y los derechos de la mujer, prevalecen los de ésta por tratarse de una persona nacida y desarrollada; en cambio, el embrión es incapaz de realizar funciones biológicas y cognitivas. Además, se trata de un solo derecho del embrión, el de la vida, frente a muchos derechos de la mujer: a la vida, la libertad, la salud, la libertad reproductiva, la autodeterminación de su cuerpo, la intimidad y la vida privada.

En cambio, el derecho fundamental de protección a la salud sí se vería violentado en el caso de que el Estado, con conocimiento de la práctica común de la interrupción del embarazo, aunque no estuviera permitido, impidiera el acceso a la atención médica eficaz y oportuna a las mujeres que decidieran practicarlo.

Por otro lado, no existe impedimento para que en el Distrito Federal se realizaran las interrupciones de embarazos cuando se dieran las hipótesis normativas que los regulan.<sup>33</sup> Además, la protección que el Estado debe otorgar a la mujer

---

<sup>33</sup> El Gobierno Federal, a través del Centro de Equidad y Género y Salud Reproductiva, adscrito a la Secretaría de Salud, determinó en la circular de 4 de abril de 2006, que en los casos en que se excluye de responsabilidad por la comisión del delito de aborto, las instituciones públicas de salud tienen el deber de proveer lo necesario para que el mismo se realice.

cuando decidiera libremente continuar o interrumpir su embarazo se contempla en los artículos 4o. y 123 constitucionales y en diferentes instrumentos internacionales de observancia obligatoria, como la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Al consagrarse el carácter libre de la decisión sobre el número y espaciamiento de los hijos, constitucionalmente se rechaza la prohibición o la limitación a tener hijos, pero a la vez se incluye el derecho de las personas para que no se les obligue a tenerlos.<sup>34</sup>

Respecto a lo establecido en diversos instrumentos internacionales,<sup>35</sup> la Asamblea manifestó que el Estado mexicano ha sido explícito y específico al momento de la firma de los mismos, de no reconocer la obligación de legislar sobre la protección de la vida a partir de la concepción y consignar que su reserva era aplicable tanto a la legislación vigente al momento de la adhesión al tratado como a la futura; así como al señalar que la protección de la vida desde la concepción y antes del nacimiento era materia reservada a cada uno de los Estados firmantes. Así, la extensión del derecho a la vida a la etapa previa al nacimiento y posterior a la concepción no es una obligación aceptada por el Estado mexicano y, por tanto, no es vinculante para el orden jurídico interno.

Dentro de la obligación asumida por el Estado mexicano que reza "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente", no se incluye a los embriones o fetos, aunado a que la reforma

---

<sup>34</sup> Conforme a la reforma al artículo 4o. constitucional publicada el 31 de diciembre de 1974.

<sup>35</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

legislativa impugnada no establece excepciones arbitrarias al delito de aborto, sino que sólo modifica el tipo penal, y mantiene las excepciones que existen.

Precisó que la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho a la vida del niño, mas no la del embrión; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contempla el derecho a la vida exclusivamente de las personas, y en la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Estado mexicano adopta el derecho a la vida a partir del nacimiento.

Respecto al artículo 123 constitucional, señaló que éste se refiere específicamente a los derechos laborales de la mujer, y establece obligaciones a cargo del patrón y no del Estado.

Que el artículo 4o. constitucional otorga el derecho a decidir el número y espaciamiento de sus hijos a la persona y no a la pareja, por lo que no se trata de un derecho de ejercicio conjunto y, por tanto, las normas impugnadas no violaban el derecho a la igualdad ante la ley del varón y la mujer respecto de la procreación. Tampoco lo hacen por razón de la edad del producto de la concepción, ya que el parámetro temporal de las doce semanas no era arbitrario, sino que se había determinado bajo la consideración de que la interrupción posterior del embarazo aumentaba considerablemente el riesgo en la salud de la mujer.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> El 17 de julio de 1980, México firmó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y el Comité de esta Convención emitió la recomendación general número 24 sobre la mujer y la salud, en la que llama a despenalizar procedimientos médicos requeridos sólo por mujeres, como sería la interrupción del embarazo, como una forma de erradicar la discriminación.

Respecto a que las normas impugnadas no regulan el caso especial de las mujeres menores de edad, la Asamblea respondió que no había referencia a ellas porque en el ámbito del derecho penal sólo son sujetos activos de un delito y responsables de los mismos las personas mayores de 18 años.

Las disposiciones combatidas no violan el principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, ya que el margen de error en la determinación del momento de implantación del óvulo en el endometrio era muy pequeño y era más difícil determinar el momento de la fecundación. Además, en caso de duda, los adelantos médicos y científicos permiten determinar con bastante exactitud la edad del producto en gestación.

Que la ausencia de regulación respecto del consentimiento en el delito de aborto no se traducía en violación al principio de estricta aplicación de la ley penal, ya que está regulado, al igual que para cualquier otro tipo penal, por la parte general del Código Penal que contiene las normas al respecto.

Tampoco viola el principio referido al establecer dos tipos penales distintos: el de aborto y el de aborto forzado, ya que se refieren a conductas y sujetos distintos y excluyentes. El primero lo puede cometer la mujer o quien la auxilie, mientras que el segundo se comete en contra de la voluntad de la mujer; por esa razón se establecieron penas y excluyentes distintas.

Las normas combatidas no contravienen la competencia que la Constitución otorga a la Federación para legislar en materia de salud, ya que la Asamblea Legislativa, a partir de

la reforma constitucional de 1983, está facultada para legislar en las materias penal y de salud, tanto en el ámbito local como de la salubridad general en forma concurrente con la Federación, en los términos establecidos en la Ley General expedida por el Congreso de la Unión.

Tampoco se invaden las facultades federales con la definición de embarazo establecida en el cuestionado artículo 144, ya que tal definición corresponde a lo que doctrinariamente se denomina interpretación auténtica del órgano legislativo, la cual, para evitar confusiones, acota el grado de indeterminación del término para facilitar la individualización de la norma.<sup>37</sup>

## **5. INFORME DEL JEFE DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL**

El jefe de Gobierno del Distrito Federal rindió su informe en el cual contestó, conjuntamente, a las demandas de la Procuraduría General de la República y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; sustancialmente expresó lo siguiente:

En cuanto a los aspectos formales refutó la facultad de la CNDH para promover la acción de inconstitucionalidad, pues en este caso no se cumplía la condición de que se vulneraran derechos humanos consagrados en la Constitución, sino que la acción tenía como fin determinar qué órgano estaba facul-

---

<sup>37</sup> Además, la definición establecida es acorde con la adoptada por la Organización Mundial de la Salud y por la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, así como con la contenida en la fracción II del artículo 40 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, ya que éste requiere que el embarazo esté evidenciado por cualquier signo o síntoma presuntivo, como la suspensión de menstruación o por prueba positiva de embarazo médicamente aceptada, la que sólo puede resultar positiva cuando se ha implantado el óvulo en el endometrio.

tado para expedir las normas controvertidas. Además, el presidente de la CNDH tampoco estaba facultado para hacerlo por decisión propia, en representación de dicha Comisión, ya que eso le correspondía al Consejo Consultivo de la misma.

Respecto de los conceptos de invalidez hechos valer, el jefe de Gobierno expresó que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene facultades para legislar en materias civil y penal,<sup>38</sup> y que ninguno de los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano prohíben la interrupción del embarazo, ni reconocen el derecho a la vida desde la concepción.

Para sustentar sus afirmaciones, argumentó que las normas impugnadas no atacan el derecho a la vida, ya que ésta se relaciona sólo con las personas nacidas y para que una persona pudiera ser sujeto de derechos y obligaciones requería de la "capacidad jurídica", la que se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte, y que suponer que desde la concepción se tiene la calidad de persona implicaría suprimir los efectos jurídicos del nacimiento, a partir del cual, el sujeto puede gozar de los atributos de nacionalidad, nombre, capacidad, patrimonio, domicilio y estado civil.

No debía confundirse la protección al embrión con el derecho a la vida, ya que ésta tiene como destinatario a todo ser humano, y que si bien se brindaba protección especial al embrión, se hacía en relación con las condiciones de salud y seguridad social de la mujer embarazada, además de las

---

<sup>38</sup> Citó en apoyo a su argumento la tesis de rubro: "EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. SUS DIFERENCIAS", *op. cit.*, IUS: 187779.

consecuencias jurídicas en materia sucesoria; por tanto, el *nasciturus* no es titular de dicho derecho, lo que se confirma con base en que la mayoría de las legislaciones castigan con mayor severidad el infanticidio o el homicidio que el aborto, pues el bien jurídico tutelado no es el mismo y corresponde a tipos penales autónomos.

Afirmó que ningún instrumento internacional obliga a penalizar el aborto o a tipificarlo de determinada manera, ni prohíbe la interrupción del embarazo o reconocen el derecho a la vida desde la concepción.<sup>39</sup>

Que no existe en los derechos constitucionales una jerarquía inmutable, por lo que no hay a nivel nacional ni internacional una prelación absoluta que determine la prevalencia de determinados derechos sobre otros.

Que el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos no podía ser interpretado en el sentido de que el derecho a la protección de la vida del no nacido estuviera sobre los restantes derechos, valores y principios consagrados en la Constitución, pues los tratados internacionales debían ser interpretados de manera sistemática y armónica.

---

<sup>39</sup> El artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que el derecho a la vida es inherente a la "persona humana". El artículo 1o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, no dispone que el "nasciturus" sea un niño y, por tanto, titular de los derechos consagrados en dicho instrumento, pues conforme al propio numeral "...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...", y tomando en cuenta que la edad comienza con el nacimiento es claro que se utiliza un concepto amplio de ser humano que sólo comprende al nacido. Que el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere a que deben adoptarse medidas legislativas que protejan la vida en gestación y que el segundo párrafo del Preámbulo de esta Convención tiene como fundamento los "...atributos de la persona...", de lo que deriva que ninguno de los derechos consagrados por la Convención pueden tener un carácter absoluto, al ser todos inherentes a la persona, por lo que es necesario realizar una labor de ponderación cuando surjan colisiones entre ellos.

Aún más, debía advertirse que el Estado mexicano formuló una reserva interpretativa a la referida norma en el sentido de que la expresión "en general" no constituía la obligación de adoptar o mantener legislación que protegiera la vida a partir del momento de la concepción, por pertenecer esta materia al dominio reservado de los Estados.

Expresó que la Asamblea actuó conforme a sus facultades al legislar en materia penal. Que el legislador ponderó por un lado la protección del embrión o feto y por el otro la libertad y dignidad de la mujer frente a un embarazo no deseado, y determinó que prevalecía el segundo sobre el primero.

Si bien en las normas impugnadas se protege al embrión desde su concepción hasta la conclusión de la decimosegunda semana de gestación, cuando ese fuera el deseo de la mujer; esa protección continuaba después de ese lapso, independientemente de su voluntad; que el legislador lo había decidido así con el fin de impedir la muerte y daños a la salud de mujeres a consecuencia de abortos clandestinos. Con ese criterio adecuó las normas en materia de salud para establecer, por un lado, los mecanismos que permitan a los organismos de salud atender ese problema con pleno respeto a la dignidad y derechos fundamentales de las mujeres y, por el otro, alcanzar un equilibrio entre los derechos de éstas y la protección del embrión, privilegiándose el derecho a la vida de la mujer.

El jefe de Gobierno precisó que el plazo de las doce semanas no había sido un capricho del legislador, sino que se estableció acorde con la mayoría de los países que tienen una legislación similar y que lo adoptaron con base en criterios médicos que distinguen entre el embrión y el feto, a partir de la formación del sistema nervioso central y la corteza cerebral.

En lo relativo a que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal se había extralimitado al definir el concepto de aborto, el jefe de Gobierno expresó que ésta tiene competencia para legislar en materia de salud,<sup>40</sup> por lo que al expedir los preceptos impugnados no lo había hecho en uso de una facultad concurrente con la Federación en materia de salubridad general, sino de una de las que le habían sido conferidas por el Constituyente. Además, si en el ámbito federal no se había legislado sobre el servicio de salud pública de interrupción del embarazo, era porque se había considerado un ámbito reservado a las entidades federativas.

Las normas impugnadas son acordes a la filosofía de que las instituciones de salud tienen la obligación de prestar oportunamente los servicios de interrupción del embarazo en los casos, términos y plazos permitidos, de acuerdo con la legislación aplicable en cada entidad federativa.<sup>41</sup>

Por tanto, a juicio del jefe de Gobierno, la Asamblea Legislativa tiene no sólo competencia para expedir la Ley de Salud del Distrito Federal, sino también para regular a las instituciones públicas encargadas de atender las solicitudes de interrupción del embarazo, ordenar al Gobierno del Distrito Federal que establezca políticas integrales que promuevan la salud sexual, los derechos reproductivos, la maternidad y paternidad responsables y obligarlo a prestar los servicios de

---

<sup>40</sup> El artículo 122, Apartado C, Base Primera, fracción V, inciso i), constitucional, le otorga a la Asamblea Legislativa la facultad expresa de normar la salud.

<sup>41</sup> Según el oficio circular 2192, de 4 de abril de 2006, expedido por la Directora General del Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva de la Secretaría de Salud Federal, en cumplimiento al acuerdo de solución amistosa signado por el Estado mexicano en el caso de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, derivado de la petición 161-02 que formuló ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por actuaciones del Estado de Baja California.

consejería médica y social en materia de atención a la salud sexual y reproductiva, de forma permanente y gratuita.

Precisó que el servicio de interrupción del embarazo forma parte de la materia de "salud" a que se refiere el artículo 122 constitucional y no de la materia de salubridad general de la República, ya que no es un método de planificación familiar, ni se relaciona con la atención materno-infantil de la embarazada,<sup>42</sup> pero que en el caso de considerarse así, la Asamblea también tiene facultad para expedir los preceptos impugnados, de conformidad con la Ley General de Salud,<sup>43</sup> ya que sus facultades no se limitan a ejecutar las disposiciones que en la materia dicte el Congreso de la Unión, sino que también tiene facultades normativas.<sup>44</sup>

Además, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es competente para tipificar el delito de aborto y su facultad no está restringida por la Constitución Federal, pues ésta no obliga a que las leyes penales protejan todos los derechos consti-

---

<sup>42</sup> Citó las tesis de rubros: "PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL TIENE FACULTADES EXPRESAS PARA LEGISLAR SOBRE EL TEMA", *Semanario... op. cit.*, Novena Época, Tomo XXII, octubre de 2005, p. 2451, tesis 1.8o.A.66 A; IUS: 176886; "SALUD LOCAL. LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL AL APROBAR LA LEY DE PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES, NO INVADE FACULTADES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN", *Ibid.*, Tomo XX, octubre de 2005, p. 2407, tesis 1.7o.A.320 A; IUS: 180249; e "INSTITUCIONES DE ASISTENCIA PRIVADA PARA EL DISTRITO FEDERAL. LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL EXPIDIÓ LA LEY RELATIVA EN USO DE SUS FACULTADES EXPRESAS", *Ibid.*, Tomo X, septiembre de 1999, p. 699, tesis P./J. 87/99; IUS: 193369.

<sup>43</sup> En los artículos 13 y 53 de la Ley General de Salud, respectivamente, se faculta al Distrito Federal para que, en tal materia, como autoridad local y dentro de su respectiva jurisdicción territorial, ejerza las demás atribuciones específicas que se establezcan en la propia Ley y demás disposiciones aplicables.

<sup>44</sup> Como apoyo a sus argumentos citó las tesis de rubros: "ASISTENCIA SOCIAL. LA ASISTENCIA PÚBLICA Y PRIVADA FORMAN PARTE DE ELLA", *Semanario... op. cit.*, Novena Época, Tomo X, septiembre de 1999, p. 614, tesis P./J. 83/99; IUS: 193373; "INSTITUCIONES DE ASISTENCIA PRIVADA PARA EL DISTRITO FEDERAL. LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL TIENE FACULTADES PARA EXPEDIR LA LEY RELATIVA", *Ibid.*, p. 700, tesis P./J. 84/99; IUS: 193372; y "ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL. TIENE FACULTADES PARA ABROGAR LA LEY DE INSTITUCIONES DE ASISTENCIA PRIVADA PARA EL DISTRITO FEDERAL EXPEDIDA POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN", *Ibid.*, p. 613, tesis P./J. 86/99; IUS: 193370.

tucionales, sino únicamente obliga a sancionar las conductas que expresamente refiere en sus artículos 16, 19, 20, fracción II, y 109. Por tal motivo, la reforma impugnada no podía considerarse inconstitucional por la omisión de proteger temporalmente al producto de la fecundación en el ámbito penal. Además, los legisladores habían utilizado los principios de mínima intervención, subsidiariedad y proporcionalidad de las penas, propios de la materia penal, para expedir los preceptos impugnados.

El legislador había establecido diferentes sanciones para las modalidades del delito de aborto que denotaban que había realizado una valoración ponderada y racional de las conductas, con lo cual cumplía los fines de prevención general y particular para proteger el bien jurídico, en este caso al concebido nonato.<sup>45</sup>

Que la Asamblea Legislativa no se había extralimitado en el uso de sus atribuciones al definir el embarazo, pues en ninguna parte de la Ley General de Salud se precisaba tal concepto, ni contenía disposición alguna en la cual previera que los conceptos de aborto, embrión o concepción fueran piezas claves de la política sanitaria nacional, o cuya definición fuera exclusiva de la Federación por constituir cuestiones propias del ámbito de salubridad general.

---

<sup>45</sup> Se establece una pena de tres a seis meses de prisión o de cien a trescientos días de trabajo a favor de la comunidad a la mujer que voluntariamente practique su aborto; de uno a tres años de prisión al tercero que hiciere abortar a una mujer con el consentimiento de ésta; de cinco a ocho años de prisión al tercero que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, es decir, el aborto forzado, o de ocho a diez años de prisión si mediare violencia física o moral; y, para todos los anteriores supuestos si lo causa un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

Que los conceptos de aborto y embarazo<sup>46</sup> descritos en el Código Penal del Distrito Federal fueron adoptados de la ciencia médica, la cual distingue entre la fecundación que ocurre en el momento en que se produce la penetración del óvulo por el espermatozoide, y la implantación que acontece cuando el cigoto se implanta en el endometrio, comenzando así el embarazo, lo que se refleja y da sustento a la definición cuestionada.

Además, estas definiciones tenían por objeto establecer los elementos normativos de un tipo penal y no fijar conceptos para el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, por lo que sus efectos son limitados y no universales, utilizables sólo en el ámbito de aplicación de dicho Código.

Por otra parte, sobre el argumento de que los preceptos impugnados vulneran el artículo 4o. constitucional, el jefe de Gobierno manifestó que la libertad de procreación implica que a nadie podía prohibírsele tener los hijos que deseara, como tampoco podía obligársele a tenerlos cuando no lo deseara. Además, la interrupción del embarazo no afecta un derecho del varón, ya que en este caso prevalece el derecho de la mujer porque es en su cuerpo donde se desarrolla el proceso de gestación.

Por el contrario, el uso de una medida abortiva implica el ejercicio de la libertad de procreación y las normas com-

---

<sup>46</sup> Asimismo, el concepto de embarazo que utiliza la Asamblea Legislativa encuentra coincidencia con los que da la Organización Mundial de la Salud en el documento titulado "Mechanism of Action, Safety and Efficacy of Intrauterine Devices: Report of a WHO Scientific Group. Technical Report Series 753, Ginebra: OMS, 1987" y la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, en el documento denominado "Comité sobre los Aspectos Éticos de la Reproducción Humana y la Salud de la Mujer, Definition of Pregnancy, Recommendations on Ethical Issues in Obstetrics and Gynecology, Londres, FIGO, 2000".

batidas no fomentan la interrupción del embarazo, sino que sólo otorga a las mujeres la posibilidad de acudir a centros hospitalarios a que les proporcionen atención segura, con pleno respeto a su dignidad y derechos fundamentales.

Por lo que se refiere a las objeciones hechas al término de doce semanas, el jefe de Gobierno respondió que aquél se sustentaba en estudios científicos sobre neurobiología que permitían sostener que sólo es posible hablar de persona hasta el tercer trimestre del embarazo, lo que coincide con la Ley General de Salud,<sup>47</sup> que define al embrión como el producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional.

Que era exacta la definición de embarazo, como la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio, ya que a partir de ahí es que se realiza la medición en forma exacta del plazo de las doce semanas de gestación.

El jefe de Gobierno señaló que tampoco había vulneración a los artículos 1o., tercer párrafo, y 4o., primer párrafo, de la Constitución Federal, porque la discriminación está vinculada con las personas nacidas, esto es, sólo puede presentarse respecto de sujetos de derechos y obligaciones y no respecto de embriones que exclusivamente son objeto de protección.

Tampoco había discriminación hacia los varones por excluirlos de la decisión de interrupción del embarazo antes de las doce semanas de gestación, ya que es en el cuerpo de

---

<sup>47</sup> Artículo 314, fracción VIII.

la mujer donde ésta se realiza, además de que ningún tribunal del país o del mundo les había reconocido el derecho a oponerse a la decisión de la mujer embarazada.

Por otra parte, el jefe de Gobierno expresó que era falso que se obligara a los servidores públicos a participar en la interrupción del embarazo a pesar de sus convicciones personales, pues el artículo 16 Bis 7 de la Ley de Salud impugnada, establece la posibilidad de que se excusen de intervenir.

Las disposiciones impugnadas no atentan contra la dignidad humana, porque el concepto de dignidad, incluido en los artículos 1o., tercer párrafo, y 25, primer párrafo, constitucionales, se refieren a las personas como individuos nacidos y en pleno ejercicio de sus derechos y obligaciones y no a los embriones. En cambio el ámbito de protección de la dignidad humana de la mujer incluye decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las cuales se encuentra la autonomía reproductiva.

Respecto a que la Asamblea Legislativa había vulnerado la garantía de legalidad por haber actuado fuera del ámbito de sus atribuciones y descatado los artículos 14 y 22 constitucionales que prohíben la pena de muerte, el jefe de Gobierno manifestó que los preceptos impugnados no tienen como finalidad privar de la vida a persona alguna.

Tampoco los artículos 145 a 147 del Código Penal para el Distrito Federal contravienen el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad al no mencionar a las mujeres menores de edad, porque no era aplicable para ellas, ya que el mismo Código, en su artículo 12, establece que se aplicará a todas las personas a partir de los 18 años. De tal

manera que si una mujer menor de esa edad deseara interrumpir su embarazo durante las primeras doce semanas de gestación, podría acudir a los centros de salud u hospitales, junto con quien ejerza la patria potestad sobre ella, a fin de formular la solicitud del procedimiento y otorgar su consentimiento y, en caso de no contar con el consentimiento de éste, podría llevarse a cabo el procedimiento de controversia familiar para dirimir dicha cuestión.

## **6. RESOLUCIÓN DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se reconoció competente para conocer y resolver las acciones de inconstitucionalidad presentadas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el procurador general de la República, de conformidad con la normativa aplicable, toda vez que se planteó la posible contradicción entre el Decreto por el que se Reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se Adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal,<sup>48</sup> y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Expresó también que ambas acciones habían sido presentadas oportunamente.

### **a) *Sobreseimiento y causal de improcedencia***

El presidente de CNDH solicitó la invalidez extensiva de los artículos 148 del Código Penal para el Distrito Federal y 16 Bis 7 de la Ley de Salud del Distrito Federal, por considerar que el Decreto impugnado los hacía inconstitucionales. El texto de esas normas es el siguiente:

---

<sup>48</sup> Publicado en la *Gaceta Oficial* de la entidad el 26 de abril de 2007.

Artículo 148. Se consideran como excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto:

I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código;

II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;

III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada; o

IV. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

En los casos contemplados en las fracciones I, II y III, los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable.

El artículo 16 Bis 7 de la Ley de Salud del Distrito Federal dispone:

Los prestadores de los servicios de salud a quienes corresponda practicar la interrupción del embarazo en los casos permitidos por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, y cuyas creencias religiosas o convicciones personales sean contrarias a tal interrupción, podrán ser objetores de conciencia y por tal razón excusarse de intervenir en la interrupción del embarazo, debiendo referir a la mujer con un médico no objetor. Cuando sea urgente la interrupción del embarazo para salvaguardar la salud o la vida de la mujer, no podrá invocarse la objeción de conciencia. Será obligación de las instituciones públicas de salud garantizar la oportuna prestación de los servicios y la permanente disponibilidad de personal no objetor de conciencia en la materia.

Después de analizar los artículos transcritos, el Pleno de la Suprema Corte, estableció que si bien el artículo 16 Bis 7 de la Ley de Salud para el Distrito Federal contempla la objeción de conciencia para practicar interrupciones de embarazos respecto de los casos permitidos en el Código Penal local, esa disposición legal no remitía específicamente a los casos contemplados en el artículo 148 del mismo ordenamiento, por lo que era inexacto lo argumentado por la actora de que sólo en esos casos, mencionados como excluyentes de responsabilidad del delito de aborto, pudiera invocarse la objeción de conciencia, sino que ésta era oponible en todos los casos en que conforme a la normativa sustantiva penal pudieran practicarse interrupciones de embarazos, dentro de los que se comprenden las solicitudes de mujeres embarazadas dentro de las doce primeras semanas de gestación, ya que las interrupciones de los embarazos dentro de ese término no constituyen delito y, por tanto, se comprenden dentro de los casos permitidos por el referido Código Penal.

El Pleno también sobreseyó la acción respecto al artículo 16 Bis 7 de la Ley de Salud para el Distrito Federal, por extemporánea, ya que tal previsión existía con anterioridad al Decreto impugnado.

Por otra parte, el Alto Tribunal determinó que era improcedente la acción respecto del artículo tercero transitorio del Decreto de reformas, que señala:

El jefe de gobierno del Distrito Federal deberá expedir la adecuación a los lineamientos generales de organización y operación de los servicios de salud relacionados con la interrupción del embarazo en el Distrito Federal, en un lapso de sesenta días hábiles.

Lo anterior porque habían cesado los efectos del mencionado numeral, ya que el plazo de sesenta días señalado por el legislador se había cumplido por el simple transcurso del tiempo; y agotada la finalidad del precepto, consistente en establecer los lineamientos provisionales que permitieran la eficacia de la norma reformada, en concordancia con las circunstancias de modo, tiempo y lugar, de manera que fuera congruente con la realidad imperante.<sup>49</sup>

Respecto de la legitimación del presidente de la CNDH para interponer la acción de inconstitucionalidad, el Pleno de

---

<sup>49</sup> Ver la tesis de rubro: "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. CUANDO SE PROMUEVE CONTRA UN PRECEPTO TRANSITORIO QUE YA CUMPLIÓ EL OBJETO PARA EL CUAL SE EMITIÓ, DEBE SOBRESEERSE AL SURTIRSE LA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 19, FRACCIÓN V, DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN", *Semanario... op. cit.*, Novena Época, Tomo XVII, febrero de 2008, p. 1111, tesis P/J. 8/2008; IUS: 170414.

la Suprema Corte expresó que el artículo 15, fracción I, de la Ley de la CNDH y 18 de su Reglamento Interno, le otorgan a su titular las facultades para representar a tal órgano sin requerir para ello el acuerdo o la intervención de su Consejo Consultivo, aun cuando entre las atribuciones de este último se encontrara la de aprobar dicho Reglamento y la de establecer los lineamientos generales de actuación de la Comisión.

Con base en lo anterior, el Alto Tribunal reconoció la personalidad del presidente de la CNDH y también aceptó la legitimación del procurador general de la República para interponer las acciones de inconstitucionalidad respectivas.<sup>50</sup>

### **b) Consideraciones previas sobre la complejidad del problema**

El Alto Tribunal destacó que, esencialmente, los asuntos controvertidos se referían a la interrupción del embarazo y la configuración del delito de aborto, así como al momento desde el cual se debía proteger la vida humana. Agregó que por la complejidad de estos temas, se había allegado de diversas pruebas, las cuales habían sido desahogadas e integradas en autos, a saber:

---

<sup>50</sup> Citó la tesis de jurisprudencia número P./J. 98/2001, de rubro: "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA TIENE LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR MEDIANTE ELLA, LEYES FEDERALES, LOCALES O DEL DISTRITO FEDERAL, ASÍ COMO TRATADOS INTERNACIONALES". *Ibid.*, Tomo XIV, septiembre de 2001, p. 823; IUS: 188899.

### i. Informes en materia de salud

El Pleno ordenó requerir a diferentes instituciones<sup>51</sup> la información relativa a los últimos quince años, sobre el número de mujeres que en edad fértil hubiesen fallecido por anemia o por hemorragia debido a causas ginecobstétricas; y de ser posible se especificara si esto había sido resultado de la interrupción de un embarazo; también solicitó las estadísticas de muertes motivadas por aborto voluntario o involuntario; la remisión de datos registrados sobre abortos efectuados, y el número de muertes fetales, así como las estadísticas de mortalidad materna a nivel nacional y por entidades federativas y del Distrito Federal.

Asimismo, requirió en específico a la Secretaría de Salud del Distrito Federal, las estadísticas de abortos realizados en esta entidad federativa de 1993 a la fecha; y la de mortalidad materna durante el mismo lapso, en la que se precisara la edad de la mujer, así como la descripción detallada y los fundamentos legales del proceso seguido por ésta para someterse a la práctica de un aborto.

### ii. Informe sobre causas penales

Por otra parte, el Tribunal en Pleno requirió a los órganos jurisdiccionales federales y locales, así como a las procuradurías estatales y del Distrito Federal, la información sobre los procesos penales, las averiguaciones previas, las con-

---

<sup>51</sup> Al Instituto Mexicano del Seguro Social, al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, a la Secretaría de Salud Federal y a los Institutos o Secretarías del ramo, de cada una de las entidades federativas, así como del Distrito Federal, al secretario de Gobernación y al presidente del Consejo Nacional de Población.

signaciones penales efectuadas, las cifras sobre amparos directos concedidos y negados, los juicios de amparo y/o recursos que se hubieran tramitado con relación a órdenes de aprehensión, autos de formal prisión y cualquier otra resolución no definitiva, relacionada con el delito de aborto, y el sentido de las resoluciones que al respecto dictaron, de 1992 a 2007.

De los datos obtenidos, advirtió que el número de causas penales y averiguaciones previas tramitadas en relación con el delito de aborto no pasaron de 1000, también fue notorio que los datos proporcionados reportaron, de manera muy diversa, la vinculación entre el delito de aborto y otros ilícitos relacionados a éste.

### iii. Prueba pericial

El Alto Tribunal decretó la práctica de una "prueba pericial médica en materia de concepción y vida humana en el seno materno", a desahogarse a través de un interrogatorio único, que se les proporcionaría a los peritos en la audiencia respectiva, y que habrían de contestar durante el transcurso de la misma, la cual se celebró el 16 de agosto de 2007 en donde éstos rindieron sus respectivos dictámenes.

### iv. Comparecencias

Con el fin de que las asociaciones o agrupaciones privadas, al igual que los particulares que desearan exponer sus puntos de vista en relación con el tema, lo hicieran, se celebraron diversas sesiones de comparecencia en audiencia pública presididas por el Ministro Presidente y ante los señores Ministros que se encontraban presentes.

Así, en el año 2007 se llevaron a cabo seis audiencias públicas en las que se sostuvieron criterios encontrados sobre la constitucionalidad<sup>52</sup> y la inconstitucionalidad<sup>53</sup> de los artículos impugnados. Después de escuchar ambas posturas, el Alto Tribunal llegó a la conclusión de que no existía unanimidad en los criterios éticos, morales, filosóficos, científicos y legales acerca del momento a partir del cual empezaba la vida humana y del momento en que ésta debía ser protegida por el Estado. Como se sustentaron afirmaciones encontradas entre sí, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su carácter de Tribunal Constitucional, circunscribió el estudio de la litis planteada a la constitucionalidad de las normas impugnadas.

<sup>52</sup> 1. Audiencia de 23 de abril: El presidente de la Asamblea Legislativa (Víctor Hugo Cirigo), la consejera jurídica del Gobierno del Distrito Federal (Leticia Bonifaz), Margarita M. Valdés-Villareal, Jesús Zamora Pierce, Raffaella Schiavon Ermani, senador Pablo Gómez Álvarez, María Lamas, María del Consuelo Mejía Piñeros, Patricia Greter González, Martha Lucía Micher Camarena; 2. Audiencia de 30 de mayo: Fátima Juárez, Santiago Cocuera Cabezut, Pedro Morales Aché, Julián Cruzalta Aguirre, Perla Sofía Vázquez Díaz, Gabriela Rodríguez Ramírez, Patricia Cedillo Acosta, Patricia Silva Rosales, Juliana González, Juan Antonio Cruz Parceró, Alberto Begué Guerra, María de los Ángeles López García, Edgar Armanado Cruz González, diputada local Leticia Quezada Contreras, Adriana Ortiz Ortega; 3. Audiencia de 27 de junio: el presidente de la Comisión de los Derechos Humanos del Distrito Federal, Emilio Álvarez Icaza Longoria, Patricia Galeana, Federico Zárate Zavala, diputado federal Elsa Guadalupe Conde Rodríguez, Aída Marín Acuapan, Fernando Andrés Ortiz Mejía, diputado Enrique Vargas Anaya, Pilar Murieras Juárez, Susana Lerner Sigal, Ingrid Gómez Saracibar, Gabriela Delgado Ballesteros, diputada federal Claudia Cruz Santiago, María Guadalupe Ortega Ortiz, Daphne Cuevas, diputado Enrique Pérez Correa.

<sup>53</sup> Participaciones: 1. Audiencia de 11 de abril: El presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el procurador general de la República, los ciudadanos Jorge Adame Goddard, Rodrigo Guerra, Víctor Manuel Montoya, Jorge Eugenio Traslosheros Hernández, Manuel Ramos Kuri, Lorena Malpica Hernández, María de la Luz Casas Martínez, Dora Sierra Madero; 2. Audiencia de 23 de mayo: diputada María de la Paz Quiñones Cornejo, los ciudadanos María del Carmen Alva López, Francisco Vázquez-Gómez Bisogno, María de Lourdes Delgado Barraza, Gabriel Ernesto Larrea Richerand, María del Rocío Gálvez de Lara, Ingrid Tapia, Carlos Llano Cifuentes, Gerardo Monroy Campero, diputado Álvaro Clemente Carrillo, Andrés González Watty, Jaime Inchaurreandieta Sánchez Medal, diputada federal Dora Alicia Martínez Valero, María Emilia Montejano Milton, Martha Tarasco Michel; 3. Audiencia de 13 de junio: Armando Martínez Gómez, Patricia Barrera Rivera, diputada federal María del Pilar Ortega Martínez, senadora María Teresa Ortuño Guza, Eduardo Gayón Vera, José Antonio Núñez Ochoa, Paz Gutiérrez Cortina de Fernández Cueto, Pilar Calva, Carlos Herrero Cembellín, Héctor Jaime Larios Santillán, Óscar Javier Martínez González, Carlos Fernández del Castillo Sánchez, Horacio Merchán Larios, Juan de Dios Castro Lozano, Carlos María Abascal Carranza.

### **c) Planteamientos sobre la incompetencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal**

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró, por cuestiones de método, que a través de varias preguntas se arribaría mejor a la respuesta del argumento expuesto por los actores en el sentido de que la Asamblea Legislativa, al reformar el Código Penal y la Ley de Salud, ambos ordenamientos para el Distrito Federal, habían invadido las facultades de la autoridad federal al establecer una definición de embarazo que contradecía la prevista en el Reglamento de la Ley General de Salud; y así las planteó:

i. ¿Son la salud y la salubridad general materias distintas?

Antes de la reforma al artículo 4o. constitucional de 1983, la salubridad general se encontraba dentro de las competencias del Congreso Federal establecidas en el artículo 73, fracción XVI, de la Constitución, y era regulada por el Código Sanitario de 13 de marzo de 1973, el cual contemplaba dos ejes básicos: los servicios y control sanitarios, por un lado, y las actividades relativas a la salud, por el otro; además preveía un sistema de coordinación entre las facultades federales y las locales de salud. Sin embargo, después de la citada reforma, el artículo 4o. constitucional dispone:

Artículo 4o. ... (párrafo tercero): Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Con lo anterior, se elevó la salud a rango de derecho constitucional y se estableció en esa materia la concurrencia entre las entidades federativas y la Federación, con lo cual se derogó el anterior sistema de coordinación; aun así, mantuvo los dos ejes mencionados.

De lo anterior, el Pleno infirió que no existía ni debía existir diferencia entre las materias de salubridad general y salud, ya que la primera es el campo general que comprende tanto a la salud como a los servicios y controles sanitarios, y entre ambas se integra el sistema complejo que comprende tanto las competencias y la organización, como el derecho fundamental de acceso a los servicios de salud.

ii. ¿Cuál es la relación entre la Ley General de Salud y el Sistema Nacional de Salud?

La Ley General de Salud, en su artículo 1o., establece la concurrencia entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general; reglamenta además el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en términos del artículo 4o. constitucional, y prevé las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud. Tiene aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.

En su artículo 7o., esta ley crea un Sistema Nacional de Salud constituido por las dependencias de la administración pública, tanto federales como locales, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado que presten servicios en ese ramo. Su coordinación se encuentra a cargo de la Secretaría de Salud a la que le corresponden, entre otras

cosas, establecer, conducir, coordinar y realizar la política nacional en esa materia, los programas de servicios de salud y su evaluación, coordinar el proceso de programación de actividades de ese sector, promover el establecimiento de un sistema nacional de información básica en la materia, y apoyar la coordinación con las instituciones educativas para formar y capacitar recursos humanos para la salud.

En este sentido, de acuerdo al artículo 9o. de la ley citada, los gobiernos de las entidades federativas coadyuvarán en el ámbito de sus respectivas competencias y, en los términos de los acuerdos de coordinación que celebren con la Secretaría de Salud, a la consolidación y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. Con tal propósito, planean, organizan y desarrollan en sus respectivas circunscripciones territoriales sistemas estatales en esa materia, procurando su participación programática en el sistema nacional mencionado.

La Ley General de Salud, en su artículo 13, distribuye las competencias en materia de salubridad general entre la Federación y las entidades federativas, y en las fracciones IV y VII de su artículo 3o. se refiere a la atención materno infantil y planificación familiar, respectivamente, materias que competen a las entidades federativas como autoridades locales dentro de sus respectivas jurisdicciones.

iii. ¿Existe una definición de embarazo en materia de salud?

El Alto Tribunal expresó que la Ley General de Salud no contiene o prevé en sus preceptos una definición de lo que debe entenderse por "embarazo". Las únicas ocasiones en que alude a la palabra *embarazo*, son las siguientes:

En el artículo 61 menciona que la atención materno infantil tiene carácter prioritario y comprende, entre otras acciones: "La atención de la mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio".

Por otra parte, en el artículo 67 precisa que se debe incluir la información y orientación educativa para los adolescentes y jóvenes, a efecto de disminuir el riesgo reproductivo, por lo que se debe informar a la mujer y al hombre sobre la inconveniencia del embarazo antes de los 20 años o bien después de los 35, así como la conveniencia de espaciar los embarazos y reducir su número; todo ello mediante una correcta información anticonceptiva, la cual debe ser oportuna, eficaz y completa a la pareja.

El artículo 466 se refiere a las penas a que se hace merecedor quien sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, en cuyo caso se le impondrá prisión de uno a tres años, en la circunstancia de no producirse el embarazo como resultado de la inseminación; pena que aumenta de dos a ocho años, en caso afirmativo.

El Alto Tribunal especificó que sólo el Reglamento de la Ley General de Salud, al referirse a la materia específica de "Investigación para la Salud", en su artículo 40, fracción II, establece una definición de embarazo, en los términos siguientes:

Artículo 40. Para los efectos de este Reglamento se entiende por:

...

II. Embarazo. Es el período comprendido desde la fecundación del óvulo (evidenciada por cualquier signo o síntoma presuntivo de embarazo, como suspensión de menstruación o prueba positiva del embarazo médicamente aceptada) hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos.

Ahora bien, para contextualizar la anterior definición, el Alto Tribunal tomó en cuenta que la Ley General de Salud, en su Título Quinto se refiere a la investigación para la salud, la que comprende, entre otras cosas, las acciones que contribuyan: a) al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos; b) al conocimiento de los vínculos entre las causas de enfermedad, la práctica médica y la estructura social; c) a la prevención y control de los problemas de salud que se consideren prioritarios para la población; d) al conocimiento y control de los efectos nocivos del ambiente en la salud; e) al estudio de las técnicas y métodos que se recomienden o empleen para la prestación de servicios de salud, y f) a la producción nacional de insumos para la salud.

Estas acciones las lleva a cabo la Secretaría de Educación Pública, en coordinación con la Secretaría de Salud y con la participación que corresponda al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, quien orientará el desarrollo de la investigación científica y tecnológica destinada a la salud.

Por su parte, la Secretaría de Salud y los gobiernos de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, apoyarán y estimularán el funcionamiento de establecimientos públicos destinados a la investigación para la salud.

Además, tomó en cuenta que el referido Título Quinto es reglamentado a su vez por el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, el cual, como ya se señaló en su artículo 40, fracción II, establece una definición del embarazo, por lo que ésta sólo era aplicable a la investigación para la salud, y no se trata de una definición establecida para efectos de la materia de salubridad general. Es el propio reglamento citado el que prevé en su artículo 1o. que su objeto es:

...proveer en la esfera administrativa al cumplimiento de la Ley General de Salud en lo referente a la investigación para la salud, en los sectores públicos, social y privado.

Conforme a lo anterior, este ordenamiento únicamente se refiere a esa materia y en ningún lugar del mismo se encuentra pretensión alguna de aplicación general o transversal a las demás materias relacionadas con la salud, por lo que la definición ahí dada sólo es válida para ello y no para la salubridad general aplicable a todo el territorio nacional o al ámbito federal y local.

El Tribunal en Pleno agregó que, además, ese reglamento no era el único que se había emitido, dada la complejidad y especialización misma de la Ley General de Salud, ya que existían otros relativos a diversas materias, como la protección social en salud, los insumos, la publicidad, el control sanitario de disposición de tejidos, órganos y cadáveres de seres humanos, el de sanidad internacional, además del analizado reglamento en materia de investigación.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Publicados en el *DOF* el 5 de abril de 2004, 5 de agosto de 2008, 6 de abril de 2006, 26 de noviembre de 1987, 18 de febrero de 1985 y 6 de enero de 1987, respectivamente.

Cada reglamento desarrolla y regula una parte de la ley, por lo que no era dable extraer de uno de sus reglamentos una definición aplicable, de manera general, a todas las demás materias relacionadas con la salud, establecidas en la Ley General.<sup>55</sup>

iv. En materias concurrentes, ¿deben los demás órdenes jurídicos observar únicamente la Ley General, o también las normas que la desarrollan a nivel federal, como reglamentos y normas oficiales mexicanas?

Sobre esta cuestión, el Tribunal en Pleno se pronunció en el sentido de que la facultad reglamentaria del Presidente de la República puede ejercerse respecto de los conceptos establecidos en la Ley General de Salud; sin embargo, su desarrollo no podía considerarse aplicable a los demás órdenes jurídicos, en particular a los de las entidades federativas, los cuales podían desarrollar estos mismos conceptos de manera concurrente, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, frente al mismo desarrollo federal, ya que la distribución de las competencias no podía establecer una jerarquía de los reglamentos federales frente a los Estados y Municipios.

Esto era más claro aun en el caso de las normas oficiales mexicanas; si bien era cierto que existían varias normas que se referían a temas relacionados con el asunto analizado en la sentencia, y que podían considerarse derivadas de las nor-

---

<sup>55</sup> Por ejemplo, la propia Ley General de Salud define ciertos conceptos, como el caso de las fracciones VIII y IX del artículo 314 en donde define *embrión* y *feto*. Estos conceptos se encuentran dentro del Título Decimocuarto de la Ley General de Salud, que se refiere a "Donación, Trasplantes y Pérdida de la Vida". Por tanto, están restringidos sólo al ámbito de donaciones, trasplantes y pérdida de la vida, y no pueden entenderse como generales en materia de salud general.

mas generales aplicadas federalmente, esto no significaba que fuera todo el sistema normativo —Ley General de Salud, las normas reglamentarias y las normas oficiales mexicanas derivadas— el que debiera aplicarse de manera transversal a los demás órdenes jurídicos que integraban el sistema constitucional mexicano.<sup>56</sup>

v. ¿Son obligatorias las definiciones establecidas en una ley general para todos los restantes ámbitos normativos componentes de nuestro sistema federal?

Por último, el Tribunal en Pleno consideró pertinente abordar la cuestión sobre si resultaría válido que el legislador local o del Distrito Federal definiera alguno de los conceptos incluidos en la Ley General de Salud de manera diferente para un ámbito material distinto al de la salubridad general, como el penal o el civil.

Para ello, recordó ocasiones anteriores en las que sostuvo que el legislador cuenta con "autonomía calificadora", la cual consiste en poder establecer el contenido de la norma en atención a la naturaleza de la legislación en cuestión, y a los fines que se persiguen con cada ordenamiento legal.<sup>57</sup> Por tanto,

---

<sup>56</sup> Por ejemplo algunas de las normas oficiales mexicanas que pudieran estar relacionadas con este tema son: la NOM-005-SSA2-1993, de los servicios de planificación familiar; NOM-007-SSA2-1993, de atención a la mujer durante el embarazo, parto y puerperio y del recién nacido. Criterios y procedimientos para la prestación del servicio; NOM-010-SSA2-1993, para la prevención y control de la infección del virus de la inmunodeficiencia humana; NOM-014-SSA2-1994, para la prevención, detección, diagnóstico, tratamiento, control y vigilancia epidemiológica del cáncer cérvico uterino; NOM-016-SSA1-1993, que establece las condiciones sanitarias del hule látex; NOM-031-SSA1-1999, para la atención de la salud del niño; NOM-034-SSA2-2002, para la prevención y control de los defectos de nacimiento; NOM-039-SSA2-2002, para la prevención y control de las infecciones de transmisión sexual; NOM-040-SSA2-2004, en materia de información en salud; NOM-041-SSA2-2002, prevención, diagnóstico, tratamiento, control y vigilancia epidemiológica del cáncer de mama.

<sup>57</sup> Esto se ha sostenido en diversos precedentes, como por ejemplo en el A.R. 252/2008, en donde se impugnó la constitucionalidad de la Ley del ISSSTE, en el que se determinó que: "Por

en esta ocasión la Asamblea Legislativa del Distrito Federal había ejercido dicha autonomía, al definir el embarazo y regular el delito de aborto en el Código Penal de esta entidad federativa.

El Tribunal en Pleno consideró que si bien existía un precedente que establecía que cuando ciertos conceptos se encontraran relacionados con un derecho fundamental, los conceptos que pudieran relacionarse o "intersectarse" debían coexistir en armonía,<sup>58</sup> también lo era que este criterio no era aplicable para el caso analizado ya que en la Ley General de Salud no se encontraba definición alguna que cumpliera con las anteriores características, y la que se encontraba contenida en un reglamento federal estaba limitada a la materia específica de investigación de la salud.

Además, la naturaleza misma del derecho penal lo hacía particularmente reacio a incorporar contenidos establecidos en otros ordenamientos, en virtud de los principios generales que lo rigen, como los de legalidad penal y tipicidad, entre otros. A esto se agregaba que el Alto Tribunal ha limitado tales remisiones a los casos en que éstas se refieran a un ordenamiento del mismo nivel legal, y se respete así el principio de legalidad,<sup>59</sup> y ha considerado que la remisión

---

virtud de la *autonomía calificadora del legislador*, se otorga un contenido jurídico distinto a la figura del concubinato en el ordenamiento reclamado." Páginas 467 a 469 de la sentencia respectiva. El mismo criterio se había sostenido al resolver el A.R. 1914/2005.

<sup>58</sup> Acción de inconstitucionalidad 10/2005 del Estado de Nayarit.

<sup>59</sup> Por ejemplo, la remisión entre el Código Penal y la Ley General de Salud en el caso de la definición de estupefacientes. Tesis de Segunda Sala CLVIII/2001: "SALUD, DELITOS CONTRA LA. SON CONSTITUCIONALES LOS ARTÍCULOS 193 Y 195 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL EN CUANTO EL PRIMERO REMITE A LA LEY GENERAL DE SALUD PARA DETERMINAR CUÁLES SON LOS NARCÓTICOS Y EL SEGUNDO TIPIFICA Y SANCIONA LA POSESIÓN DE LOS MISMOS CON LA FINALIDAD DE REALIZAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS POR EL NUMERAL 194 DEL PROPIO CÓDIGO", *Semanario... op. cit.*, Novena época, Tomo XIV, agosto de 2001, p. 248; IUS: 188949.

de la legislación penal a ordenamientos de menor jerarquía, en particular a reglamentos o normas oficiales mexicanas, era contrario al principio de exacta aplicación de la ley<sup>60</sup> y de reserva en materia penal.<sup>61</sup>

El Tribunal Supremo señaló que en el ámbito local del Distrito Federal, el artículo 122, Base Primera, fracción V, inciso h), dispone que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en los términos del Estatuto de Gobierno, tiene facultad para legislar en materia penal, y que con base en esa facultad expidió el Código Penal para el Distrito Federal. Por lo que la definición de embarazo ahí establecida debía darse por buena dentro del ámbito de su competencia y para efectos de sancionar el delito de aborto.

De tal manera que el Código Penal, en su artículo 144, tipificó el delito de aborto, y definió al "embarazo" en los siguientes términos:

ARTÍCULO 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

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

A juicio del Alto Tribunal, esta definición de embarazo no transgrede la Ley General de Salud, ya que esta última no

---

<sup>60</sup> En este sentido, es ilustrativa la jurisprudencia de Primera Sala 5/2008, cuyo rubro es: "ATAQUES A LAS VIAS DE COMUNICACIÓN. LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL QUE PREVÉ ESE DELITO, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE EXACTA APLICACIÓN Y RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL", *Ibid.*, Tomo XXVII, febrero de 2008, p. 129, tesis 1a./J. 5/2008; IUS: 170393.

<sup>61</sup> Por ejemplo, está el amparo en revisión 465/2007 de la Primera Sala resuelto en sesión de 28 de noviembre de 2007.

ofrece alguna definición aplicable de manera general y la única definición mencionada en uno de sus reglamentos se encuentra limitada a la materia de "Investigación para la Salud"; por tanto, esa definición sólo era aplicable en ese específico ámbito normativo.

Con base en lo anterior, el Tribunal en Pleno concluyó que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal podía ejercer sus facultades legislativas con libertad de calificación y configuración dentro de los temas de su competencia, como lo es la materia penal, por lo que no existía invasión de esferas por parte de ese órgano al definir el embarazo, para efectos de la tipificación del delito de aborto en el Distrito Federal.

#### **d) *El derecho a la vida***

El Alto Tribunal señaló que la Constitución Federal no menciona expresamente un derecho específico a la vida, a su valor, ni contiene alguna otra expresión que permitiera establecer que la vida tiene una determinada protección normativa a través de una prohibición o mandato dirigido a las autoridades del Estado.

Respecto a lo argumentado por parte de los actores, de que el derecho a la vida era presupuesto lógico de la existencia de todos los demás y que, por tanto, era el más importante de todos los derechos fundamentales, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia se pronunció en el sentido de que si bien la vida era una condición necesaria de la existencia de otros derechos, no podía considerársele como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos, ya que aceptar lo anterior implicaría aceptar también, por ejemplo, que el

derecho a alimentarse era más valioso e importante que el derecho a la vida, por ser el primero una condición de lo segundo.

Asimismo, consideró que aceptar el argumento de los promovedores destruiría la naturaleza de la relación entre los derechos fundamentales y su fundamento democrático. Además recordó que en varias ocasiones había sustentado jurisprudencialmente que respecto de la Constitución, todos sus preceptos eran de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalecía sobre los demás.<sup>62</sup> Asimismo, la Primera Sala había precisado con anterioridad que las restricciones a los derechos fundamentales debían tomar en cuenta determinados criterios, para poderse considerar válidas.<sup>63</sup>

Desde la Quinta Época, el Tribunal en Pleno había establecido lo siguiente:

Los derechos que bajo el nombre de garantías consagra la Constitución constituyen limitaciones jurídicas que en aras de la libertad individual y respecto de ellas, se oponen al poder de la soberanía del Estado, quien por su misma naturaleza y política social puede limitar la libertad de cada individuo y en la medida necesaria para asegurar la libertad de todos.<sup>64</sup>

De este modo, si el derecho a la vida se encontrara reconocido expresamente en la Constitución, éste sería, de cualquier forma, un derecho relativo y, en consecuencia, tendría que ser armonizable en conjunto con los otros derechos.

---

<sup>62</sup> "CONSTITUCIÓN. TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUÍA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL", *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo V, Primera Parte, enero a junio de 1990, p. 17, tesis XXXIX/90; IUS: 205882.

<sup>63</sup> Véase el A.R. 173/2008 resuelto por la Primera Sala el 30 de abril de 2008.

<sup>64</sup> *Semanario...*, Quinta Época, Segunda Sala, Tomo XL, p. 3630; tesis de rubro: "GARANTÍAS INDIVIDUALES"; IUS: 286719.

En este punto, el Tribunal en Pleno concluyó que no se apreciaba el establecimiento de un derecho a la vida a nivel constitucional y, por ende, que no resultaba apropiado hacer un pronunciamiento sobre el mecanismo mediante el cual este hipotético derecho pudiera ser oponible al resto de los derechos constitucionales.

### ***e) Las disposiciones impugnadas y el principio de igualdad***

Entre los argumentos expuestos en las acciones de inconstitucionalidad, se expresó que las normas impugnadas violaban el principio de igualdad, ya que a los hombres no se les permitía participar en la decisión sobre la interrupción del embarazo, el cual era parcialmente producto del uso de su propio material genético y que, por tanto, ese derecho debía de ejercitarse conjuntamente, pues aludía a decisiones que les correspondía tomar tanto al hombre como a la mujer, y que la no intervención de aquél anulaba su derecho a la paternidad y que el privar de esa participación al progenitor masculino carecía de razonabilidad.

Se afirmó también que las reformas eran inconstitucionales por violar el derecho a la igualdad y no discriminación, al no regular específicamente el caso de las mujeres menores de edad que buscaran la interrupción de su embarazo, lo que evidenciaba la falta de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de la legislación.

Respecto al primer argumento, la Suprema Corte de Justicia determinó que las normas impugnadas no eran discriminatorias ya que la continuación del embarazo no deseado tenía consecuencias distintas, permanentes y profundas para

la mujer respecto al hombre, con independencia de que contara con el apoyo de otras personas hasta el parto y después en el cuidado y la educación del niño, y era esa afectación asimétrica al plan de vida lo que establecía la base para el trato distinto que el legislador consideró al otorgarle a la mujer la decisión final acerca de si el embarazo debía o no ser interrumpido, por lo que no era irrazonable negar al participante masculino la capacidad para tomar esta decisión.

El Alto Tribunal agregó que la posibilidad de abrir un proceso judicial para que una persona fuese reconocida como padre de un menor, o para que proporcionara alimentos era demasiado incierta como para considerar que existe una total igualdad entre la posición de la madre y el padre que justifique una toma de decisiones por éste, además de que antes de las doce semanas era muy difícil establecer legalmente que una persona, en particular, fuese efectivamente el padre. Por tanto, los argumentos sobre la falta de razonabilidad de la medida adoptada por el legislador local los consideraron infundados.

Con relación al segundo argumento, la Suprema Corte consideró que no existía obligación constitucional alguna para que el legislador local estableciera un régimen especial cuando quien desea interrumpir el embarazo fuera menor de edad, en virtud de que la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución no son necesariamente los mismos que rigen el ejercicio de todos los derechos, en particular la capacidad civil. Lo importante, en este caso, no era la edad biológica de una persona, sino el contexto de condiciones en las que el ordenamiento jurídico bajo examen situaba el ejercicio de su autonomía.

El Máximo Tribunal expresó que no había razones para pensar que el legislador debía haber distinguido expresamente el caso de las menores de edad de la regla general prevista en la norma impugnada y que el no haberlo hecho no significa que las discrimine en el ejercicio de algún derecho. Además la Ley de Salud del Distrito Federal prevé amplios servicios de consejería muy detallados, suficientes para cubrir las necesidades planteadas por un aborto realizado a menores de edad, quienes por esa situación merecían especial atención.<sup>65</sup>

Para el Tribunal en Pleno cualquier declaración de inconstitucionalidad, en este caso por omisión, equivaldría a una decisión repenalizadora y supondría añadir condiciones u obstáculos a lo que los ciudadanos podían hacer libres de la amenaza del derecho penal, por lo que correspondía de manera directa al legislador local definir cuáles eran las conductas que debían ser penalizadas.

### **f) Planteamientos de fondo en relación con los principios en materia penal**

Respecto del concepto de invalidez acerca de que los artículos impugnados, al no ser claros ni precisos, contravenían el principio de exacta aplicación de la ley penal previsto en el artículo 14 constitucional, el Pleno de la Suprema Corte lo declaró infundado en atención a las siguientes consideraciones.

i. Violación a los principios de certidumbre y exacta aplicación de la ley penal

Los accionantes plantearon que el texto de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal no

<sup>65</sup> Artículo 16 Bis 8, parte final del segundo párrafo de la Ley de Salud del Distrito Federal.

era claro ni preciso y se prestaba a varias interpretaciones. Ellos afirmaron que la temporalidad —doce semanas de embarazo— y el inicio del embarazo —la implantación del embrión en el endometrio— eran términos difíciles de determinar y que la ley no había previsto un mecanismo específico para hacerlo.

Ellos argumentaron también que al establecer tres etapas en la gestación (la primera etapa va desde la concepción hasta el embarazo, la segunda hasta la duodécima semana y la tercera hasta el nacimiento) ese tipo penal ya no protegía la vida sino el proceso de gestación. Además manifestaron que al establecer como núcleo de los tipos de aborto y de aborto forzado una acción que no se corresponde con el bien jurídico tutelado, provocaban un estado de inseguridad jurídica para los destinatarios de la norma.

Sin embargo, el Alto Tribunal expresó que si se comparaban el texto anterior y el vigente del artículo 144, se advertía que no había operado cambio alguno en el bien jurídico tutelado, el cual consistía en la vida en gestación, y que lo único que había cambiado, en dado caso, eran las circunstancias o condiciones en que dicho bien se protegía. Así, de acuerdo a la actual redacción del mencionado artículo, y al texto del 145, primer párrafo, última parte, el delito de aborto sólo es sancionable cuando llegue a consumarse, es decir, cuando se produzca la muerte del producto de la concepción después de las doce semanas. Asimismo y de acuerdo al artículo 4o. del propio Código Penal, la conducta sólo será calificada como delito cuando se afecte al bien jurídico tutelado.

En segundo lugar, expresó que los artículos 144 y 146 impugnados no violentaban los principios de certidumbre y

exacta aplicación de la ley penal, ya que al analizar el primero de ellos era claro que no era, en sí mismo, un tipo penal autónomo, sino que cumplía la función de dotar de contenido cierto a los conceptos de aborto y embarazo, los que a su vez constituían elementos normativos de valoración jurídica de los tipos penales del aborto autoinducido, previsto en el artículo 145, primer párrafo; del aborto consentido, conforme a lo dispuesto en el artículo 145, segundo párrafo; y del aborto forzado, contemplado en el artículo 146; ambos preceptos aludidos del Código Penal para el Distrito Federal.

El Alto Tribunal expresó que para cumplir con el principio de seguridad jurídica, se requería que los conceptos expresados en la ley fueran lo suficientemente claros para permitir al juzgador subsumir los hechos en la norma legal aplicable y que en el Código Penal para el Distrito Federal se identificaban tres tipos penales que se configuraban mediante distintas modalidades de conducta, distintos sujetos activos y distintos medios: el aborto autoinducido, el aborto consentido y el aborto forzado. Que de la descripción de los elementos típicos hecha por el legislador penal, se obtenían con claridad los elementos que constituían cada uno de los delitos y los actualizaban; por tanto, en el texto de los artículos impugnados no existía vaguedad o ambigüedad que indicara incertidumbre o provocara inexacta aplicación, en consecuencia, no eran contrarios al artículo 14 constitucional.

También advirtió que el artículo 144, con su referencia a la condición temporal que actualiza un aborto, y el artículo 145 atiende a la implantación del embrión en el endometrio, como el instante en que jurídicamente se actualiza el embarazo, lejos de generar incertidumbre, los conceptos allí

enunciados daban certeza y seguridad jurídica; no podían calificarse como normas penales en blanco, ya que sus disposiciones eran claras y precisas.<sup>66</sup> El legislador las estableció para colmar el tipo penal, al atribuir significado a una noción determinada en aras de dar certeza jurídica al tipo y permitir a los gobernados comprender el significado de la conducta punible de la manera más exhaustiva posible.

En este sentido, no era válido afirmar que la circunstancia establecida como "después de las doce semanas" a que se refiere el artículo 144 impugnado, causara problemas de incertidumbre al no poderse determinar con exactitud y por que la ley no haya previsto de manera expresa un mecanismo para hacerlo, ya que la cuestión de temporalidad podía ser determinada, en el caso concreto, por el juzgador a través de periciales u otros medios de prueba que le ayudaran a formar su convicción.

El Alto Tribunal se refirió al análisis hecho por la Primera Sala, al resolver el amparo directo en revisión 866/2007, sobre

---

<sup>66</sup> Sobre el particular, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, al resolver el amparo en revisión 703/2004, determinó lo siguiente. Los denominados "tipos penales en blanco" son supuestos hipotéticos en los que la conducta que se califica como delictiva está precisada en términos abstractos, pues se requiere de un complemento para quedar plenamente integrada. Así, pudiera hablarse en sentido impropio de una norma penal en blanco en aquellos casos en donde se requiera la declaratoria de otra ley para tener como ilícita la conducta reglada en el dispositivo penal, toda vez que el supuesto de hecho no aparece descrito en su totalidad, debiendo acudir, para su complemento, a otra norma o conjunto de ellas de naturaleza extrapenal.

En este sentido, si bien la ley específica la penalidad aplicable y describe en términos abstractos la figura típica de la infracción, ésta realmente se integra con un elemento que es determinado a posteriori mediante la aplicación de otra norma.

El problema de constitucionalidad de las denominadas "leyes penales en blanco" no se plantea cuando la norma penal remite a una ley extrapenal en sentido formal y material, sino únicamente cuando se reenvía a otra norma que no tiene carácter de ley en sentido formal, dando así entrada en la descripción típica a regulaciones de procedencia reglamentaria o hasta meramente administrativa y, en consecuencia, a una participación del Poder Ejecutivo en la configuración de las conductas prohibidas. Ver *Semanario...*, Novena Época, Tomo XXVII, febrero de 2008, p. 411, tesis 1a. /J 10/2008, de rubro: "NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRAS QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL"; IUS: 170250.

los componentes que integran el núcleo normativo para aplicarlo a las disposiciones analizadas, y señaló que el artículo 145, en relación con el 144, ambos del Código Penal para el Distrito Federal, contemplaban la totalidad de los elementos que integran el núcleo de la norma —carácter, contenido y condición de aplicación—. Incluso esas normas no sólo contemplaban todos los elementos que deben formar parte del núcleo normativo, sino también aquellos que no lo eran, por lo que resultaba completamente innecesario acudir a otra ley en sentido formal y material para efecto de integrar o bien interpretar la norma en cuestión.

El Tribunal en Pleno precisó que de la descripción típica se desprendían con exactitud las conductas que estaban prohibidas, así como sus elementos constitutivos consistentes en la forma de comisión, la calidad de sujetos, los elementos objetivos, subjetivos y normativos, el objeto del delito, el bien jurídico, etcétera. Por tanto, no era la definición de embargo incluida en el artículo 144 el núcleo de los tipos penales analizados, sino que ésta sólo constituía uno de sus elementos normativos.

Lo anterior lo consideraron así, ya que el núcleo de los tipos penales en cuestión lo constituían las conductas que actualizaban cada uno de ellos: a) que la mujer por sí misma se procurase el aborto, b) que consienta que alguien más se lo realice, y c) que cualquier persona haga abortar a una mujer en contra de su voluntad.

En ese sentido, el Alto Tribunal afirmó que existía consistencia entre las conductas prohibidas en la legislación penal y el bien jurídico que se pretendía tutelar con las mismas, es

decir, la vida en gestación por lo que hacía a los tipos penales de aborto autoinducido y aborto consentido, y la libre autodeterminación de la voluntad de la mujer en relación con la vida en gestación, en el caso del aborto forzado.

## ii. Proporcionalidad de las penas

La Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró infundado el argumento propuesto por el presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en el sentido de que las normas impugnadas no preveían penas proporcionales al bien jurídico tutelado, ni por el grado de participación de los autores del delito.

El Tribunal en Pleno se pronunció en el sentido de que el Poder Legislativo se encuentra obligado, en todos los casos, a justificar de manera expresa las razones por las cuales establece determinadas penas para las conductas definidas como delictivas; que debía guardarse proporcionalidad entre el delito y la punibilidad prevista para él, y se debían respetar los postulados constitucionales que prohíben las penas crueles, inhumanas, infamantes o trascendentes.<sup>67</sup>

Conforme a lo anterior, del dictamen emitido por las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género, al aprobar las reformas impugnadas, el Alto Tribunal advirtió

---

<sup>67</sup> Dicho criterio se desprende de la tesis emitida por la Primera Sala del Alto Tribunal, de rubro: "PENAS Y SISTEMA PARA SU APLICACIÓN. CORRESPONDE AL PODER LEGISLATIVO JUSTIFICAR EN TODOS LOS CASOS Y EN FORMA EXPRESA, LAS RAZONES DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY". *Ibid.*, Tomo XXIII, abril de 2006, p. 158, tesis 1a. LXIX/2006; IUS: 175277.

que el legislador del Distrito Federal sí había hecho referencia expresa a la imposición de penas para el delito de aborto, y se había pronunciado, por un lado, sobre lo inconveniente de despenalizar esta práctica de manera absoluta cuando exista consentimiento de la mujer y sólo sancionar el aborto forzado, pues esto se traduciría en una:

... desprotección incondicionada de la vida en gestación, que es un bien constitucionalmente reconocido.

Igualmente, el dictamen precisó que no se justificaba la reducción de la penalidad para los casos en que éste fuera causado sin consentimiento de la mujer, pues:

... tratándose del aborto la ley penal no sólo sanciona la afectación de la vida en gestación, sino de manera destacada castiga la vulneración de derechos constitucionalmente protegidos, cuya titularidad corresponde a la mujer embarazada, como son la libertad reproductiva y el derecho a la maternidad libre y consciente, que se encuentran reconocidos en el párrafo segundo del artículo 4o. de la Constitución Federal.<sup>68</sup>

En relación con la penalidad atenuada para la mujer que consiente en que se le practique el aborto, el dictamen fue claro al establecer:

... Adoptando la contemporánea teoría del derecho penal mínimo, con el fin de mejorar la situación jurídica de las

---

<sup>68</sup> Similares razonamientos se hicieron valer para desestimar la propuesta para reducir la sanción (suspensión en el ejercicio de la profesión por un tiempo igual a la pena de prisión) a los profesionales de la salud que participen en el delito de aborto, señalándose por lo demás, que la propia ley penal establece casos de licitud para su conducta al encuadrar en alguna de las causas excluyentes de responsabilidad penal.

mujeres embarazadas procesadas y/o condenadas en la Ciudad de México por haber interrumpido su embarazo en los supuestos en que el aborto no les está permitido por la legislación penal y de garantizar hacia el futuro la vigencia y aplicación efectiva de una legislación garantista y razonable, se propone reformular el vigente artículo 145 del Código Penal para el Distrito Federal, con el fin de contemplar en éste la reducción de la penalidad actualmente establecida, fijándose como pena la prisión de tres a seis meses o de cien a trescientos días de trabajo a favor de la comunidad, en los términos que son expuestos en el considerando séptimo de este dictamen. ... Las Comisiones Unidas consideraran (sic) que la reforma propuesta tiene un carácter ponderado que atiende al principio de razonabilidad, dado que la vida en gestación sigue recibiendo la protección de la ley penal, al tiempo que se garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer, ya que parte del principio de que el Estado no puede imponer de manera indiscriminada una penalización de aborto cuando el embarazo produce a juicio de la mujer una afectación de modo sustancial en sus derechos fundamentales.

Respecto a la proporcionalidad de las penas, en este sentido, la Suprema Corte de Justicia consideró que las normas impugnadas resultaban proporcionales en relación con la conducta prohibida y el bien jurídico tutelado, en virtud de que de lo dispuesto en el artículo 145 impugnado, se advertía que la sanción a imponer a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar después de las doce semanas de embarazo, es de tres a seis meses de prisión o de cien a trescientos días de trabajo a favor de la comunidad, o sea, que se prevé la misma penalidad para la mujer que se lo procure o lo consienta en atención a

que en ambos casos la conducta que se prohíbe es la afectación del bien jurídico tutelado —la vida en gestación— en el supuesto de que existiera voluntad para ello de la propia mujer.

En el aborto consentido —que por su estructura requiere necesariamente la intervención de otra persona que actúe con el consentimiento de la mujer— la punibilidad para ese sujeto,<sup>69</sup> o sea para quien hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, es de uno a tres años de prisión, esto es, resulta superior a la prevista para la madre, lo que no se traducía en una violación al principio de proporcionalidad, sino que la diferencia atiende a una razón específica, la de inhibir este tipo de conductas por parte de personas distintas a la mujer embarazada, ya que incluso, en caso de que se tratase de médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, se le suspendería en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión.

El hecho de que en el caso de aborto forzado, o sea aquel realizado sin el consentimiento de la mujer embarazada, previsto en el artículo 146, la mayor penalidad está relacionada con la circunstancia de que con la comisión de este delito se lesiona la libre autodeterminación de la voluntad de la madre en función de la vida en gestación, es decir, se trata de un bien jurídico compuesto por dos elementos. De hecho, en el mismo artículo la pena de prisión prevista es de ocho a diez años de prisión en caso de que se acredite la existencia de violencia física o moral, en virtud de que se considera de mayor gravedad esa conducta.

---

<sup>69</sup> Prevista en términos del artículo 145, segundo párrafo del Código Penal del Distrito Federal.

Los motivos que justificaron que el legislador del Distrito Federal determinara que la interrupción del embarazo antes de las doce semanas, con la voluntad de la mujer, ya no se estimara delito, obedecieron al análisis de una conducta sobre la que no se justifica emplear la imposición de una pena que en otros supuestos sería exigible.

Así, con apoyo en estas consideraciones, el Tribunal en Pleno concluyó que la norma impugnada no violaba el principio de proporcionalidad de las penas.

### **g) Sentido de la resolución**

Con base en todo lo anterior, el Máximo Tribunal resolvió reconocer la validez de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, así como de los artículos 16 Bis 6, tercer párrafo, y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Puesto a votación el proyecto se resolvió conforme a lo siguiente: Por unanimidad de once votos declarar parcialmente procedentes las acciones de inconstitucionalidad; por mayoría de diez votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Azuela Guitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia sobreseer en las acciones de inconstitucionalidad respecto de los artículos 148 del Código Penal para el Distrito Federal y 16 Bis 7, de la Ley de Salud para el Distrito Federal, el señor Ministro Gudiño Pelayo voto en contra; por mayoría de nueve votos de los señores Ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia se resolvió sobreseer en las acciones de inconstitucionalidad respecto del artículo Tercero transitorio del impugnado Decreto de reformas a dichos preceptos, los señores Ministros Aguirre Anguiano y Azuela Guitrón votaron en contra y a favor de la propuesta de declarar la invalidez de dicho artículo, y reservaron su derecho para formular voto de minoría; por unanimidad de once votos se resolvió reconocer 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 nueve votos de los señores Ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia se resolvió reconocer la validez de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, al no violar los principios de certeza y exacta aplicación de la ley, los señores Ministros Aguirre Anguiano y Azuela Guitrón votaron en contra; y por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel,

---

Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza se resolvió declarar infundadas las acciones de inconstitucionalidad y reconocer la validez de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, y que la resolución se publique en el *Semanario Judicial de la Federación*, y reservaron su derecho para formular, en su caso y oportunidad, sendos votos concurrentes, en el entendido que las razones que fundan el considerando Octavo de la ejecutoria, al no haber sido coincidentes en cuanto al reconocimiento de validez de los preceptos, no serán obligatorias en términos de los dispuesto por el artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Guitrón y Presidente Ortiz Mayagoitia votaron en contra y en favor de la propuesta de declarar la invalidez de dichos artículos, y que la resolución se publique en el *Diario Oficial de la Federación*, en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* y en el *Semanario Judicial de la Federación*, y reservaron su derecho para formular voto de minoría.



### **III. VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL MINISTRO GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL\***

Para cualquier área del conocimiento, el tema de la interrupción legal del embarazo antes de las doce semanas a voluntad de la mujer gestante (despenalización del aborto) es complejo. Los filósofos, teólogos, científicos, médicos y personas que forman parte de la sociedad, tienen opiniones encontradas que no llegan a una conclusión global.

La discusión o defensa de las distintas posturas sobre el tema es un ejercicio de la libertad de expresión, ideología o credo, que no puede restringirse o juzgarse y que, incluso, contribuye en el desarrollo democrático de una sociedad.

La perspectiva anterior se modifica cuando el tema se traslada al plano jurídico, porque en este ámbito se exige una

---

\* *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, marzo de 2009, p. 1581; IUS: 40171.

respuesta acorde con los derechos y el orden social que tutela el Estado constitucional democrático.<sup>1</sup>

En estos casos, se exigen respuestas sustentadas en argumentos sólidos que justifiquen las decisiones o interpretaciones adoptadas, en razón de sus efectos e impacto en el mundo jurídico.

Aun con lo dicho, las respuestas jurídicas no siempre gozan de un consenso unánime, ya que pueden entrañar temas tan complejos como el relativo a la interrupción legal del embarazo a voluntad de la mujer. Es por ello que consideré importante exponer las razones y argumentos que me llevaron a votar por la constitucionalidad de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal y 16 Bis 6, tercer párrafo y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal, reformados y adicionados mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial de la mencionada entidad el 26 de abril de 2007.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> En este punto nos referimos a la configuración del "Estado constitucional democrático" que se fundamenta en el bienestar de la persona humana en su desarrollo individual o colectivo y además reconoce que nada puede amenazar más los derechos humanos que el Estado mismo y por tal motivo, éste debe contemplar derechos de defensa del ciudadano contra el Estado. Cfr. Alexy Robert, "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático" en derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, ISSN 1133-0937, Año no. 5, no. 8, 2000, pp. 21-42.

<sup>2</sup> **El Código Penal del Distrito Federal en la parte relativa establece lo siguiente:** "Capítulo V. Aborto (Reformado, G.O. 26 de abril de 2007) "Artículo 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación. ... Para los efectos de este código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio."

(Reformado, G.O. 26 de abril de 2007) "Artículo 145. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.—Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, se le impondrá de uno a tres años de prisión."

(Reformado, G.O. 26 de abril de 2007) "Artículo 146. Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.—Para

Desde mi perspectiva, el tema de la interrupción legal del embarazo o la despenalización del aborto en ciertas circunstancias obliga al estudio de los derechos humanos y fundamentales de las mujeres que no sólo se encuentran en la Constitución, sino también en una diversidad de instrumentos internacionales con los cuales existe un compromiso por parte del Estado mexicano.

El caso de la interrupción del embarazo por voluntad de la mujer no debe ser comparado con ningún otro supuesto

---

efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión."

(Reformado, G.O. 26 de abril de 2007) "Artículo 147. Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadron o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta." **Por su parte, la Ley de Salud para el Distrito Federal sostiene:** "Artículo 16 Bis 6. Las instituciones públicas de salud del Gobierno del Distrito Federal, gratuitamente y en condiciones de calidad, deberán proceder a la interrupción del embarazo en los supuestos permitidos en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, cuando la mujer interesada así lo solicite. Para la cual las referidas instituciones públicas de salud deberán proporcionar información oportuna y veraz de otras opciones con que cuentan las mujeres además de la interrupción del embarazo, así como las consecuencias en su salud.—La interrupción del embarazo deberá realizarse en un término de cinco días, contados a partir de que sea presentada la solicitud y satisfechos los requisitos establecidos en la legislación aplicable. (Adicionado, G.O. 26 de abril de 2007) Las instituciones públicas de salud del Gobierno del Distrito Federal atenderán las solicitudes de interrupción del embarazo a las mujeres solicitantes aun cuando cuenten con algún otro servicio de salud público o privado. (Adicionado, G.O. 26 de abril de 2007) "Artículo 16 Bis 8. La atención de la salud sexual y reproductiva tiene carácter prioritario. Los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.—El gobierno promoverá y aplicará permanentemente y de manera intensiva, políticas integrales, tendientes a la educación y capacitación sobre la salud sexual, los derechos reproductivos, así como la maternidad y la paternidad responsables. Sus servicios de planificación familiar y anticoncepción tienen como propósito principal reducir el índice de abortos, a través de la prevención de embarazos no planeados y no deseados, disminuir el riesgo reproductivo, evitar la propagación de las enfermedades de transmisión sexual y coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos reproductivos de las personas con una visión de género, de respeto a la diversidad sexual y de conformidad a las características particulares de los diversos grupos poblacionales, especialmente para las niñas y niños, adolescentes y jóvenes.— El Gobierno del Distrito Federal otorgará servicios de consejería médica y social en materia de la atención a la salud sexual y reproductiva, funcionando de manera permanente con servicios gratuitos que ofrecerán la información, difusión y orientación en la materia, así como el suministro de todos aquellos métodos anticonceptivos cuya eficacia y seguridad estén acreditadas científicamente. Asimismo, proporcionarán a la mujer que solicite la interrupción de su embarazo la información a que se refiere el último párrafo del artículo 148 del Código Penal para el Distrito Federal. Los servicios de consejería también ofrecerán apoyo médico a la mujer que decida practicarse la interrupción del embarazo después del procedimiento de aborto, particularmente en materia de planificación familiar y anticoncepción."

en razón de contener características específicas que exigen un trato especializado.

La penalización del aborto equivale a una obligación de hacer, esto es, que el Estado impone su fuerza (la última *ratio* que se utiliza para los seres humanos que más atentan contra la sociedad, la sanción penal) para obligar a una mujer a continuar con su embarazo y, por ende, convertirse en madre.

No nos corresponde conocer o evaluar las razones de su embarazo, ya que corresponden a su intimidad o situaciones adversas. Además, porque tal exigencia implicaría concederle al Estado distintos grados o niveles de intervención en las decisiones internas o externas de sus gobernados, lo cual atenta de manera directa con derechos de libertad e intimidad.

¿Cuáles son los motivos por los que una mujer arriesga su salud e incluso su propia vida y transgrede la ley penal acudiendo al inframundo del aborto clandestino? La respuesta a lo anterior se concentra en el círculo vicioso de la desigualdad, la marginación, la discriminación o diversas circunstancias que sólo pueden ser resentidas por las mujeres y sus cuerpos.

El tema del aborto (que sin duda es un problema) tiene distintas vertientes que no deben mezclarse. El valor que se le concede al embrión menor de doce semanas es variable en razón de ideología, credo, cultura y filosofía. Para el caso científico que sí podría tener injerencia en la decisión jurídica tampoco existe un consenso.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Sobre este punto se puede evaluar el cuestionario sobre "materia de concepción y vida humana en el seno materno" que fue contestado por prestigiosos científicos para efecto del presente asunto.

La penalización del aborto genera un manifiesto estado de desigualdad entre los varones y las mujeres, porque no pueden existir sanciones penales que deriven de diferencias biológicas. De ahí que mi propuesta desde un principio fue que el asunto se evaluara desde la perspectiva de género que no es otra cosa que "el deber constitucional de tomar en cuenta las maneras en las cuales los roles, las actitudes, los valores y las relaciones con respecto a los niños y niñas, mujeres y hombres se construyen en las sociedades constituyendo instituciones sociales como el derecho, la religión, la familia, la ideología, etcétera, en las que se crean posiciones sociales distintas para una asignación desigual de derechos y responsabilidades entre los sexos."<sup>4</sup>

De ahí la importancia de considerar que también estamos ante un problema de índole penal, porque se trata de valorar si esta rama de derecho es la adecuada para sancionar la relevante decisión de ser madre.

En este sentido, cito lo siguiente: "En efecto, no sólo se trata de una fundamental libertad negativa (de no convertirse en madre y, por tanto, de abortar), sino de una inmunidad de construcciones y de servidumbres personales que es complementaria de una fundamental libertad positiva: el derecho-poder de generar, traer personas al mundo, que es un poder por así decirlo constituyente, de tipo pre o meta jurídico, puesto que es el reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se

---

<sup>4</sup> Facio, Alda. Asegurando el futuro. Las instituciones de derechos humanos y los derechos reproductivos, en glosario de: Curso Básico sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho-pretensión al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de cuidado, tanto en el momento de la maternidad como en el del aborto."<sup>5</sup>

Sin duda existe un importante conflicto entre el bien jurídico tutelado embrión menor de doce semanas y la mujer que lo entraña en su cuerpo. Igualmente, existe un conflicto aún más impactante que se presenta cuando una mujer decide no ser madre desafiando a la ley penal y con ello al peso del Estado en su contra. La cifra de mujeres vinculadas con aborto no es un tema menor, es un tema de salud pública y ello ha sido reconocido así por el Estado mexicano.

El resultado real de lo anterior se exhibe en la cifra del Consejo Nacional de Población (en adelante Conapo) que expone que en el año 2000 (obviamente posteriores) "el aborto representa un problema social y de salud pública por las serias implicaciones que tiene para la salud materna. A pesar de que no se cuenta con información precisa sobre el número de abortos que ocurren en el país, se estima, ... se calcula que en 1995 ocurrieron alrededor de 110 mil abortos inducidos en el país y cerca de 102 mil en 1997."<sup>6</sup> A esto se agregan otros estudios que arrojan que en México la cantidad podría superar los 500 mil abortos inducidos por año.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Ferrajoli Luigi "Igualdad y diferencia", en Ferrajoli Luigi y Miguel Carbonell, *Igualdad y diferencia de género*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005, p. 21.

<sup>6</sup> Conapo, El cuaderno de salud reproductiva del Distrito Federal, se puede consultar en: <http://www.conapo.gob.mx/publicaciones/CuaSalud/pdf/df.pdf/20/VIII/08>.

<sup>7</sup> La información citada puede consultarse en: <http://www.gire.org.mx/contenido.php?informacion=3/20/VIII/08>.

La interrupción legal del embarazo no es un tema que deba involucrarse con corrientes o posturas ideológicas, es un tema de derechos humanos y fundamentales de la mujer.

Los cuestionamientos sobre la posición y reconocimiento del embrión no viable o menor de doce semanas sin duda es complejo, no existe consenso al respecto. No obstante, de lo que sí existe prueba fehaciente y clara es de que las mujeres son personas, seres humanos con nombre que requieren tener el reconocimiento real de ciudadanas responsables de las decisiones que recaen directamente en sus cuerpos, en sus vidas, en sus proyectos, sin que medie sanción penal.

La interrupción legal del embarazo no es un tema espontáneo que se le ocurrió al legislador del Distrito Federal, es el resultado de una serie de sucesos que se identifican aun antes de que las mujeres se reconocieran como ciudadanas (1953) y como ejemplo tenemos que en el año de 1931 se aprobó el primer Código Penal para el Distrito Federal, en el que se incluyó la despenalización del aborto en casos de violación y por imprudencia de la mujer.

La anterior modificación marca al Estado mexicano y lo diferencia de otros del continente que ni siquiera en estos tiempos reconocen el derecho a abortar en los casos de violación o por el riesgo de la vida de la madre.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> El caso más impactante es el de Nicaragua, donde se endureció la ley penal al grado de impedir el aborto terapéutico que ha costado la vida de cientos de mujeres de ese país. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos envió una carta al gobierno de este Estado para manifestarle su preocupación por la penalización del aborto terapéutico en razón de que pone en riesgo los derechos humanos de las mujeres.

Una vez que he mencionado algunas consideraciones generales del tema, puntualizaré mi postura alrededor de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

El citado asunto tuvo su primera propuesta determinando que la interrupción legal del embarazo antes de las doce semanas a solicitud de la mujer era inconstitucional.<sup>9</sup> El contenido del proyecto se discutió en las sesiones de fechas 25, 26, 27 y 28 de agosto de dos mil ocho y en términos generales expresé los siguientes argumentos:

"Estoy en contra del proyecto porque estimo que no realiza una valoración equilibrada del contexto jurídico que entraña la esencia del tema a resolver. Asimismo, porque no concede la relevancia de los derechos humanos de las mujeres que se encuentran estrechamente vinculados con las normas impugnadas. Por otra parte, porque considero que no se atienden en su justa medida las diversas recomendaciones internacionales de derechos humanos que se han dirigido especialmente al tema de la penalización de la interrupción de los embarazos a petición de la mujer gestante."

El resultado de la votación del estudio propuesto es conocido y, por ello, me pronunciaré en justificar las razones de mi voto y las consideraciones que son afines e incompatibles con la resolución definitiva.

**A. Legitimación de los promoventes:** Me pronuncié especialmente por el comisionado nacional de derechos huma-

---

<sup>9</sup> El proyecto de referencia puede consultarse en el microsítio sobre la despenalización del aborto <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/>

nos, porque conviene precisar los alcances de su legitimación activa que también se vincula con la de los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los Estados de la República.

Esta legitimación se encuentra estrechamente supeditada a los temas de derechos humanos, los cuales tienen que encontrarse necesariamente presentes en la naturaleza de la impugnación.

Por tanto, si bien pueden exponerse conceptos de invalidez sobre competencia, ellos no deberán reclamarse como la materia esencial de la acción.

El momento para determinar la naturaleza de la acción puede presentarse en la procedencia o en el estudio de fondo. Sin embargo, dicho requisito no debe descartarse de ninguna manera, debido a que es la propia Constitución mexicana la que lo exige.<sup>10</sup>

En este sentido —ya sea en procedencia o en el fondo del estudio— es útil determinar los efectos de una acción de inconstitucionalidad en la cual se concluye que no existe relación con el tema de derechos humanos.

Tal aseveración tiene relación con el objeto que se atribuye a la reforma constitucional que concedió legitimación a los organismos de derechos humanos nacional y de las entidades

---

<sup>10</sup> Al igual que en la materia electoral, el artículo 105, fracción II, inciso g), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece una acción de inconstitucionalidad especializada, porque concede legitimación a la Comisión Nacional de Derechos Humanos y a los organismos de protección de derechos humanos equivalentes, sólo en los casos en que exista la posible vulneración de derechos humanos.

federativas, debido a que se tuvo especial cuidado en no desvirtuar su naturaleza, ya que se les permitió impugnar una norma general para denunciar y prevenir violaciones de derechos humanos *ex ante*.<sup>11</sup>

Por otra parte, en este tipo de medio de control abstracto de inconstitucionalidad también se presenta una relevante suplencia de la queja que exige agotar los posibles supuestos de violaciones de derechos humanos vinculados con el tema. Igualmente, en este estudio se puede presentar un efecto de identificación o reconocimiento de este tipo de derechos en un rango constitucional.

Por tanto, mi postura es la de reconocer y tomar en cuenta la relevancia de las acciones de inconstitucionalidad presentadas por este tipo de órganos legitimados, debido a que ello le concede una naturaleza especializada en derechos humanos.

En este sentido, el presente caso exige un especial cuidado, ya que no debe perderse de vista que estamos ante la impugnación de normas que conceden derechos que ya han sido y están siendo ejercidos por un sector de la población.

---

<sup>11</sup> Esta afirmación se mencionó en el proceso legislativo que reformó el contenido del artículo 105, fracción II, inciso g), publicada el dieciséis de septiembre de dos mil seis. Al respecto, se mencionó lo siguiente: "Como vemos, su ámbito de acción será muy amplio en el estudio de las leyes que se aprueben en el país, para oportunamente detectar si las mismas son contrarias a los derechos humanos establecidos en nuestra Constitución y si así es, acuda ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para solicitar la anulación de dichas normas generales. ... **Con el ejercicio de esta facultad, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos cuenta con un importante instrumento para prevenir ex ante las violaciones a los derechos humanos y no como ahora que actúa ex post y esto es después de que se comete una violación a los derechos humanos.**" (el subrayado es mío).

## B. Consideraciones previas sobre la complejidad del problema:

En este asunto se determinó establecer las consideraciones previas a la complejidad del problema y yo me pronuncié por incorporar los temas de derechos humanos y fundamentales de las mujeres que guardan relación con los derechos sexuales y reproductivos por significar la puerta de acceso al reconocimiento de la verdadera igualdad y ejercicio pleno de la ciudadanía.<sup>12</sup>

Me parece relevante porque al subestimar este importante punto, la consecuencia lógica fue la desvalorización de los motivos que orillaron a que el legislador estimara que el tipo penal de aborto antes de las doce semanas de gestación se eliminara del Código Penal del Distrito Federal.

La anterior determinación se encuentra vinculada con el estudio que se hizo sobre informes en materia de salud, causas

---

<sup>12</sup> No todos los sujetos están en la misma condición con respecto a su ciudadanía. Las mujeres todavía hoy luchan para ser consideradas sujetos de derecho (de otro modo no se explica que, a pesar de la universalidad de los tratados de derechos humanos de la mitad del siglo XX hayan hecho falta convenciones específicas para garantizar a las mujeres el acceso a derechos elementales como la integridad corporal y la representación pública). Cfr. Gamba Susana Beatriz coord, Diccionario de estudios de género, voz derechos humanos de las mujeres por Diana Maffia, Biblos, Buenos Aires, 2007, p. 82. En el caso de las mujeres son fundamentales la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) y su Protocolo Facultativo, la relatoría especial sobre la violencia contra la mujer, así como observaciones y resoluciones de otros órganos y comités de derechos humanos. Por lo que respecta al sistema regional latinoamericano destacan la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará), el Sistema Interamericano en su generalidad (CIDH y Corte IDH) y la Relatoría sobre los derechos de la mujer. Asimismo, resulta relevante que se identifique que los derechos humanos de las mujeres tienen un especial pronunciamiento en lo relativo al verdadero ejercicio de la ciudadanía equitativa que tiene un papel central en los derechos sexuales y reproductivos por ser en sí mismo el derecho que les permite tener acceso a otros derechos, **ya que son las reproductoras de la especie**. Igualmente existen otros documentos internacionales que pueden ser considerados derecho interno en donde se ha determinado que las mujeres tienen derecho a disfrutar de su libre maternidad y que, por tanto, el Estado no puede imponerles por la vía penal la culminación de un embarazo.

penales, prueba pericial y comparecencias que sostienen y justifican aún más la constitucionalidad de las normas impugnadas. No obstante, en la sesión de fecha 25 de agosto de dos mil ocho, no fueron atendidas (pese a mi sugerencia) y, por ello, expongo algunos puntos de manera breve:

## I. Informes en materia de salud

Ya sea que tomemos una fuente oficial o de organizaciones no gubernamentales, lo cierto es que ambas coinciden en que el aborto inducido sí representa un problema de salud pública en México que sin duda tiene alcances en el Distrito Federal, ya que además representa la tercera causa de muerte materna.<sup>13</sup>

En este sentido, es posible estimar que si a partir de la interrupción legal del embarazo han sido atendidas más de 12,000 mujeres, existe una confirmación de legitimación normativa o aprobación por parte de aquellas directamente beneficiadas con este servicio de salud pública.

Igualmente, podemos considerar que este servicio beneficia los derechos de las mujeres, ya que además de evitar los problemas que implica el submundo del aborto clandestino, según la normatividad implica con programa integral, ya que se les asesora y explican sus derechos a la salud sexual y reproductiva.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Conapo, El cuaderno de salud reproductiva del Distrito Federal se puede consultar en: <http://www.conapo.gob.mx/publicaciones/CuaSalud/pdf/df.pdf> p. 38.

<sup>14</sup> Sobre este tema puede consultarse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos*, Fondo de Población de Naciones Unidas y Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Costa Rica, 2008, p. 83.

## II. Causas penales

Uno de los temas más importantes a considerar es el relativo a las causas penales, debido a que ello nos sirve para conocer si la penalización de la interrupción de un embarazo cumple con las finalidades de razonabilidad, proporcionalidad y justificación del derecho penal. Más aún, si tomamos en cuenta que el poder penal —tanto en su definición como en su ejercicio práctico— representa en manos del Estado el medio más poderoso de control social (que en el caso de aborto se dirige principalmente a las mujeres).<sup>15</sup>

Según un estudio realizado para el primer proyecto, de los informes solicitados a diversos órganos jurisdiccionales del Distrito Federal y entidades federativas tenemos que las causas penales y averiguaciones previas tramitadas en relación con el delito de aborto no pasan de 1000. Por tanto, tenemos un indicador de que el delito de aborto ahora despenalizado por la Asamblea Legislativa tenía mayores impactos negativos por su definición que por su ejercicio práctico.

Igualmente, la citada penalización sí representa un generador de desigualdad ya que en un informe de 2006 de Human Rights Watch sobre el aborto en México, año 2006, la subprocuradora de San Luis Potosí dijo: "Sí, por supuesto que se implementan las sanciones penales por aborto ilegal. ... Si alguien va a la cárcel, es la mujer."<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Larrandart, Lucía, "Control social, derecho penal y género", en Birgin Haydée, comp., *Las trampas del poder punitivo*, Biblos, Buenos Aires, 2000, p.85.

<sup>16</sup> Entrevista telefónica de Human Rights Watch a Concepción Tovar Monreal, subprocuradora, responsable de la agencia especializada en violencia familiar y delitos sexuales, Procuraduría General de Justicia de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 28 de noviembre de 2005, publicada en el informe sobre aborto en México de marzo de 2006, consultable en la página [http://www.hrw.org/spanish/informes/2006/mexico0306/4.htm#\\_ftn110](http://www.hrw.org/spanish/informes/2006/mexico0306/4.htm#_ftn110).

### III. Prueba pericial y

### IV. Comparecencias

Del cuestionario sobre "materia de concepción y vida humana en el seno materno" que fue contestado por prestigiosos científicos y del cual destacan diversas preguntas como si ¿Un leproso tuberculoide avanzado con anestesia en miembros es humano? o si ¿Un parálítico cerebral sin autonomía alimentaria es humano? (aclarando que desde mi punto de vista el término "paralítico" es sensible en el lenguaje de derechos humanos y discriminación) o si ¿un autista es humano? y de las distintas comparecencias de asociaciones, agrupaciones y particulares que expresaron argumentos por la constitucionalidad y por la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, se arribó a la conclusión de que no existe un consenso y que, por ende, no se puede arribar a conclusiones a menos que partamos de una postura ideológica, moral o ética.

El punto anterior sirve para confirmar que las diferentes posturas sólo confirman que el derecho difícilmente podría imponer una sola postura de valorización sobre los bienes que constituyen una parte del problema.

Sin embargo, no se quiso agotar en la discusión del asunto, aun cuando parte de estas preguntas sí fueron utilizadas en una de las intervenciones que sostenían la inconstitucionalidad de las normas.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Sesión del 27 de agosto de 2007, en la intervención del Sr. Ministro Mariano Azuela se citaron algunas de las preguntas del cuestionario y no así las conclusiones.

### **C. Estudio de fondo:**

En este apartado comparto el estudio realizado en la resolución relativa a la competencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materia penal y de salud. Asimismo, lo relativo al tema de las facultades concurrentes y de coordinación en este último rubro.

No obstante, me parece que la resolución debió tomar en cuenta lo siguiente:

#### **a) Relevancia de los temas de derechos humanos y fundamentales de las mujeres**

Se advierte la subestimación de las motivaciones y argumentos jurídico-constitucionales expresados en la exposición de motivos de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal que aprobó la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo hasta las doce semanas.

El resultado de esta parcial apreciación implica que en la parte en que el proyecto realiza una valoración de los motivos del legislador no se desarrollen los puntos de los derechos de las mujeres, ya que en un principio no se consideran como puntos de partida para su estudio.

En razón de los argumentos citados, estimé conveniente introducir una perspectiva de género en la discusión en la justificación de mi voto.

Lo anterior, además de ser parte de nuestra Constitución, también ha sido reconocido y comprometido por el Estado

mexicano en diversos instrumentos jurídicos como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW),<sup>18</sup> la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención De Belén Do Para, entre otros documentos de no menor importancia.

## **b) Estudio de preceptos de la Constitución mexicana y marco jurídico aplicable**

### **b1. Artículo 1o. de la Constitución.**

Los efectos de la igualdad reconocida por el artículo 1o. de la Constitución Mexicana tiene el efecto de garantizar que las mujeres no sufran de la discriminación legislativa que las coloca en una situación de inequidad y desventaja.

Digo lo anterior, porque si analizamos el contenido del citado artículo y lo relacionamos con el presente asunto, podemos observar lo siguiente:

a) Derecho a la protección de los derechos y garantías que concede la Constitución: En el momento en que el Estado mexicano impone por la vía penal la culminación de un embarazo, restringe una serie de derechos fundamentales de las mujeres, debido a que las coloca en considerable des-

---

<sup>18</sup> Documento que entró en vigor en 1981 y actualmente está firmado por más de 100 países miembros de las Naciones Unidas. Es considerado como la Carta Magna de las Mujeres. La importancia de este documento radica en que afirma positivamente el principio de igualdad entre hombres y mujeres, al pedir a los Estados partes que tomen todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

ventaja al no permitirles ejercer su autonomía y ciudadanía plenamente.

b) Queda prohibida la esclavitud: La esclavitud no ha sido erradicada en la población mundial. Actualmente, se han reconocido diversas formas de servidumbre o moderna esclavitud. En algunos supuestos, el embarazo forzado implica una forma de esclavitud porque impone a la mujer un periodo de gestación en contra de su voluntad con implicaciones para el resto de su vida.

c) La Constitución prohíbe la discriminación motivada por género, edad, condición social, salud, religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga el objeto de anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas:

c.1 La penalización de la interrupción voluntaria de un embarazo menor de doce semanas, discrimina en razón de género, porque a partir de la figura de la maternidad y los hijos se justifica que es su deber y obligación culminar un embarazo en cualquier circunstancia bajo la amenaza de una pena criminal, generando la posibilidad de que si toma la decisión de no ser madre se le atribuya la categoría de delincuente.

c.2 Se discrimina en razón de edad, porque no se respeta el momento biológico y físico en el cual una mujer se siente lista para disfrutar del ejercicio de la maternidad, ya que bajo la amenaza penal se le obliga a culminar un embarazo sin importar en qué etapa de su vida se encuentra. En este punto, conviene mencionar que las niñas tienen el derecho de no ser madres.

c.3 Se discrimina en razón de condición social: Sin lugar a dudas, éste es uno de los puntos clave para justificar que interrupción legal del embarazo menor de doce semanas es constitucional, ya que si bien es cierto que las mujeres que deciden esta interrupción pertenecen a diferentes sectores de la sociedad, lo cierto es que los problemas de salud que generan los abortos inseguros tienen un mayor impacto en las mujeres pobres. De ahí que en algunas legislaciones se permita la causal de aborto por razones económicas.<sup>19</sup>

c.4 Se discrimina por motivos de salud, porque la penalización de la interrupción de un embarazo genera que las mujeres que resultan afectadas por acudir al aborto inseguro, no están sujetas a un control sanitario adecuado y mucho menos pueden exigir servicio médico en caso de complicaciones. Incluso, esto provoca que en algunos casos de complicación la mujer sea abandonada ante el temor de represalias a terceros que la auxilien.

c.5 Se discrimina por motivos de religión, opinión o preferencia, porque no existen criterios objetivos, consensuados y razonables que justifiquen que se debe valorar al embrión como persona y, por tanto, si el Estado establece una valoración impuesta por el derecho penal, ello restringe libertades de religión, opinión o preferencia.

c.6 Se discrimina por el estado civil, porque se promueve un trato diferenciado entre las mujeres casadas y solteras, que deciden interrumpir un embarazo, estimando que las primeras se encuentran obligadas a tener los hijos que se conciban

---

<sup>19</sup> El Estado de Yucatán prevé esta causal.

dentro del matrimonio y para las segundas se estimula la crítica social.

c.7 Se atenta contra la dignidad de las mujeres y se menoscaban sus derechos y libertades, porque en el momento en que el Estado impone la continuación de un embarazo por la vía penal restringe una serie de derechos y libertades que la colocan en una marcada situación de desigualdad social que trasciende a su dignidad de persona humana.

De lo anterior, podemos afirmar que no encontramos alguna justificación lógico-jurídica que permita determinar que el embrión menor de doce semanas es un individuo-persona que pueda anteponerse y restringir los derechos de las mujeres nacidas. En todo caso, como se ha venido mencionando, el embrión menor de doce semanas es un bien jurídico que no queda desprotegido del marco de la ley, salvo en el supuesto de que la mujer decida no continuar con su embarazo.

Por tanto, es un bien jurídico cuya valoración corresponde al ámbito moral, ético o religioso, que a su vez consolida los derechos, creencias y libertades de las personas.

## **b2. Artículo 3o. de la Constitución.**

Me parece importante mencionar que existe la obligación constitucional para que el Estado tutele de manera relevante los derechos humanos, la dignidad e integridad de las mujeres y les garantice la participación frente a los varones en condi-

ciones de equidad que respete el Pacto Federal.<sup>20</sup> Asimismo, exige que se incorpore a las mujeres indígenas al desarrollo mediante apoyo y protección de su salud educándolas en la toma de decisiones.

Por tanto, si tomamos en cuenta que en el Distrito Federal existen grupos de población indígena<sup>21</sup> en los cuales algunas mujeres han solicitado la interrupción legal de su embarazo, ello implica que los beneficios de las normas impugnadas tienen una trascendencia a los diferentes sectores de la población.<sup>22</sup> En este caso, beneficia a un sector vulnerable generándoles un servicio de salud pública.

Por lo que respecta al artículo 3o. constitucional, el proyecto confirma que la educación debe perseguir el fomento de los diversos valores que el Constituyente ha plasmado en

<sup>20</sup> "Artículo 2o. La nación mexicana es única e indivisible: ... A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: ... II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, **los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.** La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los Jueces o tribunales correspondientes. III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, **garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el Pacto Federal y la soberanía de los Estados.** ...

"B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos. ... V. **Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.**"

<sup>21</sup> Cfr. <http://www.cd hdf.org.mx/index.php?id=informesdiagnostico>.

<sup>22</sup> En el periodo comprendido del 22 de mayo al 24 de junio de 2008, en el Centro de Salud Comunitario T-III "Beatriz Velasco de Alemán" de la Secretaría de Salud del Distrito Federal se han atendido 500 casos de interrupción legal del embarazo. ... De la totalidad de los mismos, aproximadamente 20 casos han correspondido a mujeres indígenas y el 35% en la atención a mujeres de otros Estados de la República. Fuente: Datos proporcionados por el Centro de Salud "Beatriz Velasco de Alemán" (junio 2008). La información puede consultarse en: <http://www.gire.org.mx/contenido.php?informacion=205>.

nuestra Carta Fundamental. Al respecto, es importante destacar que el programa de la interrupción legal del embarazo contribuye en la educación de los derechos sexuales y reproductivos, porque forma parte de una política integral que brinda información a la mujer que solicita la interrupción de su embarazo sobre opciones anticonceptivas aconsejándole cuál es el método apropiado a sus condiciones.<sup>23</sup>

De esta manera, estimamos que no se vulnera el artículo 3o. constitucional, ya que, por el contrario, se promueven aspectos de educación de la salud reproductiva y derechos sexuales.

### **b.3 Artículo 4o. de la Constitución.**

#### **b.3.1 Igualdad entre el varón y la mujer**

En relación con el punto sobre la igualdad entre varón y la mujer, el proyecto determina que en el artículo 1o. consti-

<sup>23</sup> "Artículo 16 Bis 8. La atención de la salud sexual y reproductiva tiene carácter prioritario. Los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.—El gobierno promoverá y aplicará permanentemente y de manera intensiva, políticas integrales, tendientes a la educación y capacitación sobre la salud sexual, los derechos reproductivos, así como la maternidad y la paternidad responsables. Sus servicios de planificación familiar y anticoncepción tienen como propósito principal reducir el índice de abortos, a través de la prevención de embarazos no planeados y no deseados, disminuir el riesgo reproductivo, evitar la propagación de las enfermedades de transmisión sexual y coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos reproductivos de las personas con una visión de género, de respeto a la diversidad sexual y de conformidad a las características particulares de los diversos grupos poblacionales, especialmente para las niñas y niños, adolescentes y jóvenes.—El Gobierno del Distrito Federal otorgará servicios de consejería médica y social en materia de la atención a la salud sexual y reproductiva, funcionando de manera permanente con servicios gratuitos que ofrecerán la información, difusión y orientación en la materia, así como el suministro de todos aquellos métodos anticonceptivos cuya eficacia y seguridad estén acreditadas científicamente. Asimismo, proporcionarán a la mujer que solicite la interrupción de su embarazo la información a que se refiere el último párrafo del artículo 148 del Código Penal para el Distrito Federal. **Los servicios de consejería también ofrecerán apoyo médico a la mujer que decida practicarse la interrupción del embarazo después del procedimiento de aborto, particularmente en materia de planificación familiar y anticoncepción.**"

tucional se comprende de manera general y en el artículo 4o. también constitucional se refiere a la mujer y al varón. Al respecto, el estudio acude a los argumentos de la reforma de 1974 y cita la tesis de rubro: "IGUALDAD JURÍDICA DEL HOMBRE Y LA MUJER PREVISTA EN EL ARTÍCULO 4o., PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ALCANCES."<sup>24</sup>

Lo anterior, nos confirma que la penalización de la interrupción del embarazo a petición de la mujer es inconstitucional, porque entraña una norma que desde la perspectiva de género hace una distinción negativa a partir de una diferencia biológica entre el hombre y la mujer.

En este punto, conviene citar los conceptos reconocidos en el artículo 5o. de la Ley de Igualdad Sustantiva entre Mujeres y Hombres en el Distrito Federal, que establece lo siguiente:

"III. Equidad de género: Concepto que se refiere al principio conforme al cual mujeres y hombres acceden con justicia e igualdad al uso, control y beneficio de los bienes, servicios,

---

<sup>24</sup> Tesis 1a. CLII/2007, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVI, julio de 2007, página 262, cuyo rubro y contenido son: "IGUALDAD JURÍDICA DEL HOMBRE Y LA MUJER PREVISTA EN EL ARTÍCULO 4o., PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ALCANCES.— El primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que prevé la igualdad del hombre y la mujer frente a la ley y ordena al legislador que proteja la organización y el desarrollo de la familia, se introdujo en la Carta Magna mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974 como parte de un largo proceso para lograr la equiparación jurídica del género femenino con el masculino. Así, en la relativa iniciativa de reformas se propuso elevar a rango constitucional la igualdad jurídica entre ambos y se indicó que ésta serviría de pauta para modificar leyes secundarias que incluyeran modos sutiles de discriminación. De manera que la referida igualdad implica una prohibición para el legislador de discriminar por razón de género, ya que frente a la ley, el hombre y la mujer deben ser tratados por igual; de ahí que el artículo 4o. constitucional, más que prever un concepto de identidad, ordena al legislador que se abstenga de introducir distinciones injustificadas o discriminatorias."

recursos y oportunidades de la sociedad, así como a la toma de decisiones en todos los ámbitos de la vida social, económica, política cultural y familiar; ... V. Perspectiva de Género: concepto que se refiere a la metodología y los mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, la desigualdad y la exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, así como las acciones que deben emprenderse para crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la equidad de género."

En este sentido, nos parece que las normas impugnadas atienden a estos principios que sí encuentran justificación en la Constitución mexicana, ya que lo contrario (la penalización) es una norma que discrimina por razón de género al subestimar la voluntad y decisión de las mujeres sobre sus cuerpos y desarrollo social, económico y cultural que también forma parte de su derecho a la vida digna.

### **b.3.2 Derecho de procreación.**

Basta analizar los alcances del derecho a la procreación para comprender que la maternidad constituye un ejercicio de libertad que si no debe ser inferido o influenciado, menos impuesto a través de la vía penal.

Por otra parte, advierto que el proyecto sólo identifica a la familia conformada entre hombre y mujer, lo cual debe ser debidamente reconsiderado debido a que no es congruente con el contenido del artículo 3o. del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que establece que los Estados se comprometen a garantizar la igualdad en el goce de to-

dos los derechos civiles y políticos del mismo. Y a su vez, prevé en su observación general 28 (68), que prevé la importancia de que el reconocimiento de la familia acepte diversas formas, con inclusión de parejas no casadas y sus hijos, de familias monoparentales y sus hijos.

En otro aspecto, los derechos de procreación no deben confundirse con la posibilidad de concederle a un tercero (como podría ser el padre o pareja de la mujer embarazada o los padres de una menor) su intervención en la decisión de interrumpir un embarazo menor de doce semanas, porque ello atenta contra las decisiones de intimidad sexual y libre maternidad. Además, porque se correría el riesgo de que el tercero en ejercicio de este derecho justifique y exija a la mujer que interrumpa su embarazo aun contra su voluntad. Así, este tipo de argumentos se caen solos, ya que se propiciaría la imposición de abortos o posibles litis sobre la culminación de embarazos o el destino del producto de la concepción que inclusive, podría eximir a terceros del delito de aborto forzado, ya que si recordamos, sí se penaliza esta conducta cuando no media la voluntad de la mujer embarazada.

El artículo 146 del Código Penal del Distrito Federal establece que:

(Reformado, G.O. 26 de abril de 2007)

"Artículo 146. Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada. ... Para efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión."

De esta manera, si se permite que terceros intervengan en la decisión y voluntad sobre la continuación de un embarazo, el mismo derecho podría reclamarse para su interrupción aun sin la voluntad de la mujer y, por tanto, sería muy complicado demostrar el tipo penal de aborto forzado.

### **b.3.3 Derecho a la protección de la salud**

En este punto me parece oportuno mencionar que la despenalización del aborto hasta las doce semanas y el servicio público que brinda la interrupción del embarazo en este contexto constituye un derecho de salud pública que se vincula estrechamente con el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Asimismo, me parece más relevante destacar que una de las estrategias más importantes para lograr la eficacia de estos derechos es el compromiso del artículo 2o. del pacto en cita, que establece:

"Artículo 2 ... 1. Cada uno de los Estados partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos."

El principio de progresividad de los derechos humanos obedece a la obligación de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales y, por tanto, el Estado

se obliga a mejorar la situación de estos derechos (principio de carácter programático) y simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o, en su caso, de derogar los ya existentes. Es así, que existe un principio fundamental en esta materia que es la prohibición de regresividad y cualquier medida regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración, ya que tienen que justificarse como algo extraordinario y fuertemente razonable.<sup>25</sup>

Queda claro que la interrupción legal del embarazo antes de las doce semanas no cumple con este requisito debido a que no existen elementos consensuados, jurídicos y fuertemente razonables que determinen que la existencia del derecho a la vida del producto de la concepción antes de las doce semanas y obliguen su defensa por la vía penal.

La afirmación anterior la fortalezcó con lo dicho en el documento enviado por Amnistía Internacional en donde nos sugieren lo siguiente:

"... declarar la invalidez del decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley General de Salud del Distrito Federal por conseguir no contribuirá a impulsar los esfuerzos del Distrito Federal por conseguir que los derechos humanos se hagan realidad, sino que de hecho, dará lugar a incumplimientos de las obligaciones contraídas por el Estado mexicano en materia de derechos humanos. En 2006, el Comité de Derechos Económicos, Socia-

---

<sup>25</sup> Cfr. Abramovich Víctor y Christian Courits, Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Trotta, 2a. ed, 2004, pp. 92-116.

les y Culturales de la ONU expresó su preocupación por las violaciones de derechos humanos cometidas con el aborto y pidió al gobierno mexicano que se ocupara de los siguientes serios problemas: la elevada tasa de mortalidad materna causada por los abortos practicados en condiciones de riesgo, en particular en el caso de niñas y jóvenes; la obstrucción del acceso al aborto legal después de una violación por haberse proporcionado informaciones erróneas o por la falta de directrices claras; la conducta abusiva de los fiscales públicos y del personal sanitario con las víctimas de violaciones que quedan embarazadas, los obstáculos jurídicos en los casos de incesto, y la falta de acceso a la educación y los servicios sobre la salud reproductiva.<sup>26</sup> El Decreto del Distrito Federal por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal representa el cumplimiento por parte del gobierno de las recomendaciones formuladas por el comité sobre cómo ha de cumplir el Estado mexicano con sus obligaciones en materia de derechos humanos por lo que éste ha de ser respaldado por la Suprema Corte ... La obligación de cumplir con el respeto, protección y garantía efectiva del derecho a la vida no obliga al Estado mexicano a restringir el acceso de las mujeres a servicios de aborto en condiciones seguras. De hecho, la restricción injustificada de tal acceso no contribuye a hacer efecto el derecho a la vida. Su restricción injustificada y arbitraria no hace más que dejar a las mujeres expuestas a la muerte y la enfermedad a causa de abortos practicados en condiciones de riesgo. El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha determinado que, para hacer efectivo el derecho a

---

<sup>26</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre México (2006), párr. 25.

la vida, los Estados deben tomar medidas positivas para poner freno a muertes evitables, incluidas medidas contra abortos clandestinos, que ponen en peligro la vida.<sup>27</sup> Una de tales medidas es la despenalización del aborto."

La opinión anterior fue refrendada por la oficina de la alta comisionada para los derechos humanos, Louise Arbour, quien sugirió que se homologara la despenalización del aborto en toda la República mexicana. Lo anterior fue sustentado, porque se debe respetar la decisión de las niñas y mujeres.<sup>28</sup>

De esta manera, confirmamos que la interrupción legal de embarazo antes de las doce semanas no debe ser declarada inconstitucional debido a que implicaría una violación al principio de progresividad de un derecho humano que ha sido plenamente legitimado por más de 12,000 mujeres.

### **b.3.4 Derecho de la niñez a su desarrollo integral**

En este punto, me interesa aclarar que el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no define el momento desde el cual se es niño, sino el momento hasta el cual se es niño. Esta redacción no ha sido casual: la intención expresa de sus redactores, a efecto de lograr el mayor consenso en el momento de la adopción, y la mayor cantidad posible de adhesiones, fue la de evitar expedirse sobre el momento desde el cual se asigna la condición de niño, justamente para evitar tomar partido entre Estados favorables a la protección

---

<sup>27</sup> Véase Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 28, artículo 3, Igualdad de Derechos entre Hombres y Mujeres, ya antes citado para el tema de familia.

<sup>28</sup> Esta información puede consultarse en: <http://www.hchr.org.mx/documentos/actualizacion/capitulo5.pdf>

desde el momento de la concepción, y Estados que incluyen en su legislación hipótesis lícitas de la interrupción del embarazo.<sup>29</sup>

### **b.3.5 Protección al producto de la concepción**

Aun cuando se hubiere considerado que tanto la madre como el producto de la concepción merecen el derecho a la salud, ello no sirve para justificar que la interrupción legal del embarazo menor de doce semanas sea inconstitucional cuando lo solicita la mujer gestante. Menos aún justifica que el Constituyente hubiera atribuido una temporalidad en el derecho a la vida.

### **b.4 Artículo 123, apartados A, fracciones V y XV, y B, fracción XI, inciso C), de la Constitución**

Este punto ha sido reiteradamente discutido, porque prevé los derechos de las mujeres trabajadoras embarazadas.

El origen de esa redacción del artículo 123 constitucional deriva de uno de los pilares más importantes de la historia de los derechos de las mujeres.

Me refiero a las luchas de las obreras que durante las primeras décadas del siglo XX y poco antes comenzaron a organizarse para exigir la igualdad laboral.

Los derechos laborales de las mujeres tienen que ver con su exigencia por eliminar la división sexual de trabajo y el

---

<sup>29</sup> Cfr. con *amicus curie* enviado por el Centro de Derechos Reproductivos y la Comisión Internacional de Juristas, página 13.

obstáculo que puede representar la maternidad en la lucha por la conservación y el ascenso en los empleos.<sup>30</sup>

Lo anterior se corrobora en el mismo proyecto cuando menciona que la exposición de motivos de la reforma al artículo 123 de fecha 31 de diciembre de 1974 señaló —entre otros puntos— que "la mujer mexicana ha manifestado reiteradamente, su acceso y libertad de empleo deban considerarse, en todos los casos, en un plano equivalente al del varón."

Por tanto, sería irónico que de un derecho derivado de la lucha de mujeres trabajadoras que exigieron igualdad laboral se restrinjan los derechos que les permiten ejercer y consolidar su autonomía y verdadera ciudadanía.<sup>31</sup>

### **b.5 Artículo tercero transitorio del decreto que reformó los artículos 30, 32 y 37 constitucionales en materia de nacionalidad, publicado en el Diario Oficial de la Federación de veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete (pp.410-418)**

El Estado mexicano otorga un documento que se llama acta de nacimiento y en el mismo se confirma la situación de nacionalidad que guarda el niño nacido.

Como ejemplo, podemos citar el artículo 54 del Código Civil Federal que establece que las declaraciones de nacimiento

---

<sup>30</sup> Cfr. Gamba Susana Beatriz, *op. cit.*, voces: División sexual del trabajo y doble jornada laboral, pp. 99-103.

<sup>31</sup> Las luchas por los derechos laborales de las mujeres se conmemoran el 8 de marzo con el Día Internacional de la Mujer, en razón de que fue en esa fecha en el año de 1908, cuando 129 trabajadoras textiles fueron encerradas por sus patrones y quemadas en una fábrica de Nueva York, por reclamar por sus derechos laborales.

se harán presentando al niño ante el Juez del Registro Civil en su oficina o en el lugar donde aquél hubiere nacido.

Es de este modo, que tenemos que tomar en cuenta cuáles son los documentos de derecho que el Estado mexicano otorga a las personas.

En relación con la tesis que se cita en el proyecto y que lleva el rubro de: "CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. EL PLANTEAMIENTO DE QUE UNA LEY SECUNDARIA CONTRADICE EL TEXTO DE LAS NORMAS TRANSITORIAS DE UNA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, CONSTITUYE UN TEMA DE ESA NATURALEZA."<sup>32</sup>

El texto del artículo transitorio en comento menciona lo siguiente:

"Artículo tercero. Las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de este decreto, seguirán aplicándose a los nacidos o concebidos durante su vigencia, únicamente en todo aquello que les favorezca, sin perjuicio de los beneficios que les otorga la reforma contenida en el presente decreto."

---

<sup>32</sup> Tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, P. XLV/2004, Novena Época. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XX, septiembre de 2004, página 6, rubro y texto: "CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. EL PLANTEAMIENTO DE QUE UNA LEY SECUNDARIA CONTRADICE EL TEXTO DE LAS NORMAS TRANSITORIAS DE UNA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, CONSTITUYE UN TEMA DE ESA NATURALEZA.— El planteamiento que expresa que una ley secundaria contradice el texto de las normas transitorias de una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos constituye un tema de constitucionalidad de leyes, cuyo conocimiento corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ello es así porque dichas normas transitorias forman parte de la propia Ley Fundamental, que son obra del Constituyente, y en su creación y modificación deben observarse los principios que establece su artículo 135, por lo que su obligatoriedad es de idéntico valor al del propio articulado constitucional."

Los motivos que propiciaron la reforma constitucional que dio origen al citado precepto transitorio, no pueden establecer que la Constitución reconoce el derecho a la vida del producto de la concepción, debido a que en la redacción del artículo 30 habría establecido que la nacionalidad se adquiere en el momento de la concepción, lo cual es un absurdo.

Asimismo, podemos observar que la redacción de las fracciones derivadas de la reforma que se cita en el proyecto, también exigen como requisito el nacimiento. Es así que su redacción dice lo siguiente:

"Artículo 30. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización. A) Son mexicanos por nacimiento: I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres. (Reformada, D.O.F. 20 de marzo de 1997) II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional. (Adicionada, D.O.F. 20 de marzo de 1997) III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes. ..."

Como se advierte, el artículo transitorio en comento se encuentra supeditado a los artículos de los que deriva, siendo el requisito indispensable el nacimiento. No podríamos conceder un alcance de la magnitud que se pretende, partiendo de este supuesto.

Consecuentemente, no encuentro que del contenido del citado precepto transitorio se desprenda el derecho a la vida del producto de la concepción y mucho menos que el mismo tenga que protegerse por la vía penal. Esto es, no se desprende ninguna exigencia que module u obligue a protegerlo por encima de las mujeres nacidas.

## **b.6 Instrumentos internacionales**

Por lo que respecta a los instrumentos internacionales de derechos humanos que se citan, reitero mis argumentos y agrego que ni los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ni los órganos del Sistema Universal de Derechos Humanos, han declarado jamás que el Estado esté obligado a proteger sin excepción la vida desde el momento de la concepción, o que esté obligado a prohibir y a penalizar la interrupción voluntaria del embarazo.<sup>33</sup>

### **b.6.1 Convención sobre los Derechos del Niño**

Sobre este punto, me he pronunciado, sólo agrego que en el Estado mexicano el acta de nacimiento exige que el producto se encuentre fuera del seno materno para reconocerle personalidad jurídica. En todo caso, se puede llegar a reconocer a un feto a través de un certificado de muerte fetal<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Cfr. Centro de Derechos Reproductivos, *op. cit.* p. 10.

<sup>34</sup> La Ley General de Salud regula el documento de la siguiente forma: "Artículo 350 Bis 6. Sólo podrá darse destino final a un feto previa expedición del certificado de muerte fetal.— En el caso de que el cadáver del feto no sea reclamado dentro del término que señala el artículo 348 de esta ley, deberá dársele destino final. Salvo aquellos que sean destinados para el apoyo de la docencia e investigación por la autoridad de Salud conforme a esta ley y a las demás disposiciones aplicables, quien procederá directamente o por medio de las instituciones autorizadas que lo soliciten mismas que deberán cumplir con los requisitos que señalen las disposiciones legales aplicables."

(obviamente también se necesita que se encuentre fuera del seno materno). Aun en este supuesto, el documento no tiene las mismas características de un acta de nacimiento, ya que sólo se realiza para control de salud materna y estadística.

### **b.6.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

En lo que toca al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, me interesa agregar que de la observación general al artículo No.3 (igualdad entre hombre y mujer), emitida por el Comité de Derechos Humanos, que ya antes he citado, se desprende el punto 20 que sostiene un elemento de suma importancia:

"20. Los Estados partes deben presentar información que permita al comité evaluar los efectos de las leyes y prácticas que entraban el ejercicio por la mujer, en pie de igualdad con el hombre, del derecho a la vida privada y otros derechos amparados por el artículo 17. Constituye un ejemplo de esa situación el caso en que se tiene en cuenta la vida sexual de una mujer al decidir el alcance de sus derechos y de la protección que le ofrece la ley, incluida la protección contra la violación. Otro ámbito en que puede ocurrir que los Estados no respeten la vida privada de la mujer guarda relación con sus funciones reproductivas, como ocurre, por ejemplo, cuando se exige que el marido dé su autorización para tomar una decisión respecto de la esterilización, cuando se imponen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten

a abortos. En esos casos, pueden estar en juego también otros derechos amparados en el pacto, como los previstos en los artículos 6 y 7."

El punto anterior nos introduce otro aspecto que no debe pasar inadvertido, me refiero al derecho a la intimidad de las mujeres en el ejercicio de sus reproductivos y salud sexual. Cuando el Estado impone a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos, sin duda está violando su derecho a la salud, su derecho a la igualdad y su derecho a la intimidad.

De esta manera, conviene recordar que el derecho a la intimidad se ha reconocido en el artículo 16, primer párrafo, de la Constitución mexicana. Al respecto, cito la tesis de rubro y contenido: "DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD. ESTÁ PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 16, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.—Dicho numeral establece, en general, la garantía de seguridad jurídica de todo gobernado a no ser molestado en su persona, familia, papeles o posesiones, sino cuando medie mandato de autoridad competente debidamente fundado y motivado, de lo que deriva la inviolabilidad del domicilio, cuya finalidad primordial es el respeto a un ámbito de la vida privada personal y familiar que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, con la limitante que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece para las autoridades. En un sentido amplio, la referida garantía puede extenderse a una protección que va más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que se desenvuelve normalmente la privacidad o la intimidad, de lo cual deriva el reconocimiento en el artículo 16, primer párrafo, constitucional, de un derecho a

la intimidad o vida privada de los gobernados que abarca las intromisiones o molestias que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida."

El derecho a la intimidad de las mujeres es vulnerado cuando el Estado le impone a terceros denunciarla o exhibir su interrupción de embarazo, asimismo, la coloca en un estado de desprotección, ya que ante el temor de una acusación prefiere no acudir a servicios médicos seguros para que le atiendan cualquier complicación o efecto relacionado con un aborto ilegal.

Los alcances del derecho a la intimidad de las mujeres también obedecen a derechos ganados que reconocen la autonomía y control de su sexualidad, aun en los casos en que tengan una pareja.<sup>35</sup>

En este sentido, es posible afirmar que la penalización de la interrupción del embarazo por voluntad de la mujer embarazada constituye una de las medidas que produce una importante afectación y desigualdad en las relaciones de género.<sup>36</sup>

### **b.6.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos**

Antes de referirnos a la convención conviene señalar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos que signi-

---

<sup>35</sup> Conviene recordar los importantes precedentes *Griswold v. Connecticut* (1965) y *Roe v. Wade* (1973, porque mostraron la importancia del reconocimiento del derecho a la intimidad y autonomía sexual).

<sup>36</sup> *Cfr. Cohen Jean L., Regulating Intimacy, New Legal Paradigm, Princeton University Press, 2004, pp. 33-55.*

ficó uno de los avances más importantes en el desarrollo de los sistemas democráticos en el siglo XX establece en su expresivo artículo 1o. que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."

Nacer, para comportarnos fraternalmente los unos con los otros, es un presupuesto esencial para convertirnos en sujetos dignos de exigir el respeto y tutela de todos los derechos consagrados en las Constituciones democráticas y sistemas de derechos humanos.

La misma esencia se reconoce en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre cuando en su preámbulo establece que: "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros."

De esta manera, debemos identificar que el tema que nos ocupa pertenece al espacio jurídico y, por tanto, es relevante establecer que para estos efectos existen bienes jurídicos tutelados y seres humanos dotados de derechos y prerrogativas que les permiten conducirse fraternalmente unos con otros.

Tenemos así que el nacimiento sí implica un presupuesto indispensable e, incluso, para el caso de que no gozara de razón o conciencia, el sistema jurídico le reconoce el estado de discapacidad que puede manifestarse en deficiencia física, mental o sensorial en razón de una naturaleza temporal o permanente la cual se exige proteger en razón de un entorno

económico o social,<sup>37</sup> lo cual sólo puede experimentarse una vez que se nace.

Ahora bien, no pasa inadvertido que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 4, punto 1, que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

Sin embargo, resulta de suma importancia tomar en cuenta que dicho artículo ha sido interpretado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en dos momentos históricos de los derechos humanos y fundamentales de las mujeres.

En esta parte me interesa puntualizar que tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana de Derechos Humanos son los órganos competentes para interpretar todos los tratados e instrumentos jurídicos de derechos humanos pertenecientes al sistema regional interamericano. Asimismo, que México ha aceptado su competencia y, por tanto, el valor de su jurisprudencia contiene importantes efectos jurídicos que exigen ser tomados en cuenta dentro de nuestro sistema de derecho interno.

El primero, el caso fue la resolución No. 23/81, Caso 2141, 6 de marzo de 1981, de Estados Unidos de América,<sup>38</sup> cuando una organización católica solicitó la intervención de

---

<sup>37</sup> Artículo 1o. de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

<sup>38</sup> El caso puede consultarse en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>.

la Comisión Interamericana para denunciar la posible violación de los derechos humanos de su representado "Baby Boy" quien se consideraba víctima muerta por un proceso de aborto ejecutado por un médico especializado.

En el caso se reclamó principalmente la violación del derecho a la vida reconocido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el derecho a la vida desde la concepción reconocido en la Convención Americana. Al respecto, la Comisión Interamericana determinó que el asunto era de naturaleza compleja con diversas cuestiones jurídicas, morales y científicas.

Luego, de un estudio riguroso, la Comisión Interamericana determinó que el derecho a "la vida desde el momento de su concepción" no debía adoptarse en términos absolutos, ya que la definición dada en el proyecto del comité jurídico era incompatible con las leyes que regían el aborto en la mayoría de los Estados americanos y tal reconocimiento habría implicado la derogación de los artículos de los Códigos Penales que "excluían la sanción penal por el crimen de aborto".

De esta manera, se consideró que para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de "desde el momento de la concepción", era necesario tomar en cuenta que la misma redacción del texto estipulaba las palabras "en lo general".

En este contexto, la Comisión Interamericana resolvió que la Corte Suprema de los Estados Unidos y la Corte Suprema Judicial de Massachusetts no habían violado los instrumentos jurídicos antes citados al convalidar la destipificación del aborto.

El siguiente caso nos involucra como Estado mexicano y, por ende, nos vincula de manera directa. Me refiero al informe no. 21/07, petición 161-02, solución amistosa de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, de 9 de marzo de 2007.<sup>39</sup>

Al respecto, se presentó la petición por organizaciones no gubernamentales que denunciaron a México por la violación de los derechos humanos de la menor Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, quien fue víctima de violación sexual de la cual resultó embarazada y fue obstaculizada en ejercer el derecho de interrumpir su embarazo según lo establecido por la ley mexicana.

El caso estimó la violación de los derechos protegidos por los artículos 1, 5, 7, 8, 11, 12, 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los derechos protegidos por los artículos 1, 2, 4, 7 y 9 de la Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer, el derecho protegido en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los derechos protegidos por los artículos 9, 17 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los derechos protegidos en los artículos 3 y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho protegido en el artículo 12 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y los derechos protegidos en los artículos 19, 37 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

---

<sup>39</sup> El caso de referencia puede consultarse en <http://www.cidh.org/annualrep/2007sp/mexico161.02sp.htm>.

El resultado de lo anterior culminó en un acuerdo y compromiso del Estado mexicano para que pagara diferentes cantidades por conceptos de gastos judiciales, apoyo y manutención y vivienda, entre otros. De la misma forma, se estableció que se inscribieran en un sistema de seguridad social para gozar de su derecho al servicio de salud y de atención psicológica para la menor.

Nos interesa aclarar que aun cuando en este caso hubo una violación, lo cierto es que la interpretación tiene efectos extensivos que debemos tomar en cuenta debido a que la Comisión Interamericana determinó que es obligación del Estado mexicano proteger y promover los derechos de las mujeres como una prioridad para los Estados miembros de la OEA, con el fin de garantizar derechos fundamentales como la igualdad, la no discriminación y la vida libre de violencia basada en el género. Asimismo, se estableció que la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará) se tenía que establecer que las víctimas de violencia sexual tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos sus derechos humanos incluyendo todos los civiles, políticos, sociales y culturales (principalmente en los relacionados con programas de salud).

Por lo que respecta al tema de la salud vale comentar que se estableció que la interrupción legal del embarazo constituye un derecho a la salud y, por tanto, debe ser facilitado en el menor tiempo posible para los casos previstos por los Estados.

De este modo, podemos atender a las citadas interpretaciones para comprender que se puede llegar a un equilibrio

y respeto a la legislación interna de los Estados cuando éstos conceden el derecho a la interrupción del embarazo.

Aunado a esto, vale recordar que el Estado mexicano formuló una declaración interpretativa al citado artículo 4, punto 1, de la Convención Americana en el sentido de que la expresión "en general" usada en el citado párrafo, no constituye la obligación de adoptar y mantener en vigor la legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción", ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.<sup>40</sup>

#### **b.6.4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

En relación con el Pacto Internacional de Derechos Humanos reitero mi postura sobre la importancia de respetar el principio de progresividad de este tipo de derechos y en específico mantengo mi postura de no retroceder y suspender políticas que entrañan servicios de salud pública a las mujeres.

#### **b.6.5 Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer**

En este punto, estimo que los artículos de esta convención deben considerarse en conjunto, ya que representan a uno de

---

<sup>40</sup> (Declaraciones interpretativas y reserva hechas al ratificar la Convención) El instrumento de adhesión se recibió en la Secretaría General de la OEA el 24 de marzo de 1981, con dos declaraciones interpretativas y una reserva. Tal reserva se notificó conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969. El plazo de 12 meses desde la notificación de la misma se cumplió el 2 de abril de 1982, sin objeciones. El texto de las declaraciones y reserva es el siguiente: "... Declaraciones Interpretativas: Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4, considera que la expresión 'en general', 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."

los ordenamientos más significativos y relevantes de los derechos humanos de las mujeres.

### **b.7 Ley General de Salud**

En este apartado se confirma lo mencionado en la resolución y también se considera que no es conveniente establecer conceptos rígidos, porque la materia tiene diversas vertientes que requieren un nivel de especialización (ejemplo: embarazo en el caso de investigación para inseminación artificial).

### **b.8 Códigos Penal Federal, Civil Federal y Civil para el Distrito Federal**

Como señalé antes, los supuestos establecidos en las legislaciones no pueden generar principios constitucionales. Además, de manera similar al supuesto del artículo transitorio de la Constitución que anteriormente fue analizado, se trata de un supuesto de nacimiento y además viabilidad.

El mismo artículo 1314 del Código Civil Federal establece que son incapaces de adquirir por testamento o intestado los concebidos cuando no sean viables. Asimismo, el artículo 2357 reitera estos supuestos cuando exige la viabilidad del concebido.

En consecuencia, es claro y manifiesto que la viabilidad no puede presentarse antes de doce semanas. Bajo estos argumentos, sostengo mi postura sobre la constitucionalidad de las normas que fueron impugnadas mediante a la acción de inconstitucionalidad 146/2006 y su acumulada 147/2007.

Por lo que respecta al estudio vinculado al derecho penal y la redacción de las normas impugnadas comparto la parte relativa de la resolución, con la salvedad de que considero importante incorporar diversos argumentos vinculados con los motivos que determinaron que el legislador democrático determinara despenalizar una conducta.

Igualmente, me parece sumamente relevante que se confirme que los derechos humanos y fundamentales de las mujeres se encuentran estrechamente vinculados al tema de la interrupción legal del embarazo, ya que ello beneficia su cumplimiento y eficacia debido a que genera un bloque de constitucionalidad para la materia.<sup>41</sup>

En este sentido, considero que si en el tema de la despenalización del aborto o interrupción legal del embarazo antes de las doce semanas a voluntad de la mujer embarazada se considera "secundario" reforzar el principio de equidad de género y posible discriminación con ciertas normas penales, no se cumple con el necesario estudio del artículo 4o. de la Constitución mexicana, que en el presente caso justifica la necesidad de evitar penas que coloquen a las mujeres (en este caso) en una posición de desigualdad. La pregunta en este caso es ¿para qué sirve conceder el reconocimiento de los derechos de equidad de género en el artículo 4o. de la

---

<sup>41</sup> El bloque de constitucionalidad alguna vez fue definido por la Corte Constitucional colombiana como: normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del Texto Constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu*. Por tanto, se mantiene una postura para que en los casos de derechos humanos analizados en la acción de inconstitucionalidad de esta materia se considere esta posibilidad.

Constitución mexicana? La respuesta puede ser, para justificar la declaración de constitucionalidad de las normas impugnadas y para identificar o materializar ciertos derechos vinculados con el tema de la despenalización del aborto. Asimismo, para que exista uniformidad y claridad en la interpretación constitucional que evite que se presenten reformas legales que endurezcan penas que discriminan y evitan el verdadero ejercicio del derecho de la igualdad y equidad de género."



## **IV. VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA EL MINISTRO SERGIO A. VALLS HERNÁNDEZ\***

**S**i bien la posición mayoritaria, de la que formo parte, determinó la constitucionalidad de los artículos 144 y 145 del Código Penal para el Distrito Federal, impugnados en la presente acción de inconstitucionalidad y su acumulada, las razones por las que, en mi opinión, debe arribarse a tal conclusión, son las siguientes:

De los conceptos de invalidez esgrimidos por los promotores, así como del propio tema a debate, advierto que, en el caso, se implican diversos valores y derechos fundamentales, tales como la protección de la vida, el derecho a la vida, la dignidad humana, la protección de la salud, la autodeterminación procreativa, la libertad de desarrollo personal, entre otros.

---

\* *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, marzo de 2009, p. 1627; IUS 40173.

A este respecto, considero que los conceptos de protección de la vida y derecho a la vida no deben utilizarse como sinónimos, a efecto de concluir que de la Constitución Federal se deriva una protección absoluta e ilimitada de la vida.

En nuestra Constitución no existe, de manera expresa, la protección de la vida, esto es, ninguna de sus disposiciones consagra expresamente y en forma absoluta la inviolabilidad de la vida o del derecho a la vida; sin embargo, indiscutiblemente, debe diferenciarse entre la vida, como un bien que constitucionalmente está protegido y el derecho a la vida que, precisamente, por su connotación, es un derecho público subjetivo de carácter fundamental.

En efecto, la vida, como un bien protegido, deriva no expresamente, sino del propio contenido de la Norma Fundamental, en cuanto que, sin ella, no podrían existir todos los derechos fundamentales de una persona o individuo; por ello, se está frente a una protección general de la vida por parte del Estado, es decir, todos los poderes públicos del Estado y autoridades deben actuar, dentro de sus facultades, para lograr el desarrollo de la vida humana.

Mientras que el derecho a la vida, como derecho subjetivo, supone la titularidad para su ejercicio, la cual está restringida necesariamente a la persona humana, en contraposición a la protección de la vida en general, que sí comprende a quienes no han alcanzado esa calidad, esto es, a los no nacidos, pues se trata de vida potencial.

En este punto, es preciso señalar que no es la calificación del *nasciturus* como persona jurídica o el establecimiento de cuándo inicia la vida algo sobre lo que este Alto Tribunal deba

pronunciarse, porque con independencia de que se trata de una cuestión sujeta a gran debate y que, por lo mismo, no ha obtenido una respuesta en sentido único en el ámbito científico, moral o religioso, la problemática debe centrarse sólo en el aspecto constitucional.

Ahora bien, la Constitución Federal protege la vida particular de las personas, en la medida en que, al estar frente a un derecho fundamental, éste tiene que ser de alguien; en consecuencia, se protege el derecho a la vida sólo dentro de los límites de la existencia de una persona y sólo en los procesos biológicos que ocurren dentro de su vida.

De la lectura del artículo 1o. de la Constitución se desprenden atribuciones del individuo, tales como la igualdad ante la ley y la no discriminación, pero siempre relacionadas con una persona susceptible de tener derechos y obligaciones, ya que ésta es primordial para hacer un ejercicio de equiparamiento entre una persona, como lo es la mujer y un **embrión**, que depende de la existencia de la primera, tratándose claramente de las primeras doce semanas de gestación.

Por su parte, los derechos fundamentales consagrados en los artículos 14 y 22 de nuestra Constitución se refieren a la protección de la persona y no a la vida humana, pues de ellos se advierte la necesidad de que, para ejercerlos, el sujeto debe estar determinado, ya que, de lo contrario, se llegaría al extremo de sostener que también la Constitución está protegiendo a una célula, porque es vida.

Como se observa, la Constitución reconoce el ejercicio de los derechos fundamentales a partir de la existencia del individuo. En este sentido, la protección general de la vida,

como bien constitucional, en cuanto vida potencial, no es ilimitada, ni absoluta, frente a tales derechos.

A mayor abundamiento, de la revisión de los diversos tratados o convenios internacionales firmados por el Estado mexicano, se tiene que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros, no establecen, en forma expresa, que el *nasciturus* sea una persona humana como tal y de ahí que sea titular del derecho a la vida o de una protección de la vida en forma absoluta.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 4.1, señala que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.". Tal disposición puede interpretarse en diversos sentidos; sin embargo, la interpretación que se haga no puede sostener que la protección de la vida del *nasciturus* sea absoluta, pues, de ser así, se daría preeminencia a dicha protección frente a los demás derechos, valores y principios contenidos en la propia convención o en cualquier otro instrumento internacional.

Destaca, en la configuración propia del enunciado, que la expresión "en general" prevé la posibilidad de que existan excepciones y, por tanto, es dable afirmar que no se protege al producto de la concepción en un sentido absoluto. El vocablo "en general" que contiene dicho artículo, es relevante para entender que la protección de la vida no es absoluta, sino que admite excepciones previstas en la ley.

Tan es así que, al depositar el instrumento de adhesión respectivo, el Estado mexicano formuló la siguiente declaración interpretativa: "Con respecto al párrafo 1 del artículo 4, considera que la expresión 'en general' 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.", lo que debe entenderse referido a los Estados parte en dicha convención y en respeto a lo que, dadas sus particularidades, cada Estado considere en ese aspecto.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, en su observación general número 6, de treinta de abril de mil novecientos ochenta y dos, señaló que: "ha observado que el derecho a la vida ha sido interpretado en forma excesivamente restrictiva. La expresión 'el derecho a la vida es inherente a la persona humana' no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas".

Asimismo, en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD), celebrada en El Cairo, en el año de mil novecientos noventa y cuatro, se planteó la conveniencia de que los Estados asumieran la obligación de legalizar el aborto. Tal proposición fue rechazada por la mayoría de los Estados que, en su lugar, aprobaron el siguiente texto, que aparece en el párrafo 8.25 del informe levantado con motivo de dicha conferencia internacional:

"... En los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas. En to-

dos los casos, las mujeres deberán tener acceso a los servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos. Se deberían ofrecer con prontitud servicios de planificación de la familia, educación y asesoramiento post-aborto que ayuden también a evitar la repetición de los abortos."

Nuevamente, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing, en el año de mil novecientos noventa y cinco, la propuesta sobre la necesidad de legalización del aborto se presentó como un derecho sexual y reproductivo de la mujer. No obstante, tampoco se aceptó la legalización del aborto y la obligación de los Estados de legislar en este sentido, manifestándose lo siguiente:

"La aplicación de las medidas que se han de adoptar, contenidas en la sección relativa a la salud, son un derecho soberano de cada país y deben ajustarse a las leyes nacionales y a las prioridades de desarrollo, respetar plenamente los distintos valores religiosos y éticos y las tradiciones culturales de sus poblaciones y observar los derechos humanos internacionales reconocidos universalmente."

A su vez, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW), de mil novecientos noventa y ocho sugirió "que todos los Estados de México revisen su legislación de modo que, cuando proceda, se garantice el acceso rápido y fácil de las mujeres al aborto".

En este sentido, en el año de mil novecientos noventa y nueve, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer dirigió a varios Estados parte de la conven-

ción, entre ellos, México, la Recomendación General Número 24, que establece: "... En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto, a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos; ...".

Del mismo modo, en el año dos mil seis, dicho comité formuló observaciones finales a México, entre las que destacan:

"32. El comité observa con preocupación que el aborto sigue siendo una de las causas principales de las defunciones relacionadas con la maternidad y que, a pesar de la legalización del aborto en casos concretos, las mujeres no tienen acceso a servicios de aborto seguros, ni a una amplia variedad de métodos anticonceptivos, incluidos anticonceptivos de emergencia. Preocupa también al comité que no se haga lo suficiente para prevenir el embarazo en la adolescencia."

"33. El comité insta al Estado parte a que amplíe la cobertura de los servicios de salud, en particular, la atención de la salud reproductiva y los servicios de planificación de la familia y a que trate de eliminar los obstáculos que impiden que las mujeres tengan acceso a esos servicios. Además, el comité recomienda que se promueva e imparta ampliamente la educación sexual entre hombres y mujeres y adolescentes de ambos sexos. El comité pide al Estado parte que armonice la legislación relativa al aborto en los niveles federal y estatal. Insta al Estado parte a aplicar una estrategia amplia que incluya el acceso efectivo a servicios de aborto seguros en las circunstancias previstas en la ley y una amplia variedad de métodos anticonceptivos, incluidos anticonceptivos de emergencia, medidas de concienciación sobre los riesgos de los abortos reali-

zados en condiciones peligrosas y campañas nacionales de sensibilización sobre los derechos humanos de la mujer, dirigidas, en particular, al personal sanitario y también al público en general."

Así las cosas, tanto constitucionalmente como conforme a los tratados internacionales, la protección de la vida, tratándose del *nasciturus*, no es absoluta, ni irrestricta, sino que, en todo caso, debe ponderarse con otros valores protegidos constitucionalmente, esto es, no se está ante una protección absoluta de la vida en gestación, sino, más bien, debe ponderarse tal protección con los derechos fundamentales que estén en juego que, en el caso concreto, son aquellos inherentes a la mujer, dada la particular relación de ésta con el feto.

El artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé lo siguiente: "Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos de las personas."

Asimismo, el artículo 4o. constitucional, en lo que interesa, dispone que: "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.—Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.—Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. ..."

Por otro lado, del artículo 123, apartado A, fracciones V y XV y apartado B, fracción XI, inciso c), se advierte que constitucionalmente se garantiza lo siguiente:

a) El derecho al trabajo digno y socialmente útil, la creación de empleos y la organización social.

b) La protección de las mujeres para que, durante el embarazo, no realicen trabajos que exijan un esfuerzo considerable y representen un peligro para su salud en relación con la gestación.

c) La obligación del patrón de observar medidas que, entre otras, resulten la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores y del producto de la concepción, cuando se trate de mujeres embarazadas.

d) El derecho de la mujer a un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y de seis semanas posteriores al mismo y a disfrutar de asistencia médica y obstétrica.

Observamos, de este último precepto, máxime si atendemos a su ubicación en el título denominado "Del trabajo y de la previsión social", que la protección especial prevista para la mujer durante el embarazo y después del parto tiene como destinataria inmediata a la embarazada y no al producto de la concepción, pues si bien se hace referencia al periodo de gestación y al futuro hijo, esta protección está dirigida a la salud de la mujer, pues, en la medida en que ésta se protege, se garantiza la del que está por nacer.

Sin embargo, las medidas especiales y obligaciones que se imponen al patrón respecto de la mujer embarazada no se traducen en una protección directa del no nacido y, menos aún, absoluta o prevalente sobre la propia mujer gestante. De hecho, según se advierte de la exposición de motivos y de los dictámenes relativos al artículo 123 constitucional, las modificaciones se llevaron a cabo en un contexto en el que, dada la situación histórica de las mujeres, se buscaba garantizarles el derecho al trabajo, ampliando sus posibilidades a través de condiciones especiales que permitieran, a su vez, igualdad en la promoción, desarrollo y participación laboral. Como parte de esas condiciones especiales se encuentran medidas dirigidas a preservar su salud y la del producto en los periodos de gestación, situación distinta a un reconocimiento expreso, dentro del texto constitucional, a favor de la vida en gestación.

Luego, sin desconocer la protección que, ante la expectativa de vida, debe asistir al ser humano en formación, la simple referencia al que "está por nacer", al "futuro hijo" o a la "protección especial de la gestante" resulta insuficiente para aseverar que el producto de la concepción es considerado, de modo expreso, como sujeto de protección, en nuestro Texto Fundamental.

Así pues, los preceptos constitucionales en cita no pueden entenderse sino como una protección especial hacia la mujer, que comprende su derecho a la igualdad y a la no discriminación, el respeto a su dignidad humana y a sus derechos sexuales, de reproducción, de libre desarrollo, de decidir libremente el número de hijos que desea o no tener y su espaciamiento y el derecho a recibir información para ello y asis-

tencia de los servicios de salud, para que el embarazo y el parto no conlleven riesgos.

A este respecto, debe señalarse que la libertad reproductiva consiste en el derecho de las personas a decidir de manera libre, informada y responsable sobre el número y espaciamiento de sus hijos y el libre desarrollo de su personalidad, que abarca, entre otras decisiones, si se ha de reproducir, con quién, cuándo y por qué medios, cuántos hijos tendrá, etcétera.

Esta libertad de procreación, vinculada estrechamente con el derecho a la salud, debe ser protegida por el Estado a través de medidas que asistan a la mujer que desee procrear o, en su caso, que le permitan disponer de medios y servicios que eviten el riesgo que implica un aborto clandestino.

También el derecho a la autodeterminación reproductiva implica la mínima intervención del Estado en las decisiones de la mujer sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva, siendo una decisión personalísima de la mujer interrumpir un embarazo o continuarlo, por lo que la intervención estatal debe ser en un mínimo posible, bajo juicios de razonabilidad y proporcionalidad. En este sentido, el Estatuto de Roma ha reconocido que la violación a la autodeterminación reproductiva de la mujer, como el embarazo o la esterilización forzados, constituyen algunos de los más graves crímenes de acuerdo con el derecho internacional humanitario.

De esta forma, como se observa, los derechos sexuales y reproductivos están reconocidos en nuestro orden constitucional, por lo que deben ser protegidos y garantizados, además de que son base fundamental de los derechos de igualdad

y equidad de género de las mujeres, también reconocidos constitucionalmente.

Por consiguiente, considero que, frente a un tema como el aborto, el Estado debe proteger dos valores relevantes: la vida en gestación, como potencialidad de la vida humana y los derechos de la mujer.

Ahora bien, la Constitución no contiene ninguna disposición relativa al aborto, ni a su penalización o despenalización, correspondiendo, por tanto, al legislador el establecimiento de la política pública que se seguirá ante el aborto, al tratarse de un problema social y real que no puede desconocerse; sin embargo, conforme a lo que se ha expuesto, la política criminal que siga ante tal problemática, debe cumplir con la razonabilidad y proporcionalidad que ya esta Suprema Corte ha determinado en diversos precedentes, protegiendo, asimismo, los derechos fundamentales en juego.

En cuanto a la libertad de configuración legal, en materia penal, ésta implica la libertad del órgano legislativo para establecer aquellas conductas consideradas como delitos y, por ende, la fijación de las penas que debe imponer el Estado ante su comisión, para lo cual cuenta con un amplio margen para establecer la política criminal. No obstante, tal amplitud no se traduce o llega al extremo de que el legislador pueda arbitrariamente definir los tipos penales, sacrificando bienes, valores o derechos fundamentales, es decir, la potestad punitiva del Estado encuentra su límite en la propia Constitución, de manera que, al regular la política criminal, no puede afectar el núcleo esencial de algún derecho fundamental, sino que debe hacerlo bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

lidad y, además, respetando el principio de estricta legalidad, esto es, sólo pueden crearse tipos penales a través de una ley en que se establezcan en forma clara y precisa.

Luego, se tiene, por un lado, que el legislador es quien puede establecer la regulación penal para proteger bienes constitucionales, como la vida —así vemos que, en nuestros Códigos Penales se tipifican delitos como el homicidio, el genocidio, el infanticidio y, por supuesto, el aborto— y, por otro lado, que esta Suprema Corte, como Tribunal Constitucional debe limitarse a examinar si tal legislación es o no constitucionalmente válida, sin pronunciarse, en modo alguno, sobre los criterios seguidos para determinada política criminal, pues ello, se insiste, sólo compete al legislador ordinario.

En este punto, es relevante considerar que si bien, en los citados delitos, se protege la vida, la sanción o pena impuesta por el legislador es distinta, pues el legislador atiende a diversos factores, entre ellos, la fase de la vida humana que, en cuanto al aborto, tiene gran importancia, a fin de no sólo configurar el tipo penal, sino las excluyentes de responsabilidad, sin afectar la salud de la mujer, al tiempo de proteger la vida potencial.

En conclusión, si bien el legislador debe proteger la vida en gestación, no puede afectar, en forma desproporcionada, los derechos de la mujer. No es constitucionalmente admisible que el legislador, con la finalidad de proteger la vida en gestación, sacrifique, en forma absoluta, los derechos fundamentales de la mujer embarazada, considerándola entonces como mero instrumento de la vida en gestación. Por lo que si dentro de la política criminal estima que deben establecerse medi-

das de índole penal, a fin de proteger la vida del *nasciturus*, así como la de la mujer, tal regulación debe comprender las hipótesis que impidan el excesivo sacrificio de los derechos de la mujer embarazada, es decir, los supuestos en que la interrupción del embarazo no configura el delito de aborto, o bien, su despenalización, a fin de no violentar sus derechos de libertad, igualdad, autodeterminación procreativa, etcétera, como ocurre en los casos en que el embarazo es producto de una fecundación forzada, de una violación, o bien, cuando se encuentra en riesgo la salud o la vida de la mujer o del propio producto.

De esta forma, cuando dichos valores o derechos fundamentales entran en colisión, el legislador debe regular tales supuestos, de manera que la protección de la vida del *nasciturus* no prevalezca sobre los derechos de las mujeres, pero tampoco éstos sobre aquélla.

Por todas las razones expuestas, estimo que, bajo esa ponderación de derechos, es que deben examinarse los preceptos legales impugnados pues, de lo contrario, sostener que constitucionalmente la protección a la vida en gestación es absoluta y que sólo el Constituyente podría modificar tal cuestión, llevaría a violentar los derechos fundamentales de la mujer, reconocidos por la propia Norma Fundamental, considerándola un mero instrumento reproductivo.

De acuerdo con lo anterior, en mi opinión, los artículos 144 y 145 del Código Penal para el Distrito Federal, en cuanto establecen el tipo penal tratándose del delito de aborto, atendiendo a determinadas semanas de embarazo, no violan la Constitución, pues, por un lado, como se ha señalado, com-

pete al legislador establecer la política criminal, conforme a las circunstancias sociales que imperen en determinado momento, por lo que si ha definido que "aborto es la interrupción del embarazo después de la décimo segunda semana de gestación", ello no resulta desproporcional o injustificado, ya que busca equilibrar tanto la protección de la vida potencial como los derechos de las mujeres, sin entrometerse, en forma excesiva, en la intimidad de éstas últimas y logra evitar que la protección de la vida en gestación se coloque por encima de la libertad de autodeterminación procreativa, el desarrollo personal, la dignidad y el derecho a la salud física y mental de la mujer.

Lo anterior no significa que se desconozca que el Estado está obligado a instaurar políticas de planificación familiar que tiendan a una sexualidad segura dentro de la población y a que se logre la mínima incidencia de embarazos no deseados y, por ende, de abortos clandestinos, pero tampoco puede desconocerse el alto índice de abortos clandestinos y sus efectos nocivos en la salud física y mental de la mujer, que exigen una regulación legal que permita su práctica en condiciones seguras para la salud de la mujer, lo cual entra en la esfera competencial del legislador, al corresponderle la implementación de políticas públicas frente a un problema real, como el aborto.

Conforme a tal criterio, si ante esas circunstancias el legislador ha establecido el tipo penal del delito de aborto, basado en una razonabilidad y proporcionalidad y considerando que, de acuerdo a la ciencia médica, existe una viabilidad o capacidad potencial de vida después de las doce semanas de gestación y, de ahí, su correspondiente penalización, entonces, las normas impugnadas se apegan a la Constitución Federal.

Con base en los razonamientos apuntados, considero que los artículos 144 y 145 del Código Penal para el Distrito Federal, impugnados, no resultan inconstitucionales, al definir el tipo penal del delito de aborto.

## **V. VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO\***

### Introducción

**E**n la ejecutoria recaída en las acciones de inconstitucionalidad citadas, la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno reconoció la validez de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, así como de los artículos 16 Bis 6, tercer párrafo y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal.

Sin embargo, los mismos señores Ministros que integramos la mayoría llegamos a esa convicción a partir de distintas líneas de argumentación. Por tal motivo, en el presente documento expondré los motivos que me condujeron a tomar la decisión de reconocer la validez de las normas impugnadas.

---

\* *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, marzo de 2009, p. 1604; IUS: 40172.

## I. Antecedentes

El presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el procurador general de la República promovieron sendas acciones de inconstitucionalidad para solicitar la invalidez de la reforma a los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, así como la adición de los artículos 16 Bis 6, tercer párrafo y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal, realizadas mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 26 de abril de 2007, las cuales son del siguiente tenor:

### a) Código Penal para el Distrito Federal

"Libro segundo

"Parte especial

"Título primero

"Delitos contra la vida y la integridad corporal

"...

"Capítulo V

"Aborto

"Artículo 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

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

"Artículo 145. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.

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

"Artículo 146. Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.

"Pare efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión."

"Artículo 147. Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta."

#### b) Ley de Salud para el Distrito Federal

"Artículo 16 Bis 6. Las instituciones públicas de salud del Gobierno del Distrito Federal, gratuitamente y en condiciones de calidad, deberán proceder a la interrupción del embarazo

en los supuestos permitidos en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, cuando la mujer interesada así lo solicite. Para la cual las referidas instituciones públicas de salud deberán proporcionar información oportuna y veraz de otras opciones con que cuentan las mujeres además de la interrupción del embarazo, así como las consecuencias en su salud.

"La interrupción del embarazo deberá realizarse en un término de cinco días, contados a partir de que sea presentada la solicitud y satisfechos los requisitos establecidos en la legislación aplicable.

(Adicionado, G.O. 26 de abril de 2007)

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

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

"El gobierno promoverá y aplicará permanentemente y de manera intensiva, políticas integrales, tendientes a la educación y capacitación sobre la salud sexual, los derechos reproductivos, así como la maternidad y la paternidad responsables. Sus servicios de planificación familiar y anticoncepción tienen como propósito principal reducir el índice de abortos, a través de la prevención de embarazos no planeados y no

deseados, disminuir el riesgo reproductivo, evitar la propagación de las enfermedades de transmisión sexual y coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos reproductivos de las personas con una visión de género, de respeto a la diversidad sexual y de conformidad a las características particulares de los diversos grupos poblacionales, especialmente para las niñas y niños, adolescentes y jóvenes.

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

Según se aprecia, dichas adiciones y reformas propugnan por reestructurar el tipo penal de aborto, de tal modo que la conducta penalmente relevante se concrete a partir de las doce semanas del embarazo, así como disminuir las penas correspondientes a la comisión de ese delito. Por otro lado, se instauran las condiciones de salubridad correspondientes para que las mujeres en el Distrito Federal puedan acceder a la práctica de un aborto y, con ello, reconocer el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo.

El día 25 de agosto de 2008, el señor Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano sometió a la consideración del Tribunal Pleno su proyecto de resolución, en el cual se proponía declarar inconstitucional la reforma controvertida.

El proyecto del señor Ministro Aguirre Anguiano descansaba en tres premisas fundamentales, a saber:

Primera premisa: La Constitución consagra el derecho a la vida humana.

Segunda premisa: La protección constitucional a la vida humana comprende a ésta desde su inicio (fecundación del óvulo) hasta su conclusión, es decir, la muerte.

Tercera premisa: Esta consagración de la vida humana es sin restricciones ni limitaciones, es decir, es una protección absoluta.

Durante la discusión de este asunto, los señores Ministros integrantes de la mayoría expusimos las diversas razones que nos apartaban de la propuesta formulada por el señor Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano y, establecido el sentido de la votación, el señor Ministro José Ramón Cossío Díaz elaboró el engrose, en el que se reconoce la validez de la reforma cuestionada.

Por tales motivos, en el presente documento me ocuparé de exponer, en primer lugar, la técnica de interpretación constitucional que me apartó del proyecto presentado por el señor Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano; en segundo lugar, el análisis dogmático de la reforma penal en cuestión, que me persuadió de votar con la mayoría.

## **II. Razones de hermenéutica constitucional en que se sustenta mi voto**

Durante la discusión de este asunto, me encaminé a dar respuesta a las tres premisas del proyecto presentado por el señor Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, así como a desprender una serie de interrogantes que conlleva, de lo cual advertí que enfrentábamos un problema de técnica constitucional de notoria relevancia y, por qué no decirlo, de enorme novedad, respecto al cual expondré mi particular enfoque.

Con relación a la primera premisa, es decir, que la Constitución consagra el derecho a la vida humana, el proyecto aceptaba que no existía norma constitucional que de manera expresa contemplara ese derecho, pero que éste se infería de los artículos 1o., 14 y 22 constitucionales, así como de una interpretación conjunta y sistemática de todas sus disposiciones.

Sin embargo, estimo que para determinar lo que la Constitución en realidad tutela, es necesario hacer referencia no sólo a lo que nuestra Carta Magna dispone en su texto, sino también a lo que ésta sustenta, si bien no en forma expresa, sí de manera implícita. Me explico.

En primer lugar, es necesario hacer la siguiente precisión: el sistema que adopta la Constitución Mexicana para consagrar los derechos subjetivos públicos, a diferencia del que se adopta en otras constituciones, no consiste en realizar declaraciones abstractas: no es posible encontrar en la Constitución una consagración del derecho a la vida, o una consagración del derecho de propiedad, o una proclamación de la seguridad jurídica, etcétera.

El sistema en nuestra Carta Magna es diverso. Consiste en impedir, limitar o condicionar la actividad del Estado en situaciones específicas, expresamente señaladas en la Constitución, para salvaguardar, de esta manera, lo que en la Constitución de 1857 se denominaron "derechos del hombre", que no son sino valores abstractos que ni aquella Constitución ni la vigente enumeran, sino que los dan por supuestos por ser naturales, como varios Constituyentes lo manifestaron desde el siglo XIX. La noción general de "derechos fundamentales" obedece a que su fuente es la propia norma fundamental, que es la Constitución, pero en el caso mexicano no pretenden ser garantías de aquellos valores que en general y de manera abstracta se consideran como tales, sino sólo los referidos a los casos específicos establecidos en la propia Constitución.

El Constituyente, tanto en 1857 como en 1917, no pretendió garantizar todos los derechos del hombre, hoy denominados "derechos humanos", sino sólo ordenar su respeto ante situaciones que en forma expresa se previeron en su texto. Esas situaciones eran las que surgían de la experiencia histórica, aquellos valores que con más frecuencia se violaron o infringieron. Esos son los que protegieron a través de la Constitución.

Así, por ejemplo, cuando el Constituyente decide eliminar la pena de muerte, le es suficiente prohibirla en el artículo 22 constitucional y suprimir la palabra "vida" en el artículo 14, sin necesidad de hacer declaración alguna respecto al derecho a la vida.

Es importante destacar que la Constitución protege los valores a que se refería la Constitución de 1857, y se encuentran

implícitos en la de 1917, a través de normas que condicionan, limitan o impiden la actividad del Estado en las diversas hipótesis que prevén. En el caso de la propiedad, por ejemplo, inciden estos tres tipos de normas: la condición, consistente en que sólo se prive de la propiedad mediante juicio previo en el que se sigan todas las formalidades del procedimiento (artículo 14); la limitación, que no se afecte la propiedad si no es por causa de utilidad pública y mediante pago de indemnización (artículo 27), y la prohibición de imponer una multa excesiva y la confiscación de bienes (artículo 22).

Al ya quedar sentado que la Constitución no postula de manera textual y expresa la gama de derechos fundamentales susceptibles de existir es preciso acudir a lo que la Carta Magna *no dice, pero que está implícito en ella*.

El artículo 1o. de la Constitución establece lo siguiente:

"En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. ..."

Es indispensable remarcar el primer enunciado: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución". La Constitución se refiere a "garantías", pero no brinda información sobre lo que está garantizado, tampoco frente a quién se garantiza. Estimo que ese es un concepto en apariencia incompleto, que tiene su explicación en la historia de nuestro derecho constitucional, historia a la cual me referiré más adelante.

La doctrina soluciona esta interrogante cuando afirma, en términos generales, que el vocablo "garantías" está mal empleado, porque la garantía es el juicio de amparo, lo cual no comparto, porque la Constitución se refiere a garantías de carácter sustantivo, no procesal.

Si la Constitución establece que, "Todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución", y si lo que otorga esta Constitución son garantías, pregunto, ¿qué es lo garantizado? La respuesta está expresada en el artículo 1o. de la Constitución de 1857:

"El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara: que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución."

En dicha Constitución quedaba claro qué era lo garantizado y qué eran las garantías individuales. Lo garantizado eran los derechos del hombre, los cuales son valores abstractos, y las garantías eran las disposiciones para protegerlos en las situaciones concretas y determinadas que la misma establece.

Es muy importante referirse al debate parlamentario que sostuvo el Constituyente de 1857 respecto a este artículo, porque del debate se desprenden las objeciones que se le hicieron a ese precepto y cuál es la naturaleza y alcances que el Constituyente quiso darle.

En primer lugar, es preciso referirse a la intervención en contra de este artículo de don Ignacio Ramírez, "El Nigromante",

quien después fue Ministro de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, intervención que fue, a mi juicio, de las más relevantes del Congreso Constituyente de 1857.

Don Francisco Zarco refiere lo siguiente en su *crónica*:<sup>1</sup>

"El señor Ramírez (D. Ignacio) ataca la primera parte del artículo, porque cree que antes de decir que los derechos del hombre son la base de las instituciones sociales, se debe averiguar y definir cuáles son esos derechos: ¿Son acaso los que concede la misma Constitución? ¿O los que derivan del evangelio y del derecho canónico? ¿O los que reconocieron el derecho romano y la Ley de Partida? El orador cree que el derecho nace de la ley, porque lo mismo importa mucho fijar cuál es el derecho, y observa que los más importantes, como el de la vida, se confunden en el proyecto con garantías secundarias, como la de que a nadie se le saquen sus cartas del correo, resultando de esta confusión una verdadera redundancia.

"Observa que el proyecto se olvida de los derechos más importantes, que se olvida de los derechos sociales de la mujer."

Estimo que el discurso de don Ignacio Ramírez se adelanta más de cien años a su época, porque subraya que no deben olvidarse los derechos sociales de la mujer. Don Ignacio Ramírez agrega:

---

<sup>1</sup> Zarco, Francisco. *Historia del Congreso Constituyente de 1857*. Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana. México, 1987. Páginas 18 ss.

"... no piensa en su emancipación, ni en darle funciones políticas, y tiene que explicar sus intenciones en este punto para evitar que la ignorancia abuse de sus palabras, dándoles un sentido exagerado. Pero observa que en el matrimonio la mujer es igual al varón y tiene derechos que reclamar, que la ley debe asegurarle. Atendida en su debilidad, es menester que la legislación le conceda ciertos privilegios y prerrogativas, porque antes que pensar en la organización de los poderes públicos, se debe atender al buen orden de la familia, base verdadera de toda sociedad. Deplora que por una corruptela de nuestros tribunales, pasen como una cosa insignificante los casos de sevicia, cuando no se prueba una gran crueldad, y el caso es, que muchas desgraciadas son golpeadas por sus maridos. Esto es tan vergonzoso en un pueblo civilizado que en pueblos casi bárbaros como en el Indostán, por ejemplo; hay una ley que dice: 'No pegues a la mujer ni con una rosa'.

"Nada se dice de los derechos de los niños, de los huérfanos, de los hijos naturales, que faltando a los deberes de la naturaleza, abandonan los autores de sus días para cubrir o disimular una debilidad. Algunos códigos antiguos duraron por siglos, porque protegían a la mujer, al niño, al anciano, a todo ser débil y menesteroso, y es menester que hoy tengan el mismo objeto las Constituciones, para que dejen de ser simplemente el arte de ser diputado o el de conservar una cartera."

A mi juicio, esta intervención es una de las más progresistas del Congreso Constituyente de 1856.

Respecto a la participación de don Ignacio Ramírez, otros diputados constituyentes hicieron el uso de la palabra, como

el señor León Guzmán, quien en su disertación revela cuál era el sentido de la expresión "derechos del hombre":

"Confiesa que el señor Ramírez pone a la comisión en tortura, porque no puede contestar a todas sus preguntas y objeciones, y porque parece no creer en la ley natural, y así acaso no aceptará las respuestas que en ella se funde. Por esto se va a valer de hechos.

"El señor Ramírez no negará que el hombre es un ser eminentemente libre y eminentemente social; que al reunirse los hombres en sociedad, convienen sacrificar un poco de su libertad natural para asegurar la demás, y que esta parte de libertad que se reservan todos los individuos, es lo que constituye el derecho del hombre en sociedad, y asegurar este mismo derecho debe ser el fin de las Constituciones y de todas las leyes; y así la comisión ha tenido razón para decir, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales."

Pienso que es claro que el Constituyente de 1857 adoptó una posición *iusnaturalista*, en particular, un *iusnaturalismo* de corte racionalista.

Por su parte, don Ponciano Arriaga dio contestación al discurso de don Ignacio Ramírez en los siguientes términos:

"Replica al señor Ramírez que los derechos no nacen de la ley, sino que son anteriores a toda ley, el hombre nace con ellos. El derecho de la vida, el de la seguridad, etcétera, existen por sí mismos, y a nadie ha ocurrido que se necesite una ley que conceda a los niños el derecho de mamar, y a los hombres todos el de alimentarse para vivir."

De este discurso es posible advertir que el Constituyente de 1857 concluyó que los derechos del hombre son anteriores al Estado y que el Estado sólo los reconoce como tales.

Por último, don Ignacio Vallarta, quien a la postre sería presidente de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, realizó la siguiente crítica:

"Califica de inexacta la redacción [del artículo 1o. constitucional], porque no es 'el pueblo', sino sus representantes quienes reconocen los derechos del hombre, y cree que sólo pudiera usarse el nombre del 'pueblo' en el caso de que realmente la Constitución fuera ratificada por el pueblo, como sucedió en los Estados Unidos.

"Quiere que la Constitución sólo contenga disposiciones preceptivas, mandatos imperativos, sin formular principios teóricos y abstractos, ni verdades científicas.

"...

"Cree además inútil que el artículo imponga deberes a todas las autoridades, cuando los artículos siguientes limitan las atribuciones de todos los funcionarios."

Así continúa la discusión, de la cual es posible desprender que en realidad esta concepción de derechos del hombre se refiere a valores de carácter abstracto, por lo que el Constituyente de 1857 adoptó una posición *iusnaturalista* al estimar que los derechos del hombre derivan de la propia naturaleza del hombre y que, por lo tanto, no tiene que enunciarlos.

No quiero desaprovechar la oportunidad de citar una última crítica que Ramón Rodríguez,<sup>2</sup> constitucionalista de la época, realizó en torno al citado artículo 1o. constitucional, en la que sostiene que:

"Este artículo pudo y debió haberse omitido.

"Su primera parte no es más que la noticia de lo que el pueblo mexicano reconoce; y es indebido dar noticias bajo la forma de artículos constitucionales. El lugar oportuno para tal efecto, son las gacetillas de los periódicos.

"No es de presumirse que se haya querido imponer a todos la obligación de creer el principio, que el pueblo mexicano reconoce respecto de los derechos del hombre, porque esto sería comenzar por incurrir en la más grosera contradicción, asegurando que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, e infringiendo desde luego, el más sagrado e inviolable, el de libertad del pensamiento, con el hecho de obligar a creer una cosa determinada.

"Si esta primera parte del artículo 1o. se quiere considerar como una razón para fundar la segunda o como una premisa de que se deduzca la consecuencia consignada enseguida, su existencia es también injustificable, porque las leyes no deben contener razonamiento ni premisas, sino preceptos claros y precisos.

"Hay que tener además en cuenta que la declaración que se hace en la segunda parte del artículo, no es una consecuen-

---

<sup>2</sup> Rodríguez, Ramón. *Derecho constitucional*. 1a. reimpresión. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1978. Páginas 294-296.

cia de la primera. En ésta se dice que los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales. La consecuencia lógica que de esto podría deducirse, sería que las leyes y autoridades deben respetar y sostener los derechos del hombre y no sólo las garantías que la Constitución otorga.

"Suponiendo que esta deducción fuera lógica, ella no importa más que una declaración de que los funcionarios públicos deben cumplir los preceptos constitucionales en la parte que les incumbe.

"Esta declaración es innecesaria, porque las leyes se dan con el único y exclusivo objeto de que sean cumplidas, y sería la más ridícula extravagancia advertir, al dar una ley, que se da para que se cumpla.

"Por consiguiente, el artículo 1o. de la Constitución, sobre ser poco o nada lógico, es redundante e inútil.

"Por regla general es inconveniente y peligroso el que las leyes contengan artículos, pensamientos o palabras que no sean absolutamente necesarios para consignar el precepto que establecen, pero en México, son mucho mayores esos inconvenientes y peligros.

"Las imaginaciones ardientes de los mexicanos, su ingenio penetrante y agudo y su notoria inclinación a los ardidés y combinaciones artificiosas de ideas y de palabras para sostener sus pretensiones, les induce comúnmente a explotar las palabras, las ideas, y no pocas veces, hasta las letras y puntuación de las leyes, para darles aun cuando se incurra en un absurdo, el sentido o interpretación más conveniente a sus deseos.

"Nuestros funcionarios públicos suelen desgraciadamente resentirse de las mismas debilidades e incurrir en los mismos lamentables extravíos.

"Más de una vez he visto que personas respetables sostienen y defienden verdaderos despropósitos, aprovechando con habilidad notoria palabras inconducentes, que por desgracia abundan en nuestras leyes, o combinaciones tan ingeniosas como injustificables, de las más claras, terminantes y precisas. Por tales razones, me he visto precisado a manifestar con entera franqueza, que el art. 1o. de nuestra Constitución es enteramente redundante e inútil: no contiene ningún precepto positivo, y debe considerarse, simple y únicamente, como una especie de preámbulo e introducción, sin relación ninguna con los preceptos establecidos por la Ley Constitucional a que da principio.

"Ojalá no llegue un día en que este inconducente artículo no sirva para sostener alguna pretensión descabellada."

Este recorrido por la historia de nuestro derecho constitucional explica por qué en la Constitución de 1917 desapareció esta parte del artículo 1o., y por qué el actual comienza con la mención de "garantías", pero sin aludir qué garantiza, lo cual no puede ser otra cosa que los derechos del hombre a que se refería la Constitución de 1857, por lo que es posible concluir que la Constitución de 1917 también adoptó un corte *ius naturalista*.

Es importante manifestar que considero que la posición de los críticos del artículo 1o. constitucional no era del todo exacta, porque hoy acepta nuestro constitucionalismo que

en las Constituciones hay principios, valores y reglas; yo creo que bajo esta tónica es como debe interpretarse el artículo 1o. de nuestra Constitución. Ésta, por un lado, establece valores. ¿Cuáles? Los que en la Constitución de 1857 se denominaban "derechos del hombre", y que se consideraban como valores abstractos emanados en forma directa de la naturaleza del hombre, pero que en verdad constituyen principios y valores. Por otro lado, contiene reglas, que son las "garantías individuales".

Estimo que con base en esta dinámica, es decir, de esta interacción de principios y valores, de principios y normas, de valores y reglas, es como debe hacerse una correcta interpretación constitucional; por tal motivo, creo que no puede sostenerse que la Constitución mexicana no establezca como un valor constitucional el derecho a la vida; creo que eso no puede sostenerse, si partimos de la noción de que lo que las garantías individuales pretenden garantizar son justo esos valores.

Sin embargo, entre las reglas encontramos aquella como la prevista en el artículo 123, apartado A, fracción V, de la Constitución Federal que, en efecto, protege al producto de la concepción, pero en función de la mujer embarazada:

"Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

"El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

"...

"V. Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosa-mente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas poste-riores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y con-servar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos."

Según se advierte, la protección constitucional se dirige en forma directa a la mujer embarazada, como titular de un derecho subjetivo público y, como consecuencia, sólo de ma-nera indirecta, al producto de la concepción, de tal modo que dicho precepto constitucional no es adecuado para soste-ner que la Constitución tutela un derecho absoluto a la vida.

Por otro lado, creo que no hay una sola regla en el texto de la Carta Magna que establezca una protección directa al producto de la concepción, con independencia, o en contra, de la voluntad de la madre.

También, difiero de la afirmación de que este valor, deno-minado derecho a la vida que establece la Constitución, sea de carácter absoluto.

En una Constitución, cualquiera que ésta sea, no pueden preverse derechos absolutos, porque la propia naturaleza del régimen constitucional exige conciliar una serie de valores que no necesariamente son compatibles.

El orden constitucional se forma con un equilibrio entre libertad y poder; si se privilegia el poder, se resta libertad; si se privilegia la libertad, se resta poder. Asimismo, estimo que el régimen constitucional consiste en un equilibrio entre valores que son antagónicos, que no son del todo compatibles, por ejemplo, el valor de libertad puede entrar en conflicto con el valor de la seguridad pública. Así, una persona que aún no recibe sentencia, debe permanecer privada de su libertad, en prisión preventiva, porque se le acusa de un delito, que por la pena o las circunstancias de comisión no admite fianza, y se le dictó auto de formal prisión. En este caso, resulta necesario preguntar: ¿Cómo es posible que una persona, a la que no se le ha dictado sentencia permanezca privada de su libertad? Precisamente por este equilibrio entre dos valores antagónicos. Por una parte, los derechos del procesado y, por otra, la seguridad pública.

Como éste, podemos encontrar muchos ejemplos en la Constitución, en los cuales se propugna por un equilibrio entre valores, y uno de estos valores es el relativo a la vida humana, el cual puede entrar en conflicto con otros valores, también constitucionales, como la libertad de la mujer a decidir sobre su cuerpo, el no imponerle una maternidad que no decidida por ella, entre otros.

Cuando los valores enunciados entran en conflicto con el valor de la vida, el legislador debe resolver y ponderar cuál de los dos valores es el que predomina. En la mayoría de los códigos, el conflicto de valores se resolvía en favor del no nacido, salvo en casos de excepción. En la actualidad, la legislación del Distrito Federal establece otro tipo de solución: hasta antes de la decimosegunda semana de la implanta-

ción del embrión en el endometrio es la madre quien decide; a partir de la décimo segunda semana es la ley la que protege al producto de la concepción.

Bajo mi perspectiva, la solución a estos conflictos de intereses, de valores constitucionales, le corresponde al legislador ante la imposibilidad de que el Constituyente Permanente conozca de antemano la gama de conflictos que pueden presentarse y analice cada caso concreto.

Por otro lado, no existe una sola regla constitucional, una sola garantía constitucional, que obligue al legislador a penalizar conductas de particulares, de tal modo que no constituye una infracción a la Carta Magna la falta de penalización de la interrupción del embarazo antes de la doceava semana, contada a partir de la implantación del embrión en el endometrio, ni mucho menos la reducción de la pena establecida para la conducta que sí constituye delito.

Al ser así, y por estas razones de hermenéutica constitucional, con independencia de cuál sea mi opinión personal respecto a la reforma, debo manifestar que no encuentro motivo alguno de inconstitucionalidad en ella, puesto que se trata de una despenalización, por decirlo de alguna manera, que no infringe regla alguna, ni los valores que establece la Constitución, porque ninguna regla obliga al legislador a penalizar conductas de particulares.

Habiendo dejado sentado cuál es el método de interpretación constitucional que considero adecuado para abordar el problema planteado, me referiré ahora al análisis dogmático de la reforma penal en cuestión, y las conclusiones que obtengo de él.

### **III. Análisis de la reforma a los artículos 144 al 147 del Código Penal para el Distrito Federal, bajo una perspectiva penal y constitucional**

Una de las grandes incógnitas que quedan por resolver en las acciones de inconstitucionalidad que nos plantearon, consiste en determinar el bien jurídico tutelado en los delitos de "aborto voluntario" y el aborto forzado, producto de la reforma del 26 de abril de 2007, pues su determinación constituiría el eje a partir del cual podrían analizarse tales delitos bajo una perspectiva penal y constitucional.

Para resolver esta incógnita estimo necesario, en primer lugar, hacer un análisis comparativo entre el delito tipificado antes y después de la reforma, así como los motivos que brindó el legislador para proceder a la reforma de mérito, y después efectuar un estudio dogmático de los delitos en vigor y así estar en condiciones de calificar los conceptos de invalidez propuestos.

#### **A. Marco teórico**

##### **a) Análisis comparativo del bien jurídico tutelado, antes y después de la reforma**

*i) Antes de la reforma de veintiséis de abril de dos mil siete.*

El artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal disponía en forma textual lo siguiente:

## "Título primero

"Delitos contra la vida y la integridad corporal.

"...

## "Capítulo V

"Aborto

"Artículo 144. Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo."

Este tipo penal estaba inserto en el título primero, denominado "Delitos contra la vida y la integridad corporal". Tal denominación permite un primer acercamiento a los bienes jurídicos tutelados: la vida e integridad corporal.

La doctrina que imperaba antes de la reforma sostenía que aborto es la muerte del feto dentro del seno materno como consecuencia de su provocada expulsión, cuando por las características del feto (su inmadurez), tal ha sido el medio seleccionado para matarlo.

Esto significa que la mayoría de los doctrinarios coincidían en que el aborto, antes de su reforma, protegía la vida del feto. La prohibición era para que no se realizaran conductas que atentaran contra el todavía no nacido, pero con derecho a nacer, de tal forma que se le prive de la vida o del derecho a tenerla aun antes de su nacimiento.

Los tratadistas consideraban más apropiado designar al delito como feticidio, en razón de que el objeto doloso de

la maniobra abortiva no era otro que el de atentar contra la vida en gestación para evitar la **maternidad**.<sup>3</sup>

Otra es la opinión de Porte Petit, para quien la vida del producto es, en efecto, el bien jurídico que se **resguarda**.<sup>4</sup>

Por su parte, Virgilio Ruiz Rodríguez expresa que el objeto material del delito de aborto es el mismo producto de la concepción. Y el bien jurídico tutelado es la vida del **producto**.<sup>5</sup>

Por otro lado, la Suprema Corte había sostenido que los bienes jurídicamente protegidos por la norma eran la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad de la mujer, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad.

Resultan interesantes los criterios aislados de la Primera Sala:

"Sexta Época

"Instancia: Primera Sala

"Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

"Segunda Parte, IX

"Página: 9

"ABORTO.—De acuerdo con el artículo 329 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, vigente en el

---

<sup>3</sup> González Quintanilla, José Arturo. *Derecho penal mexicano*. Ed. Porrúa. México, 2004. Página 715.

<sup>4</sup> Barraza, Eduardo. *Aborto y pena en México*. Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2003. Páginas 56-57.

<sup>5</sup> Ruiz Rodríguez, Virgilio. *El aborto. Aspectos: jurídico, antropológico y ético*. Ed. Universidad Iberoamericana. México, 2002. Página 52.

Estado de Baja California, aborto es la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez. Así pues, tratándose de la figura delictiva que define dicho precepto y que los tratadistas consideran más apropiado designar como delito de feticidio, en razón de que el objeto doloso de la maniobra abortiva, no es otro que el de atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad, los bienes jurídicamente protegidos al través de la sanción, son: la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad en la mujer, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad. Para la integración del delito, no interesa cuál haya sido el vehículo de la muerte del producto de la preñez y para el objeto de la tutela penal no interesan las maniobras de expulsión o de extracción o de destrucción del huevo, embrión o feto, ya que la consecuencia de muerte, es el fenómeno importante.

"Amparo directo 4709/57. Salvador Sepúlveda Holguín. 19 de marzo de 1958. Cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne."

"Quinta Época

"Instancia: Primera Sala

"Fuente: Informes

"Informe 1952

"Página: 13

"ABORTO, DELITO DE (LEGISLACIÓN DE OAXACA).— La represión de este delito tiende a la protección de un futuro ser humano, tutelando al propio tiempo la salud de la madre, puesta en grave peligro por las maniobras abortivas. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 393 del Código Penal

del Estado de Oaxaca, si el infractor ejerce violencia física sobre la víctima, conociendo su estado de gravidez, configura con tal proceder el ilícito de aborto.

"Amparo directo 2812/41. Felipe Olivera Javier. 11 de febrero de 1952. Mayoría de tres votos. Disidentes: José María Ortiz Tirado y Luis G. Corona. Ponente: Teófilo Olea y Leyva. Secretario: Enrique Padilla C."

### *ii) Sistema actual*

En la actualidad, el aborto aún constituye un delito y, por ende, puede sostenerse que persiste el interés primigenio del legislador de sancionarlo; asimismo, continúa inserto dentro del título relacionado con los delitos contra la vida e integridad corporal.

El trabajo legislativo de la reforma que ahora nos ocupa hace hincapié en las razones por las cuales, durante las doce primeras semanas, no es punible el aborto, las cuales estimo innecesario transcribir, pero que se resumen en lo siguiente:

- Hasta antes de la reforma, las mujeres no podían decidir sobre su cuerpo, haciendo evidente que los derechos alcanzados por ellas aún eran muy limitados.
- Por lo tanto, el aborto es un acto que debe ser de preferencia responsabilidad de las personas involucradas, esto es, de las mujeres, porque es su cuerpo y su derecho a decidir qué hacer con él.
- Al despenalizar el aborto se protege a la mujer y se evita en mayor proporción que pongan en riesgo su vida y su salud.

- Se reconoce que la mujer tiene derecho de decidir sobre su maternidad y que es necesario proteger su salud e integridad física y emocional.
- Se les reconoce a las mujeres el derecho de definir su proyecto de vida, como modo de hacer efectivo el derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- El propósito de la reforma es garantizar el derecho de la mujer a decidir de manera libre y responsable sobre su cuerpo, en relación con el número y espaciamiento de sus hijos. Esto es, se parte del derecho que tienen las mujeres a la autodeterminación sobre su cuerpo.

De lo anterior se advierte que como consecuencia de la reforma al artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal, la despenalización de la interrupción del embarazo hasta la doceava semana propugna por tutelar el derecho de la mujer a decidir: a) sobre su propio cuerpo, b) sobre su maternidad, c) sobre su vida, y d) sobre su salud física y emocional.

Después de ese periodo, la conducta continúa penalizada como aborto, ya sea que se produzca de manera voluntaria por la madre, en lo individual, o con la participación de otro, o bien, que sea un aborto forzado provocado por un tercero.

Toda vez que la reforma de mérito gira en torno a la despenalización en el plazo indicado, se infiere que la preservación del tipo, aun con un cambio de lenguaje, aún tutela los mismos bienes jurídicos de antaño, pero con ciertos matices, a saber:

- **La vida del producto de la concepción** (en el aborto voluntario y en el aborto forzado, pero en este último sólo después de las doce semanas de la implantación del embrión en el endometrio, ya que antes de ese término la mujer tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo).

- **El derecho de la mujer a la maternidad** (en especial tratándose del aborto forzado, porque este último puede ocurrir en cualquier tiempo).

En el caso del aborto voluntario queda claro que el bien jurídico tutelado sólo es la vida del producto de la concepción, pues se ha extinguido el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo. Además, resultaría un contrasentido que la ley contemplara a la mujer embarazada como sujeto activo del delito que atentara a un bien jurídico propio.

En el caso del aborto forzado es preciso recordar que sólo para efectos de su despenalización (durante las doce primeras semanas del embarazo), es posible sostener que prevalece el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo y fecundidad, el cual **se extingue transcurrido ese lapso**, a partir del cual es necesario tutelar otro interés, el cual el legislador no descartó de manera expresa con motivo de la reforma. De hecho, si así lo hubiera decidido, entonces habría despenalizado el aborto por completo.

No puede olvidarse que el delito de aborto se encuentra inserto en el título primero del libro segundo del Código Penal para el Distrito Federal, intitulado "Delitos contra la vida y la integridad corporal", bienes jurídicos que pueden corresponder al ser en formación o a la madre, según el tiempo y las circunstancias en las cuales ocurra el delito.

Lo anterior de algún modo se corrobora con el trabajo legislativo que dio lugar a las reformas en cuestión.

a) Dictamen de comisiones:

"... estas Comisiones Unidas estiman que la propuesta de reforma al artículo 145 del Código Penal para el Distrito Federal que fue realizada por el diputado Armando Tonatiuh González Case no es atendible, dado que pretende despenalizar de manera absoluta la interrupción del embarazo causada por terceros, siempre que éstos cuenten con el consentimiento de la mujer embarazada, sancionando únicamente el aborto sufrido, lo que se traduciría en una desprotección incondicionada de la vida en gestación, que es un bien constitucionalmente reconocido.

"...

"... Por lo que, atendiendo al principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, se correría el riesgo de que conductas que coartaran el derecho de las mujeres a llevar a término su embarazo quedaran impunes. Además, no se justifica la reducción de la pena que se propone cuando el aborto es causado sin el consentimiento de la mujer embarazada y sin violencia, que bajaría la pena actual de cinco a ocho años de prisión a la de uno a tres años de prisión, ya que pasa por alto que tratándose del aborto la ley penal no sólo sanciona la afectación de la vida en gestación, sino que de manera destacada castiga la vulneración de derechos constitucionalmente protegidos, cuya titularidad corresponde a la mujer embarazada, como lo son la libertad reproductiva y el derecho a la maternidad libre y consciente, que se encuen-

tran reconocidos en el párrafo segundo del artículo 4o. de la Constitución Federal."

Por lo tanto, con base en una interpretación histórica, genética, lógica y sistemática de las normas reformadas, concluyo que tanto los delitos de aborto voluntario como necesario tutelan, con ciertos matices, la vida del ser en formación y el derecho de la mujer a la maternidad, y que no deben confundirse tales bienes jurídicos con los motivos que se tuvieron para despenalizar el aborto.

### **b) Análisis dogmático del delito de aborto en términos de la legislación impugnada**

Resulta conveniente reiterar lo que dispone el Código Penal para el Distrito Federal, ya reformado:

"Libro segundo

"Parte especial

"Título primero

"Delitos contra la vida y la integridad corporal

"...

"Capítulo V

"Aborto

"Artículo 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

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

"Artículo 145. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.

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

"Artículo 146. Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.

"Para efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión."

"Artículo 147. Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta."

"Artículo 148. Se consideran como excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto:

"I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este código;

"II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;

"III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada; o

"IV. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

"En los casos contemplados en las fracciones I, II y III, los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable."

La definición del delito de aborto que adopta el Código Penal es la interrupción del embarazo después de la decimosegunda semana de gestación y se sanciona de tres a seis meses de prisión, o de cien a trescientos días de trabajo en favor de la comunidad.

Con anterioridad a la decimosegunda semana de gestación, la interrupción del embarazo en términos jurídicos no

se considera aborto y, en consecuencia, no está penalizado, lo que sí acontece después de dicho periodo si no se está en el supuesto de alguna de las causales excluyentes de responsabilidad.

De la lectura de los artículos 144 a 147 del Código Penal para el Distrito Federal, podemos sostener que el legislador ha creado dos tipos de aborto: el aborto "*consentido o voluntario*" (artículos 144 y 145) y el aborto forzado (artículos 146 y 147), mejor conocido en la doctrina como "aborto sufrido".

## **Aborto voluntario:**

### **1. Elementos objetivos:**

a) Conducta: Es un delito de acción, porque para su perpetración exige la realización de movimientos corpóreos o materiales, consistentes en las maniobras que se practican sobre la mujer embarazada, para producir la interrupción del embarazo.

b) Resultado: No es un delito de peligro sino de resultado, porque exige la interrupción del embarazo. No admite tentativa cuando el sujeto activo es la mujer (artículo 145, primer párrafo, último renglón). Cuando el sujeto activo es un tercero, no existe impedimento legal para que ésta se configure, en términos del artículo 20 del Código Penal para el Distrito Federal.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> "Artículo 20 (Tentativa punible). Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico

De manera ordinaria, es un delito de ejecución instantánea, aunque cabe la posibilidad de que sea un delito continuo en el caso en que se suministre a la mujer, cada día, sustancias con el objeto de que interrumpa su embarazo.

c) Sujeto activo: La mujer embarazada o un tercero. El tipo penal no exige calificación en el sujeto; sin embargo, cuando el delito lo comete un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, se prevé la pena adicional de suspensión en el ejercicio de la profesión u oficio.

d) Bien jurídico tutelado: Como se demostró, el bien jurídico protegido es la vida del ser en formación. En ese momento, ha desaparecido el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo y fecundidad.

e) Sujeto pasivo: Si sostenemos que el bien jurídico protegido es la vida del ser en formación, sería muy complicado afirmar que el feto es el titular del mismo y, por ende, el sujeto pasivo, pues ello llevaría a sostener que se trata de una persona, conclusión que es muy discutible. Sin embargo, tampoco es sencillo sostener que se trata de la madre, *pues el delito se comete por la mujer embarazada o por un tercero con el consentimiento de esta última*. Quedarían como opciones la sociedad, que tutelaría un interés demográfico o moral, o el padre, quien tendría derecho a la descendencia.

---

tutelado.". En adición, la Primera Sala de esta Suprema Corte sostuvo durante la Quinta Época que era sancionable el aborto tanto consumado como tentado, lo que admite al dolo eventual o indirecto y el preterintencional, siendo el bien jurídicamente protegido la vida del producto de la concepción en cualquiera de sus etapas. Puede consultarse la tesis identificable bajo el rubro: "ABORTO. NATURALEZA Y ESTRUCTURACIÓN DEL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ)."

f) Objeto material: Lo constituye el feto o "la vida humana dependiente o integrante del cuerpo de la mujer", de acuerdo con la percepción y apreciación del legislador durante la elaboración de la ley.

Lo anterior trae como consecuencia que si no existe el embarazo, estaríamos en presencia de un delito imposible por falta de objeto.

g) Medios de comisión: Cualquier instrumento, clínico o no, que pueda producir la interrupción del embarazo.

h) Circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión: De tiempo, pues sólo existe el delito después de la doceava semana de embarazo, lo que significa que sólo se protege el bien jurídico a partir de ese momento.

## **2. Elementos subjetivos:**

a) Dolo: Éste se exige para la configuración del delito, lo que implica que se requiere la voluntad y conciencia del agente de dar muerte al producto de la concepción.

b) Culpa: De acuerdo con el artículo 19 del Código Penal para el D.F., los delitos culposos sólo serán punibles en los casos expresamente señalados por la ley, y en el tipo penal en estudio no se sanciona el delito cometido con culpa de la mujer embarazada (artículo 148, fracción IV) o, inclusive, de terceros.

Por lo tanto, si se da el resultado por imprudencia o ausencia de conciencia y voluntad, éste no es sancionable.

c) Elementos subjetivos diferentes del dolo: No se advierten en el tipo.

### **3. Elementos normativos de valoración:**

a) Cultural: No se advierten en el tipo.

b) Legal: No se advierten en el tipo.

c) Científica: Los conceptos de "embarazo", "gestación" e "implantación del embrión en el endometrio".

### **Aborto forzado:**

#### **1. Elementos objetivos:**

a) Conducta: Es un delito de acción, porque para su perpetración exige la realización de movimientos corpóreos o materiales, consistentes en las maniobras que se practican sobre la mujer embarazada para producir la interrupción del embarazo.

b) Resultado: La interrupción del embarazo. No existe impedimento legal para que sea punible la tentativa en términos del artículo 20 del Código Penal para el Distrito Federal.

Ordinariamente, es un delito de ejecución instantánea, aunque cabe la posibilidad de que sea un delito continuado en el caso en que se suministre a la mujer, cada día, sustancias con el objeto de que interrumpa su embarazo.

c) Sujeto activo: Cualquier persona diferente a la mujer embarazada. El sujeto puede ser calificado, como un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, pero no lo exige la redacción del tipo.

d) Bien jurídico tutelado: En todo momento, el derecho de la mujer a la maternidad, pero si el delito se comete después de la doceava semana de gestación, el bien jurídico es la vida del ser en formación.

e) Sujeto pasivo: Puesto que se trata del aborto practicado en contra de la voluntad de la mujer embarazada, es posible sostener con claridad que ella es la titular del bien jurídico protegido y que, por tanto, el sujeto pasivo es esta última. Sostener que es el feto, implicaría darle el calificativo de persona o admitir que los sujetos pasivos no necesariamente deben reunir esta última condición.

f) Objeto material: El feto o "la vida humana dependiente o integrante del cuerpo de la mujer".

g) Circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión: La interrupción del embarazo puede presentarse en cualquier tiempo.

h) Medios de comisión: Cualquier instrumento, clínico o no, que pueda producir la interrupción del embarazo.

i) Calificativas o modificativas: La violencia física o moral.

## 2. Elementos subjetivos:

a) Dolo: Lo exige el tipo penal.

b) Culpa: De acuerdo con el artículo 19 del Código Penal para el D.F., los delitos culposos sólo serán punibles en los casos expresamente señalados por la ley, y en el tipo penal en estudio no se sanciona el delito culposo.

c) Elementos subjetivos diferentes del dolo: No se advierten en el tipo.

### 3. Elementos normativos de valoración:

a) Cultural: No se advierten en el tipo.

b) Legal: No se advierten en el tipo.

c) Científico: Los conceptos de "embarazo", "gestación", e "implantación del embrión en el endometrio".

## B. Conceptos de invalidez

Establecida mi postura dogmática sobre los elementos de los tipos penales del aborto voluntario y forzado, expongo mi criterio en torno al concepto de invalidez que se contesta en el considerando séptimo del proyecto, relacionado con la violación al principio de exacta aplicación de la ley penal.

### a) Postura que proponía el primer proyecto de sentencia

El primer proyecto sometido a la consideración del Tribunal Pleno estimaba que la expresión "interrupción del embarazo" viola el principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, previsto en el artículo 14 constitucional, ya que "... es

ambigua y no describe de manera clara y precisa la conducta susceptible de ser sancionada".

Al respecto, el proyecto sostenía que esa definición era tan amplia que podía llevar a sancionar, inclusive, aquellas interrupciones del embarazo que no tengan como resultado la muerte del producto de la concepción, por ejemplo, una cesárea a los seis o siete meses de embarazo, situación que provoca incertidumbre para los justiciables y abre la puerta a la arbitrariedad de las autoridades que aplicarán la norma.

No concuerdo con esa apreciación, porque la misma descuida el análisis dogmático de los delitos de aborto voluntario y aborto forzado, en especial de cuatro elementos objetivos del tipo que deben entenderse de manera armónica, como la conducta, el resultado, el bien jurídico tutelado y los medios de comisión del delito.

Tal como lo asenté, bajo mi perspectiva, los bienes jurídicos en estudio son, con ciertos matices, la vida del ser en formación y el derecho de la mujer a la maternidad, de tal modo que si una interrupción del embarazo no atenta contra tales bienes jurídicos, no se actualiza el delito. Así lo corrobora el artículo 4o. del Código Penal para el Distrito Federal, el cual dispone:

"Artículo 4o. (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal."

Así, la conducta, consistente en la acción de "interrumpir el embarazo", no debe entenderse de manera aislada, sino concatenada con el resultado, que debe consistir en el atentado al bien o bienes jurídicos protegidos. En este sentido, una interrupción del embarazo no tiene relevancia para el derecho penal si no lacera el bien jurídico protegido.

Los accionantes sostienen que la redacción de la norma es tan ambigua que podría interpretarse que una cesárea actualiza el tipo penal de aborto. Sin embargo, contrario a lo sostenido por ellos, tal supuesto no actualiza el referido delito, ni mucho menos demuestra falta de exactitud en la redacción del tipo. En efecto, no cualquier cesárea atenta contra los bienes jurídicos en juego. De hecho, de ordinario, tal operación quirúrgica se emplea para provocar el "nacimiento" que, como tal, se opone al concepto etimológico de aborto (de la voz latina *abortus*; *ab*, privación, y *ortus*, nacimiento).

Es cierto que la cesárea puede ser un medio de comisión del delito de aborto, de tal modo que sólo será relevante si con ella se atenta contra los bienes jurídicos tutelados. De otra manera, es posible que precisamente los ampare y, por lo tanto, no pueda pensarse en su punición. No podemos llevar la interpretación de la ley a conclusiones absurdas, como sería la de considerar delito a interrupciones de embarazos, no obstante que no tuvieran como resultado la muerte del embrión o feto.

En consecuencia, estimo que la lectura, interpretación y aplicación de las normas impugnadas no deben realizarse de manera aislada, sino armónica y en conjunción con los

propios principios jurídicos que prevé el artículo 4o. del Código Penal para el Distrito Federal y la teoría del delito. Por lo tanto, bajo mi perspectiva, los artículos 144 y 146 impugnados no son inconstitucionales.

**b) Mi postura en relación a los restantes conceptos de invalidez, relacionados con la violación al principio de exacta aplicación de la ley penal que no se abordaron en la propuesta original**

Además de las razones apuntadas, ambos accionantes sostienen que los tipos penales no son claros ni precisos, en los siguientes términos:

**i) La circunstancia de tiempo, consistente en "después de las doce semanas", no es fácil determinar con exactitud y la ley no previó de manera expresa un mecanismo, con el objetivo de que el médico determine ese plazo. Lo anterior es crucial para saber si la conducta en que incurre está penada o no.**

El proyecto propone declarar inconstitucional esa expresión. Manifesté al principio de este dictamen que no comparto las consideraciones que sustentan tal declaratoria, razón por la cual me permito expresar mis apreciaciones sobre este concepto de invalidez.

Me parece que determinar si se actualiza o no la exigencia de la ley es una cuestión de prueba pericial. En todos los delitos, los elementos del tipo deben ser demostrados, aun los de carácter normativo y de valoración científica. En el caso del periodo "doce semanas", se trata de una circunstancia de

tiempo, que forma parte de los elementos objetivos del tipo, la cual no escapa de la valoración de la prueba pericial a la luz del arbitrio judicial, como también sucede en aquellos tipos penales que exigen dicha circunstancia para actualizar el delito. Ahora bien, la ley sí establece un parámetro para contabilizarlo, consistente en "la implantación del embrión en el endometrio". Este último es un elemento normativo de tipo científico que deberá definir el Juez en cada caso concreto con base en las pruebas que obren en autos.

De cualquier modo, creo que en caso de duda el Juez podría acudir al principio *in dubio pro reo* para excluir de reproche a los sujetos activos.

**ii) El inicio del periodo a computar tampoco es claro. En el artículo 144 se hace referencia a la interrupción de la "gestación" y en el artículo 145 se hace referencia a la interrupción del "embarazo". Gestación tiene que ver con gestar y significa que la madre lleve y sustente en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto. Embarazo, en términos del artículo 144, inicia con la implantación del embrión en el endometrio.**

En mi opinión, el legislador empleó ambos términos como sinónimos. En este caso sí abogaría por una interpretación conforme. El diccionario define gestación como "embarazo y tiempo que dura". De acuerdo con el diccionario de la Real Academia, embarazo es el "estado en el que se halla la hembra gestante" y la gestación es el "embarazo o preñez".

Por lo tanto, no creo que el empleo de tales sinónimos viole el principio de certeza jurídica.

**iii) Aunque los artículos 145 y 146 aluden al "consentimiento", ninguno de ellos ofrece algún parámetro para evitar vicios en el mismo.**

Me parece que no es vocación de la norma penal establecer mecanismos para evitar los vicios en el consentimiento. Si hay una cuestión que debe demostrarse en todos los delitos es la existencia de la conducta; por lo tanto, la cuestión de los vicios es materia de prueba.

En este sentido, si se demostrara que no hubo consentimiento ante la presencia de una fuerza física o moral irresistible, de tal modo que hizo nugatoria la voluntad, entonces no se actualizaría el delito.

Si, por el contrario, se tomó una decisión, pero viciada, es preciso distinguir entre el aborto voluntario y el aborto forzado. En el primer caso, la mujer puede ser sujeto activo, y los engaños de los que fue objeto sólo trascenderían en la valoración de su culpabilidad, llegando a excluirla, a juicio del Juez, quien ponderará los alcances de los vicios.

No obstante, es una cuestión subjetiva e interna que deberá demostrarse a través de medios probatorios durante el proceso penal.

En cuanto al aborto forzado, la mujer siempre es el sujeto pasivo, por lo que no tiene trascendencia si existieron vicios del consentimiento o no.

En consecuencia, la falta de previsión de la circunstancia fáctica que invocan los accionantes no tiene por qué estar prevista en el tipo penal, ya que se trata de una cuestión que depende del caso concreto y que de alguna manera está prevista en el sistema, sobre todo en el rubro de la culpabilidad.

**iv) De imponer una pena mayor a quien ayude a una mujer a abortar, que a la mujer que decidió abortar, siendo que en la redacción anterior ambas penas eran idénticas. Por lo tanto, dichas penas no guardan congruencia con el bien jurídico protegido (el proceso de gestación).**

Éste es un argumento de razonabilidad de la ley penal. Para ello, es preciso acudir a los motivos que tuvo el legislador para reducir la pena en favor de la mujer, los cuales están transcritos en el proyecto a foja 592. Según se aprecia, si el legislador decidió prever el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo y fecundidad, despenalizando el aborto durante cierto periodo, entonces fue proporcional disminuir la pena cuando sea ella quien decida producirlo en forma voluntaria. El legislador sostiene de modo expreso que, "*... la reforma propuesta tiene un carácter ponderado que atiende al principio de razonabilidad, dado que la vida en gestación sigue recibiendo la protección de la ley penal, al tiempo que se garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer ...*"

La disminución de la pena tuvo una razón de ser, que consiste en la tutela, aun diluida, de los derechos de la mujer antes citados, con respecto a los cuales nadie más puede disponer. Para hacer esa distinción es que se prevén dos pe-

nas diferentes, una más grave que la otra: la más grave, imputable a un tercero, se aplica a quien lacere dos bienes jurídicos que tienen relación con la mujer y el producto de la concepción; en el segundo caso, la pena se atenúa porque no es un tercero quien interfiere en el proyecto de maternidad.

Por lo tanto, estimo que existen elementos para reconocer la constitucionalidad de este ejercicio de razonabilidad del legislador.

**v) Es contrario al principio de exacta aplicación la existencia de dos tipos penales: el denominado aborto voluntario y el aborto forzado.**

No se estima que la existencia de dos o más tipos penales puede traer consigo inseguridad jurídica, mientras se encuentren redactados en términos precisos. La Constitución no impone límites al legislador para crear el número de tipos penales que estime pertinente.

**vi) Como el aborto puede ocurrir después de las doce semanas, por ejemplo, en el cuarto, quinto o sexto mes, entonces en un parto prematuro necesario habrá nacimiento, pero también aborto.**

Estimo que ello no constituye violación al principio de certeza jurídica. Las nociones de "aborto" y "parto" tienen una connotación distinta y se excluyen entre sí. El primero es un delito doloso, el segundo es una circunstancia que tiene por vocación el nacimiento. El primero atenta contra el bien jurídico tutelado, en cambio el segundo no necesariamente.

**vii) Existe una contradicción interna entre los preceptos sustantivos que regulan el delito de aborto y las excluyentes de responsabilidad previstas en el artículo 148 del mismo código, pues en los primeros el bien jurídico tutelado es el proceso de gestación, mientras que el segundo se construyó con base en la protección de la vida.**

Los accionantes parten de la premisa incorrecta de que el bien jurídico tutelado es "el proceso de gestación" cuando queda demostrado que son la vida del producto de la concepción y el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad. Estos últimos principios también inspiran al artículo 148 del código en comento, que autorizan el aborto en casos tales como la violación o inseminación artificial, cuando de no practicarse el aborto la mujer corra peligro de afectación grave en su salud, o el aborto eugenésico, motivo por el cual se respetan las líneas generales de pensamiento del legislador en el sentido de tutelar al producto de la concepción y el derecho de la mujer a realizar un proyecto de vida específico.

**viii) Si se incurriera en el delito de aborto por interrumpir el embarazo durante el quinto mes y se causarían lesiones al producto, o bien, su muerte, estaríamos en presencia de un concurso ideal de delitos. Todo porque el legislador cambió el bien jurídico tutelado de manera incorrecta.**

Me parece que los accionantes confunden los motivos de la despenalización del aborto con los bienes jurídicos que aún tutela el Código Penal para el delito de aborto; por tanto, su concepto de invalidez parte de una premisa incorrecta.

Además, se hace depender la inconstitucionalidad del tipo de la mera especulación de que el legislador autorizó un posible "curso ideal", cuya actualización, por cierto, no sería inconstitucional, puesto que el Constituyente no prohíbe al legislador ordinario considerar reglas específicas para sancionar aquellos delitos que se cometen con una misma conducta.

Las razones expresadas en este documento me persuadieron a votar con el criterio de la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno y a reconocer la validez de la reforma en comento.



## **VI. VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS\***

---

### **1. Introducción**

**F**ormulo el presente voto concurrente, ya que si bien comparto el sentido de la resolución mayoritaria, por un lado, no comparto todas sus consideraciones y, por otro, estimo necesario dar respuesta a algunos argumentos de inconstitucionalidad aducidos por el presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en la acción de inconstitucionalidad 146/2007.

La litis en el presente asunto se centra en determinar si son o no constitucionales las normas generales contenidas en los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal; 16 Bis 6, párrafo tercero y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de

---

\* *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, marzo de 2009, p. 1570; IUS: 40170.

Salud, ambos ordenamientos para el Distrito Federal, los cuales se refieren —respectivamente— al delito de aborto, a la interrupción voluntaria del embarazo durante sus primeras doce semanas, así como a la salud, especialmente a la salud sexual y reproductiva.

Es preciso enfatizar que sostengo que los casos que se someten a esta jurisdicción constitucional han de resolverse en sus méritos propios e individuales, en su contexto y en su momento. El derecho y su interpretación, para responder adecuada y oportunamente a los cambios sociales, económicos, políticos, culturales, tecnológicos, entre otros, que enfrentan las sociedades actuales, tienen que ser dinámicos.

Al Constituyente le corresponde establecer esos derechos, a los Poderes Legislativos regularlos (haciendo, en algunas ocasiones, interpretación auténtica de las normas constitucionales), sin establecer restricciones o modalidades no razonables o que no tengan sustento en la Norma Fundamental; y a los Tribunales Constitucionales protegerlos y garantizar su plena eficacia, mediante su interpretación en los casos concretos que se someten a su jurisdicción.

Por ello, estimo que la cuestión esencial que se aborda en el presente asunto se constriñe a dilucidar si la determinación de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es conforme o no a la Constitución Mexicana y a los principios que rigen a un Estado constitucional democrático y social de derecho, al eliminar la sanción penal para la mujer que interrumpe voluntariamente su embarazo durante las primeras 12 semanas.

Para dilucidar esta cuestión debe resolverse un problema central que consiste en determinar si todo bien jurídico, aun constitucional, ha de convertirse necesariamente en un bien jurídico tutelado y protegido penalmente.

Si bien los temas relativos a la función de la pena y los límites del poder punitivo del Estado plantean cuestiones de carácter filosófico, ético o moral, dado que la pena misma puede ser considerada como un mal, habida cuenta que constituye una limitación o afectación de los derechos fundamentales, pueden surgir muchas interrogantes como son, por ejemplo: ¿tiene la pena (el castigo) justificación alguna? ¿en qué casos y circunstancias se justifica la coerción jurídica? ¿qué tipo de pena sirve realmente para prevenir y castigar las conductas antisociales?

Sin embargo, estimo que como Tribunal Constitucional el enfoque para resolver un asunto como el que es materia de este voto concurrente debe ser otro, toda vez que dada una Constitución de valores, principios y reglas como lo es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las cuestiones filosóficas, éticas o morales de justificación, especialmente las que versan sobre ponderación de valores, se transforman en cuestiones jurídicas de validez. Así, el juicio de constitucionalidad que se realice mediante la acción de inconstitucionalidad debe ser siempre un juicio a la luz de parámetros jurídico-constitucionales.

Es mi convicción, por tanto, que las cuestiones planteadas en las dos acciones de inconstitucionalidad que se resuelven, mismas que evidentemente presentan un problema de la mayor trascendencia para la sociedad mexicana, puesto que impli-

can decidir mediante juicios de ponderación y argumentos estrictamente constitucionales, cuál de entre los bienes jurídicamente protegidos por nuestra Constitución que entran en colisión debe prevalecer, para el caso, los derechos que protegen al producto de la concepción humana en las doce primeras semanas de gestación, o los que protegen la dignidad, igualdad, salud, intimidad y autodeterminación de la mujer para decidir sobre su propia maternidad. Ante ello, el cuestionamiento constitucional que se formula es si es correcto, a la luz de nuestro marco constitucional, que le sea impuesta a la mujer una maternidad contra su voluntad y, en caso de ser así, si la mujer que decide voluntariamente interrumpir su embarazo durante las doce primeras semanas debe ser sancionada penalmente.

## **2. ¿La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege el derecho a la vida humana?**

Este primer toral cuestionamiento sobre si la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y protege el derecho fundamental a la vida humana y, más precisamente, de toda persona humana a que se respete su vida, en mi opinión tiene una respuesta afirmativa. Así fuera el reconocimiento en forma implícita como lo sostuvo el proyecto del Ministro instructor y lo sostiene la resolución de la mayoría, la Constitución mexicana protege la vida humana; sin embargo, también estimo, como la mayoría, que no la protege en forma absoluta o irrestricta, sin hacer distinción alguna.

El que la Constitución Federal consagre el derecho a la vida y su consecuente protección, no supone que esa protección haya de tener carácter absoluto, ya que, como ocurre

con otros derechos y bienes constitucionalmente tutelados, puede estar sujeto a ciertas restricciones o limitaciones, en congruencia con el primer párrafo del artículo 1o. constitucional, según el cual: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece."

Es cierto que desde un punto de vista conceptual y normativo, dada la naturaleza vulnerable y valiosa de los seres humanos, una de las exigencias fundamentales para la vida social es la que restringe el uso de la violencia, particularmente cuando comporta el matar o dañar a otro.

El derecho fundamental a la vida no es un derecho absoluto o ilimitado, como lo sostengo, dado que, por principio, todos los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás. En el caso de la protección a la vida hay, al menos, una restricción constitucional expresa respecto a la protección de la vida humana, contenida en el artículo 10 de nuestro Texto Fundamental, el cual prevé la figura de la legítima defensa.

La legítima defensa constituye, en sí misma, por un lado, el reconocimiento expreso al derecho y protección de la vida humana; y, por el otro, una causa de justificación, es decir, una causa de exclusión de la antijuridicidad que convierte el eventual hecho de privar de la vida a otro, en sí típico, en un hecho lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico y, a diferencia de lo que sucede con las causas de inculpabilidad, las causas de justificación no sólo impiden que se pueda imponer una pena al autor de un hecho típico, sino que con-

vierten a ese hecho en lícito, aprobado por el ordenamiento jurídico. La legítima defensa permite que el sujeto "A" mate a otro sujeto "B" o sujetos "N" bajo ciertas circunstancias, aunque ese otro sujeto "B" o sujetos "N" no tuviera o tuvieran la intención de matar al sujeto "A". Por ello, la legítima defensa constituye una causa de exclusión del delito en los términos del artículo 29, fracción IV, del Código Penal del Distrito Federal.

Por lo tanto, es inconcuso que la propia Constitución Federal establece al menos una excepción expresa respecto de la protección del derecho fundamental a la vida (independientemente de que en el derecho internacional y en el derecho penal mexicano y comparado se establecen otras excepciones). Consecuentemente, el derecho a la vida no es un derecho absoluto; por ello, diferí de la afirmación contenida en el proyecto de resolución presentado por el Ministro ponente y abundo en este voto, pues considero que mi posicionamiento en el Pleno no se recoge puntualmente en la resolución de la mayoría y resulta fundamental para sustentar el voto que emití en este asunto.

### **3. ¿Debe sancionarse por la vía penal la interrupción del embarazo antes de las doce semanas a voluntad de la mujer embarazada?**

Es menester precisar, como se dice en la resolución de la mayoría, que en el presente caso lo que está sujeto al examen de constitucionalidad es, primordialmente, la despenalización de una determinada conducta. En tal virtud, corresponde a este Tribunal Constitucional determinar si las normas legales impugnadas transgreden o no la Constitución Federal, en particular derechos humanos fundamentales. Es pertinente,

entonces, también referirse a las razones jurídicas que justifican no hacer la declaración de inconstitucionalidad de las normas generales impugnadas.

Un aspecto total para que normas legislativas sean reputadas constitucionales es el de la competencia del órgano emisor. El legislador ordinario, en este caso la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en ejercicio de sus competencias legislativas en materia penal conferidas constitucionalmente, puede establecer diferentes tipos legales para sancionar o dejar de sancionar determinadas conductas o establecer tipos penales atenuados o agravados.

La resolución mayoritaria se hace cargo de estos problemas y los resuelve satisfactoriamente. Concluye, con lo que estoy totalmente de acuerdo, que es competente la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materia penal y, dentro de este ámbito, para legislar sobre el aborto y que con ello no invade facultades del orden federal por las extensas razones que contiene la resolución mayoritaria.

Partiendo de ese supuesto, debe entonces dilucidarse si en el ejercicio de sus facultades constitucionales la Asamblea Legislativa del Distrito Federal legisló razonablemente a la luz de los bienes jurídicos en juego, dado que la presencia de un bien jurídico es una condición necesaria, pero no siempre suficiente de la reacción punitiva a través del ejercicio del *ius puniendi* de carácter estrictamente penal.

Al calificar un bien jurídico como penalmente relevante, o bien, al estimar que un bien jurídico ha dejado de tener una relevancia penal, el legislador ordinario formula un juicio que si bien es de carácter valorativo, debe ser un juicio razonado.

En el presente caso debe concederse que la vida del no nacido constituye un bien jurídico, pero ello no se traduce en que sea necesaria o indefectiblemente, en cualquier etapa de su desarrollo intrauterino, un bien jurídico penalmente relevante. Sostener lo opuesto implicaría hacer una inferencia ilegítima y, por ende, dar una solución normativa que no es la única ni la correcta a la luz de la propia Constitución Federal; en este contexto, la resolución mayoritaria se encarga, amplia y fundadamente, de demostrar que no existe norma constitucional (o para el caso, derivada de algún tratado o convención internacional), que obligue a sancionar penalmente este tipo de conductas. Consecuentemente, esa determinación queda a la configuración de los tipos penales por parte del legislador competente, el cual tiene que hacer una valoración sobre los bienes jurídicos protegidos para determinar si una conducta que los lesiona debe ser sancionada penalmente.

No puede perderse de vista para la ponderación constitucional entre los derechos fundamentales real o supuestamente enfrentados tal como se planteó en las acciones de inconstitucionalidad, que en el proyecto de resolución presentado por el Ministro instructor se estableció una premisa importante, que comparto plenamente, en relación a si se puede determinar cuándo existe vida humana durante el embarazo y, por ende, cuándo nace el derecho constitucional de protección a la vida de un individuo. En el proyecto se dijo textualmente: "... A la luz de los elementos que se han reseñado, así como de la lectura de varias obras doctrinarias nacionales y extranjeras sobre el tema del aborto y de la revisión de la legislación internacional en la materia, se genera la conclusión de que no existe unanimidad en los criterios éticos, morales, filosó-

ficos, científicos y legales sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana y el momento a partir del cual debe protegerse por el Estado, sustentándose afirmaciones encontradas entre sí ..." (página 264 del proyecto).

Ahora bien, en el otro extremo, de conformidad con los artículos 1o. y 4o. constitucionales se reconoce un derecho exclusivo a las mujeres, que es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad. Es un derecho exclusivo de las mujeres pues, en mi opinión, forma un todo con su libertad personal, que no puede dejar de entrañar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre.

La prohibición y, por ende, sanción penal del aborto, equivale, vista desde uno de sus efectos más importante, a establecer una obligación para la mujer (la de una vez embarazada, necesariamente soportar el embarazo y convertirse en madre, salvo que un elemento ajeno a su voluntad propiciara la interrupción del mismo); lo que contrasta con los principios y reglas del derecho penal que hoy se reconoce deben hacerse prevalecer en un Estado constitucional democrático social de derecho, en el cual solamente aquellas conductas en extremo reprochables socialmente deben ser sancionadas penalmente; de otra manera, se establecería una carga desproporcionada frente a la falta cometida.

En el presente caso, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal realizó, en sede parlamentaria y como legislador democrático para el Distrito Federal, un juicio ponderativo para legislar en materia de aborto, tomando en cuenta diversos factores relevantes que tuvo a su alcance: información social,

jurídica, médica y económica que al día de hoy existe, incluida información relativa a cuestiones de salud social.

En efecto, en el dictamen de las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social y de Equidad y de Género de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se afirma que el punto de partida de la medida legislativa ha sido una ponderación de los bienes constitucionales en conflicto:

"En la elaboración de este dictamen las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género parten de la consideración total de que tanto los derechos fundamentales de las mujeres como la protección de la vida en gestación son bienes constitucionalmente protegidos, que no pueden tener un carácter absoluto, ya que la primacía incondicionada de los derechos fundamentales cuya titularidad corresponde a las mujeres, podría implicar el desconocimiento de la protección de la vida en gestación que deriva de la Constitución Federal, mientras que la protección incondicionada de la vida en gestación, podría traducirse en la anulación de los derechos fundamentales de las mujeres, y en su caracterización como meros instrumentos reproductivos.

"Debido a ello, corresponde al legislador ordinario ponderar los bienes constitucionales que entran en conflicto en la regulación legal del aborto, con el fin de determinar los supuestos en los que uno de ellos debe ceder, sin anularse, para garantizar la protección del restante bien constitucional.

"Al realizar tal labor de ponderación de bienes constitucionales en colisión debe tenerse presente que la protección de

la vida en gestación o de los derechos fundamentales de las mujeres no se agota en el ámbito del derecho penal y que, por definición, tanto la penalización absoluta como la despenalización absoluta del aborto podrían entrar en conflicto con la Norma Constitucional, al determinar la prevalencia irrestricta de uno de los bienes constitucionales en conflicto."

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal realizó en la órbita de su competencia y bajo su más estricta responsabilidad para sustentar sus decisiones normativas, un juicio de ponderación que razonó a lo largo de sus trabajos legislativos. Todo ello la llevó a no penalizar la interrupción voluntaria del embarazo en las primeras doce semanas de gestación. En lo sustancial, lo que hizo no difiere de la ponderación que llevan a cabo los tribunales y Jueces constitucionales, con la salvedad de que los legisladores ponderan en abstracto, mientras que los Jueces lo hacen en relación con un caso concreto, como son las acciones de inconstitucionalidad 146/2008 y 147/2008.

Por todo ello, reitero que la ponderación realizada por la Asamblea Legislativa entre los bienes jurídicos protegidos y los derechos involucrados; por una parte, los referidos al producto de la gestación durante las primeras doce semanas y, por la otra, los de las mujeres, que llevó a ese órgano legislativo local a la decisión de despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras doce semanas resulta constitucionalmente válida y razonable, por lo que no puede tacharse de inconstitucional.

**4. La importancia fundamental de la adición de un tercer párrafo al artículo 16 Bis 6 y la adición del 16 Bis 8 de la Ley de Salud para el Distrito Federal.**

Es importante destacar que en el decreto impugnado no sólo se reformaron los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, sino que se adicionó un tercer párrafo al artículo 16 Bis 6, así como el artículo 16 Bis 8 a la Ley de Salud para el Distrito Federal, que también fueron impugnados en las acciones de inconstitucionalidad.

Por su importancia, conviene tener presente el texto de las disposiciones adicionadas:

"Artículo 16 Bis 6.

"...

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

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

"El gobierno promoverá y aplicará permanentemente y de manera intensiva, políticas integrales, tendientes a la educación y capacitación sobre la salud sexual, los derechos reproductivos, así como la maternidad y la paternidad responsables. Sus servicios de planificación familiar y anticoncepción tienen como propósito principal reducir el índice de abortos, a través de la prevención de embarazos no planeados

y no deseados, disminuir el riesgo reproductivo, evitar la propagación de las enfermedades de transmisión sexual y coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos reproductivos de las personas con una visión de género, de respeto a la diversidad sexual y de conformidad a las características particulares de los diversos grupos poblacionales, especialmente para las niñas y niños, adolescentes y jóvenes.

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

Las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia de Salud y Asistencia Social y de Equidad y de Género de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal propusieron, en su dictamen, la adición del artículo 16 Bis 8, que se acaba de transcribir, a la Ley de Salud para el Distrito Federal, con el fin de regular la prestación de servicios de salud, en especial la sexual y reproductiva y de describir los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud en el ámbito sanitario, haciendo explícito el contenido de los

servicios que el Gobierno del Distrito Federal debe brindar de manera obligatoria.

Los artículos que fueron adicionados o reformados de la Ley de Salud, por las razones ya expuestas, también son constitucionalmente válidos. En mi opinión, la reforma que despenalizó la interrupción del embarazo antes de las doce semanas por voluntad de la mujer embarazada no puede comprenderse, en cuanto a su finalidad social y alcances, si no se toma en cuenta la adición de los señalados artículos de la Ley de Salud, ya que es lo que permite que la despenalización o descriminalización del aborto tenga un mayor sustento y cumpla con las finalidades (por ejemplo, sociales y de protección a la salud física y mental de la mujer) que señaló el propio órgano legislativo se buscaban con tan trascendente medida.

En efecto, las comisiones dictaminadoras señalaron lo siguiente en su dictamen:

"Asimismo, debe tomarse en consideración que la práctica del aborto clandestino constituye un grave problema de salud pública, por las muertes o graves afectaciones a la salud de las mujeres que se ven impedidas de tener un acceso efectivo y seguro a la prestación de los servicios de salud que requieren para que la interrupción del embarazo se realice en condiciones idóneas, lo que pone en riesgo su vida, su salud y su integridad personal, al verse obligadas a recurrir a procedimientos realizados en condiciones insalubres o por personas que carecen de la experiencia y capacidades profesionales necesarias."

En particular, la importancia de las modificaciones a la Ley General de Salud, además de lo dicho, radican, en mi

concepto, en los siguientes aspectos: a) establece la cobertura general de las instituciones de salud del Gobierno del Distrito Federal, para atender las solicitudes de interrupción del embarazo a las mujeres solicitantes, aun cuando cuenten con algún servicio de salud público o privado; b) otorga a la salud sexual y reproductiva un carácter prioritario; c) se considera a los servicios que se presten en la materia, como un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, establecido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; d) se dispone que el gobierno promoverá y aplicará permanentemente y de manera intensiva políticas integrales, tendientes a la educación y capacitación sobre la salud sexual, los derechos reproductivos, así como la maternidad y la paternidad responsables; e) los servicios de planificación familiar y anticoncepción tienen como propósito principal reducir el nivel de abortos a través de la prevención de embarazos no planeados y no deseados, y disminuir el riesgo reproductivo, entre otros propósitos; f) se establece que el Gobierno del Distrito Federal otorgará servicios de consejería médica y social en materia de la atención a la salud sexual y reproductiva, funcionando de manera permanente con servicios gratuitos que ofrecerán la información, difusión y orientación en la materia, así como el suministro de todos aquellos métodos anticonceptivos cuya eficacia y seguridad estén acreditadas científicamente, y g) se deberá proporcionar a la mujer que solicite la interrupción de su embarazo la información a que se refiere el último párrafo del artículo 148 del Código Penal para el Distrito Federal.

En su párrafo segundo, que es la porción normativa que nos interesa, el artículo 4o. de nuestra Constitución señala:

"Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos."

Ante la decisión adoptada por la Asamblea Legislativa de despenalizar el aborto en las doce primeras semanas del embarazo cuando exista el consentimiento de la mujer, el mandato constitucional últimamente citado cobra un sentido particular para el caso concreto que nos ocupa. La mujer debe tomar su decisión no solamente libre y responsable, sino informada de manera objetiva, veraz, oportuna y suficiente.

Ante la responsabilidad que asumió la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de despenalizar la interrupción del embarazo en las primeras doce semanas del embarazo estableció, correctamente en mi opinión, la obligación a cargo del gobierno de esta entidad federativa de cumplir con el mandato constitucional, tanto de manera preventiva, según lo señala el adicionado artículo 16 Bis 8, como de manera subrayadamente necesaria, en el caso de solicitud de dicha interrupción, de informar a la mujer de manera accesible a su condición social y cultural, oportuna y completa los riesgos sobre su salud física y mental, presentes y futuros, que puede tener el aborto que pretende llevar a cabo, así como las opciones que puede tener a su alcance para evitarlo.

Estas obligaciones de las autoridades deben ser cumplidas de manera invariable y su incumplimiento debe ser sancionado con todo el rigor de la ley.

Finalmente, más allá de cuestiones técnicas o estrictamente normativas, como se dijo en alguna de las audiencias

públicas a las que convocó este Alto Tribunal con motivo de este asunto: "Nadie considera que abortar sea bueno", puesto que hay un acuerdo general en el sentido de que lo ideal sería prevenir embarazos no planeados o no deseados.<sup>1</sup>

### **5. ¿El Poder Constituyente Permanente otorgó una protección a la vida del producto mediante la reforma constitucional de mil novecientos noventa y siete a los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución Federal?**

Los conceptos de invalidez que hicieron valer el presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República para tratar de acreditar que se violaban diversos artículos de la Constitución mexicana y diversos instrumentos internacionales con la despenalización de la interrupción del embarazo en las doce primeras semanas de gestación, se han contestado debidamente durante las sesiones públicas en que se discutieron estas acciones de inconstitucionalidad en el Tribunal en Pleno, y encuentran un amplio y correcto desarrollo argumental en la resolución mayoritaria, que demuestran que ello no es así.

Sin embargo, existe una que en mi opinión merece ser respondida puntualmente. El presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos aduce que otra evidencia de la protección que se otorga a la vida del producto es el artículo tercero transitorio de la reforma de marzo de mil novecientos noventa y siete, por el que se declararon reformados los

---

<sup>1</sup> Juan Antonio Cruz Parceró, cuarta audiencia pública, 30 de mayo de 2008. En la misma línea, como dice Luis Villoro: "El aborto es un acto doloroso, cruento, a veces trágico", en "¿Debe penalizarse el aborto?" en Margarita M. Valdés (compiladora) *Controversias sobre el aborto*, México, UNAM-FCE, 2001, pp. 243-248.

artículos 30, 32 y 37 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El argumento es infundado, además de por los argumentos ya esgrimidos por la mayoría, por los que a continuación se formulan.

Si bien, a primera vista, se podría sostener, como lo hizo la minoría, que el Poder Constituyente Permanente, mediante la disposición transitoria señalada, protege la vida del no nacido desde su concepción, lo cierto es que es una disposición que dio una protección a una determinada clase de sujetos normativos, para ciertos efectos y por un tiempo determinado. Nunca tuvo el alcance que le otorga el presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos ni el Ministro instructor en el proyecto de resolución que presentó. Lo anterior, en virtud de lo siguiente:

Los artículos transitorios de la reforma constitucional citada originalmente decían:

"Primero. El presente decreto entrará en vigor al año siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

"Segundo. Quienes hayan perdido su nacionalidad mexicana por nacimiento, por haber adquirido voluntariamente una nacionalidad extranjera y si se encuentran en pleno goce de sus derechos, podrán beneficiarse de lo dispuesto en el artículo 37, apartado A, constitucional, reformado por virtud del presente decreto, previa solicitud que hagan a la Secretaría de Relaciones Exteriores, dentro de los cinco años siguientes a la citada fecha de entrada en vigor del presente.

"Tercero. Las disposiciones vigentes con anterioridad a la fecha en que el presente decreto entre en vigor, seguirán aplicándose, respecto a la nacionalidad mexicana, a los nacidos o concebidos durante su vigencia.<sup>2</sup>

"Cuarto. En tanto el Congreso de la Unión emita las disposiciones correspondientes en materia de nacionalidad, seguirá aplicándose la Ley de Nacionalidad vigente, en lo que no se oponga al presente decreto.

"Quinto. El último párrafo del apartado C del artículo 37, entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación."

El citado decreto fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete y entró en vigor al año siguiente de su publicación en ese órgano oficial (de conformidad con el artículo primero transitorio del propio decreto), es decir, el veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

Dado que el derecho tiene un carácter sistemático, es preciso tener presente que el legislador ordinario federal estableció, en el artículo quinto transitorio del decreto por el que se expidió la nueva Ley de Nacionalidad, decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintitrés de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, lo siguiente:

---

<sup>2</sup> Cabe señalar que dicho artículo tercero transitorio se reformó mediante el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve, para quedar como sigue: "Las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de este decreto, seguirán aplicándose a los nacidos o concebidos durante su vigencia, únicamente en todo aquello que les favorezca, sin perjuicio de los beneficios que les otorga la reforma contenida en el presente decreto.". El texto reformado no modifica la conclusión a la que se arriba en el presente apartado.

"Artículo quinto. Los nacidos y concebidos con anterioridad a la entrada en vigor del decreto por el que se reforman los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estarán sujetos a lo dispuesto por los artículos segundo y tercero transitorios del citado decreto.

"Para los efectos del párrafo anterior, se presumirán concebidos los nacidos vivos y viables dentro de los trescientos días posteriores a la entrada en vigor de esta ley."

El artículo transitorio se justificó en la exposición de motivos presentada por el Ejecutivo Federal en octubre de 1997 a la Cámara de Senadores, con las siguientes razones:

"En estricto apego al régimen transitorio establecido en dicha reforma constitucional (se refiere a la de marzo de 1997), en el artículo quinto transitorio de este proyecto se establece que a los nacidos y concebidos antes de la entrada en vigor de la reforma se les respetarán los beneficios y derechos que les otorgaba el régimen que se derogaría.

"Para dar certeza jurídica a la situación a la que se refiere el párrafo anterior, precisa que se entenderán como concebidos a los nacidos vivos y viables dentro de los trescientos días posteriores a la entrada en vigor de la presente iniciativa, lo cual es congruente con las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal."

Como se señaló, la Ley de Nacionalidad entró en vigor el veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho, con arreglo a lo dispuesto en el artículo primero transitorio

del decreto respectivo, a efecto de que entrara en vigor el mismo día que las reformas constitucionales de 1997, es decir, el 20 de marzo de 1998.

Acorde con lo anterior, los sujetos normativos de la disposición transitoria bajo análisis establecida por el Poder Constituyente Permanente son los nacidos y concebidos con anterioridad a la entrada en vigor del decreto por el que se reformaron los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, el veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho. Lo anterior se ve confirmado por el artículo quinto transitorio expedido por el legislador federal ordinario.

El efecto de la citada disposición fue para regular el tránsito de dos situaciones específicas: la primera, para que aquellos que antes de la reforma constitucional hubieran perdido la nacionalidad mexicana por haber adoptado voluntariamente otra nacionalidad, pudieran recuperar la mexicana y, la segunda, que las disposiciones vigentes con anterioridad al veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho siguieran aplicándose, respecto a la nacionalidad mexicana, a los nacidos o concebidos durante su vigencia; es decir, el efecto específico fue que se siguieran aplicando ciertas normas, en materia de nacionalidad mexicana, a dichos sujetos normativos, pero acotado en términos semejantes a como lo hace la legislación civil.

Por ello, es que el párrafo segundo del artículo quinto transitorio de la Ley de Nacionalidad estableció que: "Para los efectos del párrafo anterior, se presumirán concebidos los nacidos vivos y viables dentro de los trescientos días posteriores a la entrada en vigor de esta ley."

Si la ley entró en vigor el 20 de marzo de 1998, los "concebidos" para efectos de la reforma constitucional serán aquellos nacidos vivos y viables a partir del 21 del mismo mes y año y hasta el día 300 contado a partir de esa última fecha, es decir, el 14 de enero de 1999.

Por esas razones, el artículo tercero transitorio de la reforma constitucional de mayo de 1997, más allá de cuestionamientos de otra naturaleza, conforme al acotamiento que hizo el legislador federal ordinario, no tuvo los alcances universales y absolutos que en una de las acciones de inconstitucionalidad se pretendió darle.

## **VII. VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA LA MINISTRA OLGA SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS\***

**D**e manera respetuosa, me permito reiterar mi posición a favor de la constitucionalidad de las normas impugnadas; sin embargo, debo disentir de algunas consideraciones vertidas en la sentencia aprobada por la mayoría, particularmente, las relacionadas con los planteamientos de fondo en relación con la existencia y naturaleza del derecho a la vida.

Las razones de la sentencia, a este respecto, fueron que "de una primera lectura de la Constitución mexicana, no encontramos de manera expresa ... el establecimiento de un derecho específico a la vida, el valor de la vida, o alguna otra expresión que permita determinar que la vida tiene una específica protección normativa ..."; asimismo, que "no se aprecia el establecimiento de un derecho a la vida a nivel

---

\* *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, marzo de 2009, p. 1634; IUS: 40174.

constitucional y, por ende, en este momento no resulta apropiado hacer un pronunciamiento sobre el mecanismo mediante el cual este hipotético derecho pudiera ser oponible al resto de los derechos constitucionales".

La mayoría señaló, respecto al argumento esgrimido en el sentido de que la misma falta de mención por parte de la Constitución del término vida justamente implicaba su protección, ya que con la reforma a los artículos 14 y 22 de la Constitución se eliminó el término vida relacionado con la posibilidad de aplicación de la pena de muerte, que la "eliminación de la pena obedece a la existencia de obligaciones en derecho internacional en materia de derechos humanos para ajustarse a la tendencia internacional respecto de la abolición de la pena de muerte". Y que, "si la intención del órgano de reforma de la Constitución hubiera sido establecer algo tan relevante como un derecho general y absoluto a la vida, lo hubiera establecido de manera expresa y no hubiera dejado lugar a suposiciones y especulaciones sobre el fundamento de la reforma constitucional específica sobre la pena de muerte."

Así también, se establece en el criterio mayoritario, es dable señalar que "los instrumentos internacionales de derechos humanos sí garantizan y protegen el derecho a la vida, pero no como un derecho absoluto y que la garantía [de ese derecho] se dirige de manera particular a la privación arbitraria de la vida y a la pena de muerte"; que estos instrumentos "no definen el momento en el cual inicia la protección del derecho a la vida, ni desde qué momento el ser humano es sujeto de protección"; y que "el derecho a la vida debe ser regulado por el legislador nacional de conformidad con sus competencias y facultades" y, por tanto, que "México no se

encuentra obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción o algún [otro] momento específico".

De esta manera, la sentencia parte de la conclusión, a la que arriba luego de ese análisis, de que "lo único que podemos encontrar en la Constitución de manera expresa, son previsiones constitucionales que de manera positiva establecen obligaciones para el Estado de promocionar y hacer normativamente efectivos derechos relacionados con la vida"; que "la Constitución, no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo, pero establece que una vez dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de promocionarla y desarrollar condiciones para que todos los individuos sujetos a las normas de la Constitución aumenten su nivel de disfrute y se les procure lo materialmente necesario para ello."

Por ello, parte de la aceptación de la existencia de un "*bien constitucional e internacionalmente protegido*",<sup>1</sup> expresado en la prohibición del Estado de establecer sanciones penales de privación de la vida o de ejecutar sanciones que tuvieran ese efecto de manera arbitraria, y como derecho *en un sentido relativo e interdependiente* con los demás derechos", que no encuentra "ningún fundamento constitucional o internacional para un mandato de penalización de su afectación que permitiera sostener que existe una obligación del legislador para el establecimiento o mantenimiento de un tipo penal específico".

Mi disenso es, precisamente, respecto de las premisas anteriores, pues parten de consideraciones con las que discrepo,

---

<sup>1</sup> Cursivas propias.

pues estimo que el análisis de este tema constitucional 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*, como se verá, una cuestión de matiz, pero que, a mi juicio, resulta de particular entidad a efecto del análisis constitucional.

En efecto, si se parte de esa premisa (la existencia y reconocimiento del derecho a la vida), el juicio constitucional no puede ser el mismo que en la sentencia se plasma. Ello, derivado del planteamiento de los accionantes sobre la naturaleza absoluta de ese derecho. Y, dado que en la sentencia se afirma que tal derecho no es sino un bien constitucionalmente protegido, respecto del que no existe un mandato expreso para penalizarlo, me parece que el análisis particular debe partir de la premisa del reconocimiento de tal derecho y, en consecuencia, el análisis debe hacerse atendiendo a los precedentes en los que el Tribunal Pleno ha determinado los requisitos que deben cumplirse para el desarrollo de los límites de los derechos fundamentales y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador.<sup>2</sup>

A ese respecto, en primer término, debe decirse que cuando existe un conflicto entre normas constitucionales que propician soluciones distintas y contrastantes para el caso de que se trate,

---

<sup>2</sup> En términos generales, señalan esas tesis, *la limitación a una garantía individual debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado; y d) ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.*

éste no puede resolverse de acuerdo con los tradicionales criterios de resolución de antinomias (o sea, mediante la declaración de invalidez de una de ellas o considerando que una constituye una excepción permanente a la otra), pues la Constitución no establece un sistema de prioridades o excepciones absolutas entre estas normas. Es más, podría decirse que todas ellas gozan, por así decirlo, de la misma "categoría constitucional" y que, por consiguiente, ninguna puede prevalecer a costa de un sacrificio desproporcionado de las otras.

Las normas constitucionales son simultáneamente válidas y, por ello, cuando entran en conflicto se configuran como mandatos de optimización, es decir, como normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en función de las posibilidades fácticas y jurídicas. Por eso las colisiones entre estas normas se superan mediante lo que ha dado en considerar o evaluar el peso o la importancia de cada una de ellas en el caso que se juzga tratando de buscar una solución armonizadora; una solución que, en definitiva, optimice su realización en ese supuesto concreto.

Pero también es verdad que en muchos otros supuestos (la mayoría), esa solución armonizadora o conciliadora no es posible y el resultado de la ponderación consiste necesariamente en otorgar preferencia a uno de los principios en pugna. Precisamente por ello suele decirse muchas veces que mediante la ponderación se da valor decisivo al principio que en el caso concreto tenga un peso mayor; pero hay que insistir, en el caso concreto. Con la ponderación no se logra una respuesta válida para todo supuesto, sino que sólo se establece un orden de preferencia relativo al caso enjuiciado

que, por tanto, no excluye una solución diferente para otro caso.

Ahora bien, el ejercicio de ponderación o también llamado juicio de razonabilidad no significa que estemos ante una tarea esencialmente arbitraria y sin sujeción a reglas, pues cabe la posibilidad de ensayar algún método para resolver estos conflictos. De hecho, por vía jurisprudencial, como esta Corte ha venido sosteniendo, se pueden crear condiciones de prioridad en abstracto, es decir, las condiciones bajo las cuales una norma constitucional prevalece sobre otra.

Una vez establecido lo anterior podemos hacer la siguiente pregunta:

¿Cuáles son los derechos fundamentales que procede ponderar en el presente caso?

Por un lado, debemos hablar de los derechos de la madre consistentes en salud y vida de la mujer; y por el otro del derecho a la vida del *nasciturus*.

Ahora bien, si damos por bueno el procedimiento antes relatado respecto a la forma de realizar la ponderación entre dos o más principios constitucionales, debemos partir, en primer lugar, del principio de que los derechos que se están reconociendo respecto de la madre tienen la misma categoría que el derecho a la vida del *nasciturus*. En efecto, de nuestro orden jurídico y, específicamente, del Texto Constitucional y de los tratados internacionales (como bien se afirma en la sentencia) no podemos desprender que el derecho a la vida sea absoluto e irrestricto. Pues, no obstante que este Alto Tribunal

ya se ha pronunciado en el sentido de que el derecho a la vida sí se encuentra protegido constitucionalmente y que se trata de un derecho intrínseco a los seres humanos sin el cual no cabe el disfrute de los demás derechos; inherente a éste se encuentra también el derecho a la dignidad, del cual se desprenden otros como la libertad reproductiva, la libertad de autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Es decir, estamos exactamente frente a la necesidad de establecer cuál derecho deberá prevalecer, sin que ello implique la anulación del otro, sino simplemente como un ejercicio de ponderación para el presente caso.

Quedó precisado que, para realizar una ponderación que resuelva una eventual colisión de derechos, la primera etapa consiste en ubicar al menos dos bienes constitucionales de igual relevancia, como en esta situación lo son el derecho a nacer del producto de la concepción, de un lado, y los derechos a la salud, la vida y la libertad de las mujeres, del otro, todos reconocidos en nuestro Texto Constitucional y las fuentes de derecho de origen internacional pertinentes al caso.

En un segundo momento, es debido analizar la idoneidad o adecuación de las medidas que se piensa pueden servir para salvaguardar cada uno de esos derechos fundamentales por separado, a fin de erradicar de entrada cualesquiera soluciones que por no servir como medios a la obtención de esos fines consistentes en la protección de derechos de jerarquía constitucional, evidencian a causa de dicha carencia que constituyen medidas abiertamente irracionales y arbitrarias.

En el tercer estadio de un ejercicio de ponderación, las medidas que intenten ser el medio para defender derechos

fundamentales tienen que observarse a la luz de la pauta de necesidad. En este punto, esas medidas deben ser contrastadas no sólo ante los derechos que protegen sino primordialmente frente a los derechos que pretenden limitar, considerándose razonables exclusivamente aquellas medidas que restrinjan en el menor grado posible los derechos que van a afectar.

Si agotado lo anterior no se halla una solución correcta, se avanza a la etapa final de un ejercicio de ponderación consistente en efectuar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Para conducirlo, lo que ha de buscarse es que al menos en el mismo grado en que se afecte o limite al derecho fundamental derrotado en el caso concreto, se beneficie o amplíe el ámbito del derecho que se estime prevaleciente, y para conocer esos grados de restricción y apertura en equilibrio, de lo que es debido cerciorarse es de qué tanto se afecta al derecho derrotado, qué tanto se beneficia al derecho prevaleciente y, finalmente, que sea mayor el beneficio obtenido que la limitación sufrida entre esos derechos contendientes.

A partir de esto, se puede observar claramente que se está en presencia de lo que, en algún sector de la doctrina, se ha denominado como "caso trágico", toda vez que impuesto el embarazo por el propio Estado, a través de la vía de la penalización de su interrupción, las mujeres irremediablemente tienen que continuar con un embarazo no deseado y, en ese sentido, se les expone a diversas afectaciones a su salud física y mental, siendo la más grave, e incluso con peligro de muerte, la práctica de un procedimiento de aborto clandestino. En tanto que, de no penalizarse la interrupción

del embarazo, bajo ciertas condiciones, en los supuestos en que se realice se afecta inevitablemente la vida del *nasciturus*.

Expuesta, en mi concepto, la magnitud del problema, y tomando en consideración las jurisprudencias P./J. 84/2007, P./J. 85/2007 y P./J. 86/2007, resulta prudente continuar este ejercicio de ponderación.

En ese contexto, lo importante es observar que en este asunto se enfrentan dos medidas abiertamente contradictorias, respecto de cada una de las cuales se aduce que se encuentran justificadas porque atienden a la defensa de una finalidad o un bien constitucionalmente relevante, también en aparente conflicto. Por un lado, la medida que no criminaliza la interrupción del embarazo siempre que concurren las condiciones ya conocidas (que se practique antes de que comience la semana trece de iniciado ese proceso biológico o que de realizarse con posterioridad se actualice alguna de las excluyentes de responsabilidad penal del delito de aborto) y, por el otro, la medida que penaliza, bajo cualesquiera circunstancias, dicha interrupción, entendiéndose además que el embarazo comienza con la fecundación de un óvulo.

Ahora bien, la medida que no criminaliza la interrupción del embarazo sí resulta una medida idónea o adecuada para salvaguardar los derechos de las mujeres previamente mencionados, porque **sólo ofrece la oportunidad de decidir sobre la no imposición de un embarazo sin la criminalización de su interrupción implementando, a su vez, medidas que optimicen las** condiciones de atención médica que protejan su vida y su salud, sin que de modo alguno esa posibilidad sirva al Estado para imponer nada a las mujeres,

esto es, ni continuar con un embarazo no deseado, ni interrumpirlo de manera forzada; así como tampoco facultar a la autoridad para privar de la vida.

En cambio, la medida que obliga a la culminación del embarazo bajo la amenaza de la penalización de su interrupción no constituye un medio idóneo para proteger el derecho a nacer del producto de la concepción, porque de cualquier forma las mujeres que no quieran estar embarazadas se someterán a un aborto, solamente que en condiciones riesgosas para su vida y su salud. En ese orden de ideas, la penalización es totalmente ineficaz para salvar vidas pues, inclusive, podemos inferir que en los lugares y épocas donde existe, es mayor el número de abortos que en aquellos donde se permite esa interrupción, y es más, lejos de salvar vidas provoca más muertes, las de las mujeres que se someten a abortos clandestinos.

Es por ello que, a fin de reducir el número de abortos, deben instrumentarse por el Estado (en los diversos ámbitos de competencia) políticas públicas integrales y eficaces en materia de salud reproductiva y educación sexual, para evitar embarazos no deseados y, a la par, combatir la discriminación a las mujeres por causas económicas, biológicas y sociales que tienen que ver con la maternidad. Si esas políticas no existen o no son realmente efectivas, no es factible pensar en la posibilidad de llevar a término un embarazo, conciliando los derechos en conflicto a fin de darles cumplimiento.

A mi juicio, existe una norma ineludible: la protección de la vida, por lo que el aborto consentido es la excepción. Esta excepción se justifica a partir de la no imposición de un emba-

razo no deseado en condiciones que perjudiquen la vida y la salud de la mujer y que la lleve a ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Cuestión que ha quedado manifiesta en el documento que aportó a esta acción la Escuela Nacional de Enfermería y Obstetricia de la UNAM, cuando señala:

"La violencia que rodea a las mujeres que abortan sigue siendo un punto pendiente en la construcción de la ciudadanía y los derechos humanos de las mujeres, pues en las instituciones de salud a las mujeres que abortan se les descalifica, se les señala, se les estigmatiza, se les maltrata, se les violenta verbal y actitudinalmente, se les aísla, se les atiende al final, se les culpa, se les grita, se les trata como delincuentes o como sospechosas de haberse provocado a propósito el aborto. Además que la atención médica que se les brinda no es de calidad en la mayoría de los casos, y en ocasiones quien provee el servicio sobre todo si es varón quien realiza el procedimiento, lo efectúa de una manera agresiva como si quisiera castigarla para que no vuelva a practicarse un aborto, convirtiéndose así los proveedores de salud como Jueces de las mujeres."

Como sea, si quisiera insistirse en que la medida que penaliza bajo cualesquiera circunstancias la interrupción del embarazo, es de algún modo una medida idónea, o que por lo menos resultaría adecuada una medida menos drástica, como lo establece el régimen de excusas absolutorias, habría que evaluar las medidas en conflicto bajo el criterio de necesidad, ya que no se permiten afectaciones excesivas a los derechos.

Ahora, si bien es claro que la imposición de un embarazo es la medida más dañina para los derechos de las mujeres aquí invocados, pues los elimina, igual de fácil resulta apreciar que pretender emplear la penalización como su respaldo, cuando se lleva a cabo antes de las doce semanas de gestación, no se ajusta a la pauta de necesidad en razón de que provoca la afectación de los mencionados derechos, ya que tomando en cuenta que el derecho penal (como también se afirma en la sentencia aprobada por la mayoría) es una medida de última *ratio*, se estaría sometiendo a la mujer a un proceso penal, el cual, en su caso, pudiera llegar a ser restrictivo de su libertad. Y, aunque decidiera el Juez no imponer la privación de la libertad, el hecho de someterla a un proceso penal, es ya, por sí mismo, criminalizarla.

Lamentablemente, en el otro extremo de la balanza también habrá de reconocerse que la posibilidad de interrumpir un embarazo hasta la duodécima semana de gestación, constituye la medida más dañina para el derecho a nacer del producto de la concepción, pues niega de raíz ese derecho. Sin embargo, debe reconocerse que, al establecerse la temporalidad para la práctica de un aborto, ello encuentra sustento científico y también en el hecho de que entre mayor sea el tiempo de gestación, mayor será el peligro para la vida y la salud de la mujer y, a menor tiempo de gestación, ese riesgo será menor.

A causa de lo anterior —pero sin olvidar que ha quedado comprobado que la imposición del embarazo por parte del Estado, a través de la penalización de su interrupción no resulta una medida adecuada además de ser excesiva—, importa seguir adelante con un juicio de ponderación como el presente

para terminar de demostrar que, por trágico que sea, no criminalizar esa interrupción en los supuestos regulados en la legislación del Distrito Federal no resulta una opción inconstitucional, como lo sería su contraria.

Ello es así porque, de seguirse un juicio de ponderación, de proporcionalidad en sentido estricto, debido es concluir que prevalecen en el caso concreto los derechos fundamentales a la salud, vida y libertad de las mujeres, por encima del derecho a nacer del producto de la concepción.

El razonamiento que sostiene tal conclusión encuentra a su vez soporte en el hecho de que la culminación del embarazo es únicamente una posibilidad, en tanto que la afectación producida por la imposición del embarazo es una realidad, como real es el peligro al que se sometería a las mujeres en su vida, salud y libertad con la penalización.

Nuevamente viene a cuenta que se está ante un "caso trágico", toda vez que las afectaciones a los derechos en conflicto son igualmente graves. La interrupción del embarazo termina con el derecho a nacer del producto de la concepción, tanto como su imposición, a través de la penalización, llega a privar de la libertad a la mujer, por más que la afectación resultante de este proceso sea para ellas meramente "temporal", como se señalaba en el proyecto que originalmente fue discutido. Sin embargo, a mi juicio, esa afectación es definitiva y permanente, pues se ve alterada su vida laboral, familiar, educativa, profesional, social y la vida en su integridad.

En esta encrucijada, debe buscarse la solución del conflicto a partir del contraste de la menor afectación de los derechos fundamentales enfrentados.

Así, de obligarse a las mujeres a culminar un embarazo no deseado, dejando de lado sus derechos, el beneficio que podría seguirse para el derecho a nacer del producto de la concepción de cualquier modo permanecería incierto, no tanto porque la persona a la que se le impusiera un embarazo podría tener la suficiente determinación para someterse a un aborto clandestino; sino por el innegable hecho de que continuaría latente la posibilidad de que tal embarazo no concluyera por diversas razones, entre ellas, las razones naturales, ya que el derecho a nacer tiene por base una contingencia.

Por lo mismo, los beneficios para ese derecho únicamente son contingentes. En cambio, tratándose de los derechos de las mujeres involucradas en este debate los beneficios que obtendrían de continuar permitiéndose en ciertas condiciones la interrupción legal del embarazo no depende de incertidumbre alguna. Al no imponérseles el embarazo y estar previstas políticas públicas integrales en la materia, nada impide que interrumpen el embarazo en condiciones óptimas para su salud, en cualquier sentido. Todo lo cual inclina la balanza a favor de la constitucionalidad de la legislación examinada.

Falta, sin embargo, enfrentar esta conclusión con algunos de los argumentos que todavía resultan pertinentes u otros que pudieran ponderarse.

Uno de ellos tiene que ver con el uso de un argumento de tipo *kantiano*, que en lenguaje jurídico se traduce en recordar que ningún derecho puede ejercerse en perjuicio de terceras personas, que las libertades encuentran su límite en donde inician las de las demás, razón por la cual, afirman quienes así lo sostienen, que los derechos de las mujeres no

pueden ser invocados para privar del derecho a nacer del que es titular el producto de la concepción. Aunque sugerente, este argumento puede ser fácilmente invertido, ya que funciona en dos sentidos, pues tampoco las mujeres pueden ser usadas como medios para la procreación, para fines no propios; sino **sólo como fin en sí mismas**, porque, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una prohibición —la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo— en contraste con todos los principios liberales del derecho penal.

Al respecto es conveniente señalar que, por la peculiar relación que existe entre el embrión y la mujer, la cual no existe con el hombre, la diferencia biológica puede traducirse en una diferenciación y, sin embargo, con paradoja aparente, esto no contradice, sino que, al contrario, está implicado por nuestro principio de igualdad, y precisamente en su nombre debe ser reivindicado. En efecto, en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres y es sometiénolas al control penal que se les desvaloriza como personas y se reduce a instrumentos de procreación, con lo que se evidencia un trato discriminatorio al no penalizar más que a ellas.

No puede, por tanto, configurarse un "derecho a la paternidad voluntaria" análogo y simétrico a la posibilidad de la mujer de embarazarse, por la simple razón de que la gestación y el parto no pertenecen biológicamente a la identidad masculina, sino sólo a la femenina (cuestión que es también tratada en la sentencia). Allí donde la decisión de traer o no al mundo a través de un cuerpo femenino estuviera subordinada también al acuerdo con los potenciales padres, la decisión de éstos sería sobre el cuerpo de otra persona y equivaldría,

pues, al ejercicio de un poder del hombre o del Estado sobre la mujer que violaría al mismo tiempo la libertad de las mujeres y el igual valor de las personas.

De igual manera, debe tomarse en cuenta que si bien opera el principio *pro homine*, éste aplica no sólo al derecho a la vida del embrión menor a doce semanas, sino que también opera respecto del derecho a la vida y la salud de la mujer y los demás derechos que se vinculan.

En ese sentido, al resultar igualmente aplicable el principio *pro homine* respecto de ambos derechos en colisión, debe atenderse, como razones de peso, a otros principios que igualmente resultan útiles en el juicio de ponderación, como lo son los principios *pro libertate* y *pro legislatore*, los cuales en esencia resultarían determinantes en cuanto a los derechos de la mujer.

En una sociedad democrática se asume que existe un *pluralismo valorativo* y se rechaza que algún grupo, por numeroso que fuese, intente imponer a otros sus creencias. Los principios y valores que asumimos en una sociedad democrática, mismos que se reflejan en la Constitución mexicana, ya sea como valores, derechos fundamentales o principios, nos sirven para evaluar jurídica, pero también moralmente diferentes estados de cosas, acciones y consecuencias. Muchas veces en casos específicos no es fácil determinar qué valor, principio o derecho debe prevalecer frente a otros que también consideramos pueden ser aplicables. En casos complejos o difíciles nos vemos entonces obligados a evaluar las circunstancias a la luz de distintos valores o principios que entran en conflicto.

La *ponderación* es un instrumento de la razón que usamos para tratar de determinar qué valor o principio pesa más que otros en tales circunstancias. Ponderar implica realizar ajustes a nuestros valores y principios, delimitarlos y restringirlos cuando entran en relación con otros. Implica ser sensibles a las consecuencias que se producen por la aplicación o inaplicación de uno u otro principio (o derecho) en conflicto. La ponderación no puede hacerse sino a la luz de tomar en cuenta las circunstancias específicas de un caso concreto y de justificar racionalmente —o al menos *razonablemente*— estos ajustes. A través de estas operaciones tratamos de que nuestro sistema de valores y principios morales se vaya construyendo de una manera más coherente y consistente, pero asumiendo que esta labor es permanente y que difícilmente llegaremos a tener un sistema terminado que ya no necesite de más ajustes.

En estos casos, algunas morales religiosas o absolutistas (fundamentalistas), postulan un valor o un principio como supremo y lo aplican en los juicios sin tomar en consideración las consecuencias que producen, esto es, las consecuencias son irrelevantes para determinar si el principio ha de aplicarse o no. Desde algunas éticas de este tipo, el problema del aborto se plantea a la luz de un solo valor: la vida del producto. Este valor es absoluto y no admite restricciones. Los derechos de la mujer, las consecuencias no queridas que produce la penalización, la ineficacia misma de la penalización del aborto, etcétera, no cuentan nada para restringir el pretendido derecho a la vida del producto.

Pero esta concepción es inaceptable en un país plural, donde el ciudadano es libre de tener distintas creencias mo-

rales, religiosas y políticas. Nadie puede imponer una visión religiosa, ningún dogma religioso puede servir en tanto tal en una discusión pública, ni menos en una discusión judicial. Los valores, principios y derechos que se postulen han de entrar a una especie de juego donde unos y otros entran en relación y/o en conflicto.

Desde una *ética laica* tenemos que pensar en el aborto como un problema complejo, tenemos que ser sensibles a las consecuencias que ha producido el penalizar la conducta de abortar como a las consecuencias de despenalizar el aborto en las primeras doce semanas de embarazo. No podemos partir de un dogma que postule un valor o un derecho como el más importante o valioso, tenemos que asumir que hay una pluralidad de valores, principios y derechos, algunos de los cuales consideramos más importantes que otros, pero rechazamos que exista sólo uno que sea superior en toda ocasión a los demás.

Una *ética laica* está comprometida con ciertos valores y principios (consistentes con nuestros valores constitucionales), pero los considera valores *prima facie*, es decir, que en principio son aplicables a ciertos casos, pero que su aplicación ha de resolverse, en última instancia, cuando evaluemos cómo se relaciona o entra en conflicto con otros valores o circunstancias específicas en un caso concreto. En esta evaluación que hacemos no podemos ser indiferentes a las consecuencias.

Cuando existe al menos una duda del todo razonable sobre el estatus del embrión y del feto, duda que se refleja en que para algunos no puede ser considerado una persona; cuando nuestros argumentos no alcanzan para persuadir a quienes

piensan que el embrión es un ser humano valioso como cualquiera de nosotros, nos enfrentamos no sólo a un problema de creencias, sino también a un problema de actitudes. No es éste el espacio de discusión para señalar el porqué creo que, al menos en cuanto a las creencias, las de estos últimos son erróneas. Lo que sí me parece importante es destacar que la discusión que ellos presentan se centra en este punto y se ignora totalmente el de los derechos de la mujer.

Al menos es claro que tanto para unos como para otros la mujer es una persona con derechos (incluso cuando se sostienen visiones machistas de la mujer); con derecho a su vida, a su integridad, con derecho a la salud, a la autonomía, a sus derechos reproductivos, etcétera. Además, en el plano constitucional es claro que nadie ha puesto esto en tela de juicio, la mujer tiene todos estos derechos reconocidos de manera expresa y clara.

Estamos, sin duda, obligados a una interpretación no restrictiva de derechos humanos, pero lo que es muy claro y no es controvertible es que la mujer es un ser humano que tiene derechos y que éstos están consagrados de manera expresa y clara en la Constitución, que la penalización del aborto la coloca en una situación de vulnerabilidad, de la cual es víctima, que su vida se ve afectada y que se ven vulneradas su salud y su autonomía.

Por las razones anteriores, disiento de las consideraciones que vierte la mayoría en la sentencia sobre la base de considerar, como premisa básica, el desconocimiento del derecho a la vida, y estimo que el análisis debe partir, precisamente, del reconocimiento de ese derecho, como en este voto particular he intentado expresar.



## **VIII. VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA LA MINISTRA MARGARITA BEATRIZ LUNA RAMOS\***

**S**i bien comparto el sentido de la resolución pronunciada, me aparto de los argumentos expresados por la mayoría, en virtud de que, en mi opinión, la despenalización del aborto no representa un problema de constitucionalidad, motivo por el cual considero que los conceptos de invalidez resultan inoperantes.

Los argumentos que sustentan el sentido de mi voto son los siguientes:

Según la doctrina kelseniana, la función estatal equivale a función jurídica. "El automovimiento específico de derecho es considerado desde el punto de vista de su dinámica. Por tal razón, toda función de Estado es una función de crea-

---

\* *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, marzo de 2009, p. 1566; IUS: 40169.

ción jurídica: el proceso evolutivo y graduado de la creación normativa."<sup>1</sup>

El orden jurídico se nos presenta como un conjunto de normas de las cuales unas determinan a otras y desembocan en una norma última que se denomina Norma Fundamental.

Esa norma fundamental es la Constitución en sentido lógico-jurídico, porque sobre dicha norma se basa el primer acto legislativo no determinado por ninguna norma superior de derecho positivo. En la Constitución se instituyen: los órganos creadores del derecho, los procesos de creación de las normas generales que surgen de ella y los contenidos de éstas.

"La Constitución, es pues, el conjunto de normas que establecen los órganos del Estado, las relaciones entre éstos, los procesos fundamentales de creación de las normas que integran el orden jurídico y los contenidos necesarios excluidos o potestativos de esas normas."<sup>2</sup>

Con base en la definición precedente, válidamente podemos afirmar que la Constitución contiene tres tipos de normas:

1. Las que crean órganos del Estado y establecen y delimitan sus funciones;

2. Las que establecen los procedimientos de creación jurídica; y,

---

<sup>1</sup> Kelsen, Hans. Teoría general del Estado, Traducción de Luis Legaz Lacambra, Ediciones Coyoacán, segunda edición, 2005, pág. 325.

<sup>2</sup> Schmill Ordóñez, Ulises, El Sistema de la Constitución Mexicana, Textos Universitarios S.A., 1971, pág. 108.

3. Las que establecen los contenidos de las normas secundarias.

Los dos primeros tipos configuran la parte orgánica y el tercero la dogmática, en la que se encuentran las garantías individuales.

Constitucionalmente, las normas, atendiendo a su contenido pueden ser:

3.1. De contenido necesario;

3.2. De contenido prohibitivo; y,

3.3. De contenido optativo.

3.1. **Las de contenido necesario** suponen situaciones que obligatoriamente debe establecer la norma. Por ejemplo, toda ley que regule actos de privación debe establecer la garantía de audiencia previa; si no incluye en su contenido esta garantía la ley será contraria a la Constitución.

3.2. **Las de contenidos prohibidos** son aquellas que incluyen en su normatividad alguna prohibición que expresamente establece la Constitución. Por ejemplo, el artículo 1o., párrafo segundo, constitucional prohíbe la esclavitud, consecuentemente, toda ley que la permita, es inconstitucional por incluir en su contenido una prohibición constitucional.

3.3. **Las de contenido optativo** son las disposiciones cuyo contenido queda a la ponderación del legislador, quien tiene que sopesar la situación económica, social, moral, po-

lítica, etcétera. Por ejemplo, es obligación de los mexicanos contribuir para el gasto público; contribución que implica establecer gravámenes fiscales a ciertas actividades, bienes o servicios, pero la Constitución no determina qué impuestos debe establecer la autoridad legislativa; por tratarse de un contenido, la normatividad secundaria puede o no establecer determinados cargos fiscales simplemente respetando, claro está, otros principios constitucionales como los de legalidad, equidad, proporcionalidad y destino al gasto público. Si la ley que los crea no cumple con estos principios, entonces el impuesto relativo será inconstitucional.

Debe hacerse hincapié en que las normas constitucionales están dirigidas al Estado y no a los particulares; es decir, no regulan directamente la conducta de éstos, pues las de la parte orgánica van dirigidas a la actividad del Estado en cuanto al funcionamiento de sus órganos y los procedimientos para que éstos establezcan normas; y la dogmática, está dirigida a los órganos encargados de crear normas a fin de que les atribuyan contenidos adecuados.

Consecuentemente, si por garantía individual entendemos que es el derecho público subjetivo que la Constitución reconoce en favor de los particulares quienes tienen el derecho de oponer al Estado su respeto a través del juicio de amparo; es válido afirmar que las garantías surgen de la relación gobernado (acreedor) y Estado (deudor), es decir, de la relación entre particulares y autoridades. Por tanto, solamente son las autoridades las que pueden cometer violaciones a dichas garantías, no así los particulares. Por ejemplo, si se priva de la vida a una persona por condena de sentencia jurisdiccional, la autoridad que lo ordene viola la Constitución que prohíbe la

pena de muerte, pero si es un particular el que priva de la vida a otro, estamos en presencia de la comisión de un delito no de la violación a una garantía individual.

Esto explica por qué el Estado, al ejercer sus funciones, lo hace mediante la realización de actos jurídicos que suponen manifestación externa de la voluntad que lleva implícita la intención de que la actividad que se realiza produzca consecuencias jurídicas, es decir, el acto jurídico es voluntario e intencionado, es voluntario porque el sujeto que realiza el acto jurídico lo realiza con pleno conocimiento y con la voluntad de realizarlo, pero no basta eso, sino, además, debe existir la intención de que ese acto produzca consecuencias jurídicas. Así, la intención o intencionalidad es el elemento distintivo del acto jurídico.

El delito podrá ser voluntario pero nunca intencionado, porque si bien el delincuente puede realizar la conducta voluntariamente no tiene la intención de que se produzcan las consecuencias jurídicas como son las de ser procesado o sancionado.

Los actos jurídicos pueden ser privados de eficacia o anulados. En cambio el hecho jurídico no puede ser anulado. La sentencia que ordena que se prive de la vida a una persona, es un acto jurídico que puede ser anulado; el homicidio es un hecho jurídico, por tanto, no puede ser anulado, en todo caso, será motivo de sanción a quien lo cometió, pero el hecho como tal no puede ser privado de eficacia.

Por eso, las sentencias penales no son declaraciones de nulidad, simplemente constatan hechos y establecen conse-

cuencias como puede ser la sanción; la sentencia puede ser condenatoria, pero no anulatoria. La sanción podrá ordenar, además, la reparación del daño pero no anula el hecho jurídico que le da origen.

Ello explica que los actos de autoridad pueden ser anulados o privados de eficacia mediante procedimientos ordinarios o extraordinarios, no así los hechos jurídicos.

Por tanto, la comisión de un delito no es tema de constitucionalidad, como sí podría serlo la violación de garantías por parte de la autoridad. Además, los particulares no pueden violar garantías, porque la relación jurídica que supone necesariamente tiene como sujeto pasivo al Estado.

De todo esto se concluye que la conducta que adopten los particulares no plantea temas de constitucionalidad. Además, salvo preceptos expresos, tales como 16, párrafos noveno y décimo segundo; 19, párrafo segundo; 107, fracciones XVI y XVII; y 111, párrafo primero, entre otros, que determinan que los supuestos establecidos deben ser sancionados penalmente, no existe precepto alguno en la Constitución que establezca cuáles son las conductas que deben o no ser tipificadas como delitos, por tanto, si la Constitución no señala cuál debe ser el tipo sancionable con pena corporal, quiere decir que se trata de normas de contenido optativo.

Por ejemplo, el delito de adulterio en algunos Códigos Penales se sanciona penalmente cuando se comete en el domicilio conyugal o con escándalo, y no se sanciona en otras condiciones. La pregunta es si el adulterio que se realice en cualquier forma atenta contra la estabilidad familiar y la fami-

lia está protegida por el artículo 4o. constitucional, ¿por qué el adulterio efectuado discretamente no es sancionado penalmente, o bien, por qué en algunos códigos en ningún caso es estimado como delito, solamente es considerado como causal de divorcio? Y el hecho de que en algunos ordenamientos se considere como delito y en otros no, ¿atenta contra la Constitución?

Otra pregunta sería ¿por qué no se considera que el divorcio atenta contra la Constitución, si destruye a la familia, no obstante que el artículo 4o. constitucional la protege?

La respuesta es: —porque son normas de contenido optativo— y en normas de esta naturaleza, los contenidos quedan a la ponderación del legislador, quien determinará si de acuerdo a la situación económica, política, moral o social, ciertas conductas deben o no ser castigadas y en qué forma. Es decir, el establecimiento del tipo para efectos de sanción penal, de no estar expresamente determinado en la Constitución, son normas de contenido optativo, pues no es un contenido necesario, ni un contenido prohibido; por tanto, la circunstancia de que determinadas conductas sean o no consideradas como delitos sancionables penalmente, no vulnera la Constitución.

Esa ponderación a cargo del legislador para determinar qué conductas pueden ser tipificadas como delitos sancionables con pena corporal, no puede considerarse constitucional o inconstitucional, simplemente no es materia de constitucionalidad.

Esa ponderación del legislador para evaluar las circunstancias en que el delito es llevado a cabo, le permite,

incluso, atemperar o suprimir la pena. Esto justifica que en el proceso penal existan figuras tales como la prescripción y las eximientes de responsabilidad que impiden sancionar ciertas conductas independientemente de la gravedad de su resultado.

Toda persona que mata a otra debe ser privada de su libertad. Entonces, ¿por qué existe la legítima defensa? ¿Por qué el homicidio en riña no se castiga de la misma manera que el homicidio imprudencial o que el homicidio calificado? ¿Por qué si la Constitución protege la propiedad privada, algunos de los delitos en contra de ella requieren querrela de parte? ¿Por qué hay delitos que se persiguen de oficio? ¿Por qué hay prescripción en materia penal?

La respuesta es: porque ello se establece en normas de contenido optativo.

Además si el argumento es que los preceptos combatidos violan los artículos 14 y 22 de la Constitución porque éstos protegen el derecho a la vida, es necesario acudir a su texto:

"Artículo. 14. ...

"Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."

"Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el

tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales."

Los artículos transcritos fueron reformados el 9 de diciembre de 2005 con el propósito de prohibir la pena de muerte; sin embargo, es necesario señalar que la prohibición de referencia fue establecida para las autoridades, no para los particulares.

Si el artículo 22 dispone que "**quedan prohibidas las penas de muerte ...**", es indudable que se refiere a las que pueden imponerse por las autoridades, no a la conducta de privación de la vida que lleva a cabo un particular, pues los particulares que despliegan este tipo de conductas no lo hacen por imposición de sanciones penales, en todo caso, estarán cometiendo un delito, si es que el legislador lo tipifica como tal, pero no es válido afirmar que el particular está violando el 22 constitucional, pues los particulares no violan garantías individuales.

Con motivo de esta reforma se suprimió del artículo 14 constitucional la palabra vida, pues el texto anterior establecía "Nadie podrá ser privado **de la vida**, de la libertad o de sus propiedades posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.". Lo que este artículo establecía no era la defensa al derecho a la vida, sino que el Estado podía sentenciar a una persona a pena de muerte, pero que previamente debía darle la oportunidad de defenderse en un juicio en el que se siguieran las formalidades del procedimiento.

La garantía de audiencia previa establecida en favor de los gobernados tratándose de actos de privación está referida a que las autoridades pueden realizar actos de esta naturaleza en perjuicio de los gobernados, pero que previamente se otorgue a éstos la oportunidad de defensa en un procedimiento administrativo o jurisdiccional, mediante el ofrecimiento de pruebas y alegatos.

Es decir, la garantía de audiencia no se establece para ser respetada por particulares, sino por autoridades en procedimientos administrativos propiamente dichos seguidos en forma de juicio o jurisdiccionales.

Consecuentemente, en la actualidad, si una ley establece que se le prive de la vida a una persona, esa ley es violatoria de la Constitución, porque está prohibida la pena de muerte. Si un particular priva de la vida a otro, no viola la Constitución, pues al encontrarse tipificada esa conducta, comete un acto delictivo que puede ser sancionado penalmente.

Como 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.

Por tanto, en mi opinión, la despenalización de la interrupción del embarazo a las 12 semanas de gestación establecida en los artículos combatidos, no es un tema de constitucionalidad, pues en la Carta Magna no existe determinación alguna que precise el contenido de las normas regulatorias de estas conductas, precisamente porque se trata de normas de contenido optativo.

Todo lo hasta aquí dicho supone un análisis exclusivamente jurídico constitucional de la cuestión planteada, que de ninguna manera prejuzga sobre cuestiones morales o de otra índole.

Por estas razones, coincido con el sentido de la resolución pero me aparto de las consideraciones que sustentan el criterio mayoritario, en virtud de que considero que los conceptos de invalidez esgrimidos deben declararse inoperantes por no tratarse de un problema de constitucionalidad.



## **IX. VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL MINISTRO JUAN N. SILVA MEZA\***

El presente voto concurrente tiene como finalidad, en principio, exponer las razones por las cuales considero que el engrose de la sentencia de las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007, por una parte, no refleja la totalidad de los argumentos expuestos por la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno en las sesiones en las que se discutió el asunto, además de que incluye algunos que no fueron materia de debate, llegando a conclusiones distintas a las que arribó la mayoría.

En segundo término, insistir en las consideraciones jurídicas que formaron mi convicción en torno a la validez constitucional de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en sus doce primeras semanas.

---

\* *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, marzo de 2009, p. 1642; IUS: 40175.

Si bien las exposiciones de las señoras y señores Ministros fueron en ocasiones encontradas, el análisis de las versiones del debate realizado permite identificar con claridad los argumentos coincidentes, que efectivamente dan sustento a la determinación de declarar válidas desde el punto de vista constitucional las normas cuestionadas.

Algunos de dichos argumentos fueron los siguientes:

1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sí protege el **derecho a la vida**, aunque **no lo hace en forma absoluta** (criterio sostenido por la mayoría excepto por la señora Ministra Margarita Luna Ramos y el señor Ministro José Ramón Cossío Díaz).

2. La mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno (excepto la minoría antes mencionada) **en su argumentación destacaron la importancia de los derechos de que gozan las mujeres.**

3. Los señores Ministros Valls Hernández, Franco González Salas, Gudiño Pelayo y el que suscribe, calificamos el actuar de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y concluimos que la medida utilizada **era racional**, por preferir los derechos de las mujeres a los del producto de la gestación, en sus doce primeras semanas.

4. También coincidimos en que no existe una norma constitucional que obligue al legislador a penalizar la conducta en cuestión.

Ahora bien, no podemos dejar de destacar que la sentencia, en cuyo sentido concurro, refiere textualmente lo siguiente:

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

"... este tribunal no puede partir de suposiciones incorrectamente reductivas, o elaborar las mismas a partir de una conclusión previamente formulada; en el mecanismo de la elaboración de una causa adecuada de los actos normativos del órgano de reforma, que pretenda explicar las razones por las cuales estos actos tuvieron lugar, tienen un mayor peso los elementos mencionados, más que un supuesto que sostenga la idea de un derecho absoluto y general a la vida ..."

La afirmación de que el derecho a la vida no se encuentra protegido constitucionalmente, **no** fue sostenida por la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno que votó a favor de la constitucionalidad de las normas impugnadas. Antes bien, dicho pronunciamiento resulta opuesto al consenso de la mayoría que consideró que el derecho a la vida, aunque implícitamente, sí se encuentra reconocido a nivel constitucional. La inclusión de este tema en la sentencia sin haber sido una consideración sostenida por la mayoría, eventualmente puede poner en duda la obligatoriedad de lo decidido.

Aunado a lo anterior, el propio hecho de sostener que el derecho a la vida no se encuentra reconocido constitucionalmente y que, por ende, no se puede establecer un mecanismo mediante el cual se pueda determinar si éste es o no oponible a otros derechos, implica que no se pueden identi-

ficar los bienes o derechos constitucionales que en el caso se encuentran en conflicto y, por ende, no contar con los elementos indispensables para analizar si la medida adoptada por el legislador local, a saber, la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en su etapa primaria, se ajusta o no al ámbito constitucional.

En el caso, en **la sentencia**, en principio, se parte de la facultad de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de despenalizar una conducta, y después se realiza un pronunciamiento en torno a la imposibilidad de analizar el alcance del derecho a la vida, debido a su inexistente configuración constitucional, para concluir que la medida adoptada por el legislador local es válida, pues es necesaria y proporcional.

El desarrollo del engrose en los términos apuntados provoca que tenga las siguientes inquietudes: ¿resulta válido pronunciarse en torno a la constitucionalidad de una medida, si no se identifican con claridad los derechos constitucionales que están en juego?, ¿si se parte del convencimiento de que el derecho a la vida no se encuentra reconocido constitucionalmente, es necesario pronunciarse en torno a la validez de las normas impugnadas, o sólo basta con sostener que el legislador local puede despenalizar conductas?, ¿es obligatoria la decisión sin sustentarse en los argumentos de consenso?

Desde mi óptica, siempre sostuve que para poder analizar debidamente si la medida adoptada por el legislador local, en este caso la concreta despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en sus primeras doce semanas, es o no apegada al orden constitucional, es **indispensable** identificar en principio los bienes o derechos constitucionales que se encuentran en juego.

En el caso, las autoridades promoventes tratan de identificar los derechos del "*producto de la concepción*", partiendo del concepto del derecho absoluto a la vida, dando menor importancia o prácticamente sin mencionar a los derechos constitucionales con los que gozan las mujeres, para llegar a la conclusión de que la autoridad demandada, el órgano legislativo local, violentó la Constitución Federal al no atender a los derechos del primero.

Por su parte, el ejercicio de ponderación llevado a cabo por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal identifica los derechos de las mujeres y con apoyo en ellos justifica la despenalización de una conducta que, en su concepto, se realiza en un periodo específico de tiempo que perjudica en menor medida al embrión dado su incipiente desarrollo.

Por ende y en atención al planteamiento del problema en términos de lo realizado por la autoridad demandada y lo cuestionado por las autoridades promoventes, deviene indispensable identificar los derechos o bienes constitucionales que se encuentran en conflicto.

Ejercicio, cabe mencionar, que fue expuesto por la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno pero **no quedó reflejado en la sentencia que nos ocupa.**

Por ello, en este voto concurrente debo insistir en que para enfrentar el estudio de la constitucionalidad de las normas cuestionadas es necesario destacar que los miembros de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación necesitamos comprender la realidad social de nuestros días, para hacer **efectivos**, por un lado, los derechos fundamentales y bienes

constitucionales que están en conflicto y, por otro, y acaso con mayor énfasis, atender a los principios constitucionales: **democracia, laicidad del Estado mexicano, pluralidad de los ciudadanos** y no perder de vista el innegable carácter social de la Constitución Federal, pues sólo de esta manera **se podrá dar sentido a la verdadera funcionalidad de un Tribunal Constitucional.**

Como recordamos, en las demandas promovidas por la Procuraduría General de la República y el presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos se partió de la premisa de que en el ámbito constitucional existe una irrestricta y absoluta protección al derecho a la vida del *nasciturus*.

Pero, contrario al planteamiento anterior, el tema que nos tocó resolver no podía partir únicamente del producto de la concepción, sino mirar a la otra parte del problema, esto es, a los derechos de las mujeres que se encuentran involucrados, pues con base en ellos la Asamblea Legislativa del Distrito Federal sustentó su determinación de despenalización.

El atender únicamente a las consecuencias y derechos del embrión como lo hacen tanto las autoridades promoventes como la minoría de los integrantes del Tribunal Pleno, provoca que sólo en vía de consecuencia se analice la problemática de la mujer, lo que implica demeritar y soslayar derechos fundamentales de la mujer, de gran envergadura.

También se desconocen dichos derechos cuando en la sentencia que pretende agrupar las consideraciones de la mayoría no se analizan, ni identifican, los derechos de las mujeres que se encuentran vinculados y los cuales son sustento del actuar de la autoridad demandada.

Ahora bien, la despenalización de la interrupción del embarazo en su etapa temprana necesariamente debe relacionarse con los derechos constitucionales expresamente reconocidos a las mujeres, toda vez que constituye un hecho irrefutable que el embrión y la mujer embarazada se encuentran físicamente unidos, de ahí que la solución a la prevalencia de los derechos de uno sobre los del otro, debe ser abordada tomando en cuenta como punto de partida, que existen, por así decirlo, dos partes en el conflicto.

Previo a la identificación de tales derechos se deben hacer también las siguientes reflexiones:

1. La mayoría de los países del mundo han tenido o tienen una continua deliberación del tema y las posturas que al respecto se han tomado son divergentes, pues en relación con el aborto influyen un sin fin de cuestiones propias del quehacer humano.

Sin embargo, aunque con notables diferencias en sus tradiciones culturales y jurídicas, en la mayoría de ellos se ha podido establecer un equilibrio entre los derechos de la mujer embarazada y el interés del Estado de proteger la vida potencial.

2. La interrupción voluntaria de los embarazos es un fenómeno universal, que a lo largo de la historia ha suscitado uno de los más férreos debates de la sociedad.

3. Quizás el tema sea uno de los pocos que concierne a muchos y variados ámbitos del conocimiento humano, pues en la discusión intervienen médicos, filósofos, juristas, científicos

cos, sociólogos, teólogos, etcétera, de ahí la complejidad de contar con una solución con valor pleno. No hay una solución de consenso. Por ello, el entendimiento, **hoy**, del derecho a la vida de los concebidos y al aborto es contingente, pues responde al contexto y problemas que surgen con los cambios sociales.

Lo anterior revela que no es tarea de este Tribunal Constitucional determinar cuándo se adquiere la condición de persona humana dentro del proceso de gestación, pues existen numerosas teorías al respecto y será a otras ciencias a las que compete debatir el tema en cuestión.

Lo que sí es tarea de este tribunal es enfrentar este asunto desde el ámbito constitucional, identificando puntualmente los derechos fundamentales que se encuentran en colisión, consecuencia de la medida utilizada por el legislador local.

Para verificar en un estricto escrutinio constitucional si la medida adoptada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es racional y si es proporcional para alcanzar los fines perseguidos por ella, es indispensable referirse a los derechos fundamentales que como tales o como bienes constitucionales protegidos imbricados entran en conflicto, por esa unión entre la mujer y el *nasciturus*.

No podemos olvidar que los derechos fundamentales son todos de la misma jerarquía, considerados en abstracto. Es decir, el carácter *prima facie* y no absoluto de los derechos fundamentales deriva del hecho de que pueden ser desplazados por otros, lo que provoca que habiendo conflicto entre dos o más se debe determinar cuál de ellos debe prevalecer, caso por caso, y conforme a las circunstancias específicas.

Por ende, el reconocimiento que hizo esta Suprema Corte de Justicia de la Nación del derecho a la vida no significa que el mismo sea absoluto y que no sea susceptible de ser balanceado con otros derechos o limitado en atención a ciertos intereses estatales.

Lo anterior se sustenta en el hecho de que es el propio sistema constitucional el que en algunos casos lo subordina a otros valores constitucionales. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico encontramos diversos casos que claramente imponen límites al derecho a la vida.

Los derechos fundamentales de las mujeres que intervienen en el conflicto en estudio son la vida, la salud, la igualdad, la no discriminación, la libertad sexual y la reproductiva, la autodeterminación y la intimidad.

Es evidente que tanto el significado como el alcance de los citados derechos fundamentales se explican por sí mismos, sin embargo, considero necesario realizar ciertas consideraciones en torno al alcance constitucional solamente de algunos de ellos:

En torno a la igualdad de género, libertades sexual y reproductiva, debo decir que tanto del texto como del proceso legislativo que culminó con la reforma al artículo 4o. constitucional llevada a cabo en el año de mil novecientos setenta y cuatro, se desprende que la consagración de los postulados ahí contenidos obedeció en gran medida a mitigar la discriminación de la que en ese entonces aquejaba al género femenino.

Lo anterior queda evidenciado en diversas frases formuladas a lo largo de dicho proceso legislativo:

Así, postulados como: "... la procreación libre apareja un derecho a la información y un compromiso de solidaridad"; "... la única diferencia que puede establecerse validamente entre los derechos de la mujer y del varón, será aquella que se derive de la protección social a la maternidad preservando la salud a la mujer y del producto en los periodos de gestación y la lactancia"; "... el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos ... es oponible ante el Estado, se inscribe en el contexto de las garantías individuales. Su libre ejercicio supone la ausencia de coacción por el poder público"; "... una menor cantidad de hijos posibilita una mayor atención y cuidado para cada uno de éstos y la incorporación de la mujer a las tareas colectivas. La separación de los nacimientos racionaliza la fecundidad y facilita la organización de la vida femenina"; (el derecho a decidir de manera libre y responsable el número y espaciamiento de los hijos consagra) "... sin condición alguna y sí con el pleno derecho de exigir al Estado que posibilite el ejercicio de sus derechos proporcionándoles la información suficiente y necesaria para asumir una real responsabilidad en la planeación de su familia. Ello no implica en forma alguna la intervención, ni siquiera indicativa, por parte de autoridad o persona alguna sobre la decisión de lo que ha de ser la descendencia de la pareja".

Así las cosas, es claro que lo que el legislador quiso plasmar fue el deber del Estado de no intervenir en una decisión personal como lo es la planificación familiar, adquiriendo además el claro compromiso de dotar a la población de los medios suficientes e idóneos para ejercer lo que se denomina una "paternidad responsable".

Por otra parte, el derecho a la privacidad encuentra su fundamento en el artículo 16 constitucional que prohíbe cualquier acto de molestia sobre la persona sin que exista una causa que lo funde y motive.

La idea de evitar molestias injustificadas por parte del Estado radica en el concepto de autonomía personal y en la libertad de cualquier individuo de poder realizar determinadas actividades de carácter personal con las limitantes que establece la ley, sin tener que seguir alguna directriz gubernamental.

En el Texto Constitucional se reconoce el derecho sobre el propio cuerpo y sus manifestaciones en el mundo físico (artículos 1o., 4o., 5o., 9o. y 11o. constitucionales respecto de la proscripción de la esclavitud, la libertad sexual, la libertad de contratación, libertad de asociación y el derecho de libre tránsito).

También dentro de este derecho a la privacidad se puede subsumir el derecho de toda persona a disponer libremente de su propio cuerpo en los términos que lo estime conveniente.

La autonomía corporal es sin lugar a dudas el presupuesto básico de la seguridad e independencia de cualquier ser humano.

Por otra parte, y en relación a la protección constitucional relacionada con la continuación del proceso de gestación, debe decirse que el interés del Estado en salvaguardarlo tiene sustento en sus artículos 4o. y 123, pues de ellos se infiere una protección integral tanto a la familia como a la mujer embarazada para que cuente con las medidas necesarias

para laborar, sin poner en riesgo la salud del producto de la concepción.

Es importante destacar que dicha protección también encuentra asidero en disposiciones legales de diversa índole (civiles, laborales y penales), destacándose que la protección de referencia se circunscribe a las materias en las que se contiene.

Ahora bien, partiendo del conocimiento de que existe protección constitucional tanto para la mujer como para asegurar la continuidad del proceso de gestación, lo procedente es dilucidar si la medida adoptada por el legislador local, consistente en despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo, es racional y proporcional y por ende, apegada al Texto Constitucional.

Si bien, en la sentencia se expresaron las razones por las cuales la medida adoptada por el legislador local es racional y proporcional, en el presente voto resulta necesario exponerlas con la intención de que mi postura en torno al tema sea completa.

Ahora bien, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al estar constituida por diputados electos por el voto de los ciudadanos es depositaria de la soberanía popular del pueblo al que representa y, por ende, cuenta con las facultades para dilucidar por la mayoría de sus integrantes, mediante un debate abierto, las conductas que en el ámbito penal deben o no ser reprochadas.

Aquí, debe reconocerse que dada la ausencia de definición constitucional expresa del momento en que debe brindarse

protección a la vida, el intérprete constitucional, legisladores y los Jueces deben ser deferentes a la decisión del legislador que lo hace ponderando los derechos en conflicto en ejercicio democrático.

Debe agregarse que en el caso concreto del delito de aborto y la despenalización de la interrupción voluntaria de los embarazos dentro de sus primeras doce semanas, **no existe disposición constitucional que refiera expresamente que dichas conductas deban ser sancionadas en el ámbito penal.**

En efecto, la decisión de cuándo se debe **acudir a la ley penal** corresponde al Poder Legislativo y, en el caso, las conductas en estudio corresponde legislarlas a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, por disposición expresa del artículo 122 constitucional.

Cabe recordar que sólo por vía de excepción en el Texto Constitucional se contemplan los casos que desde tal orden se refiere criminalizar, no siendo materia de previsión expresa constitucional lo relativo a la interrupción voluntaria del embarazo.

El ejercicio democrático llevado a cabo por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al reformar las normas impugnadas, concluyó con la despenalización de una conducta.

La justificación general de la medida adoptada fue la siguiente:

1. Acabar con un problema de salud pública, derivado de la práctica de abortos clandestinos. Se estimó que la des-

penalización del aborto permitirá que las mujeres puedan interrumpir voluntariamente su embarazo en condiciones de higiene y seguridad.

2. Garantizar un trato igualitario a las mujeres, en específico a aquellas de menores ingresos, así como reconocerles libertad en la determinación de la forma en la que tienen relaciones sexuales y su función reproductiva.

3. Reconocer que no debe existir la maternidad forzada y se debe permitir que la mujer pueda desarrollar su proyecto de vida en los términos que lo estime conveniente.

4. Se justificó que el procedimiento para abortar se lleve a cabo dentro del periodo de doce semanas, puesto que es más seguro y recomendable en términos médicos.

5. La interrupción del embarazo se despenaliza únicamente para el periodo embrionario y no el fetal, antes de que se desarrollen las facultades sensoriales y cognitivas del *nasciturus*.

Como se desprende de lo reseñado, el legislador local ya realizó el ejercicio de ponderación propio de su quehacer democrático y llegó a la conclusión multirreferida.

Es importante precisar que el ejercicio de ponderación realizado por el legislador local se circunscribe al ámbito penal.

Lo anterior es de la mayor relevancia, toda vez que el asunto que nos ocupa no implica que, del ejercicio de ponderación efectuado, se sostenga una premisa que sea aplicable a todos

los ámbitos jurídicos, pues el ejercicio realizado por el legislador local se refiere a la ponderación **concreta de dos bienes en conflicto que tuvieron como resultado la despenalización de una conducta.**

El ejercicio realizado resulta acorde con la tendencia legislativa reflejada en el derecho comparado que ha venido estableciendo hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo o límites a la persecución penal del aborto, sustentadas en la ponderación **concreta entre dos bienes en conflicto, que tuvieron como resultado la despenalización de una conducta.**

En mi concepto, la medida utilizada por el legislador resulta idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres pues, dada la no penalización de la interrupción del embarazo, se libera a las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e incluso respecto de su vida, pues no podemos desconocer que aún en la actualidad existe mortalidad materna.

Aunado a lo anterior, la medida de referencia dado su ámbito de temporalidad, toma 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, en contraposición, si dicha interrupción se realiza clandestinamente y fuera de los parámetros dados por el legislador, no puede asegurarse la salud de la madre.

Por su parte, la penalización de la etapa primaria de la interrupción del embarazo no resulta idónea para salvaguardar la continuación del proceso de gestación, puesto que

constituye una realidad social que las mujeres que no quieren ser madres recurren a la práctica de interrupciones de embarazos clandestinos, con el consecuente detrimento para su salud e, incluso, con la posibilidad de perder sus vidas. Haciéndose hincapié en que no por la existencia de la prohibición penal las mujeres embarazadas vayan a abstenerse de realizar abortos, con lo cual no se asegura la vida de la madre, ni las condiciones mínimas de salubridad para estos procedimientos, y menos aún que el proceso de gestación llegue a su fin.

Por último, es proporcional la medida empleada por el legislador, puesto que en mi concepto, y limitado al periodo empleado por el legislador local, es acertada la prevalencia que se da respecto de los derechos de las mujeres, pues la no penalización de la interrupción del embarazo en sus primeras doce semanas salvaguarda indiscutiblemente derechos de las mujeres de gran importancia, tutelados por el orden constitucional dentro de los que se encuentra, incluso, el derecho a la vida.

El reproche por la vía penal, es decir, la imposición de la pena en el citado caso, no sirve para asegurar el correcto desenvolvimiento del proceso de gestación, pues nuestra realidad social es otra y, de lo contrario, se menoscaba y reafirma la discriminación hacia las mujeres.

Por ende, no puede plantearse que la amenaza penal es la primera y única solución a la erradicación de las prácticas clandestinas de interrupción voluntaria del embarazo, pues más allá de la teoría que utilicemos para justificar la imposición de la pena estatal, la sanción no puede ignorar

la racionalidad y necesidad, pues de lo contrario se habilitaría el ingreso al sistema penal de la venganza como inmediato fundamento de la sanción.

El derecho penal moderno incorpora el principio de *ultima ratio* que obliga que las penas, como el medio coercitivo más importante del Estado, sean el último de los instrumentos estatales para prevenir los ataques a los bienes y valores fundamentales de la sociedad. En consecuencia, esa intrusión debe ser la mínima posible.

En este sentido, penalizar la conducta en cuestión sería tanto como utilizar al derecho penal como una herramienta simbólica, y no como un mecanismo de *ultima ratio*.

Por ello, la penalización de la conducta es ineficaz y lejos de impedir que las mujeres recurran a la interrupción voluntaria del embarazo de una manera segura, las obliga a someterse a procedimientos médicos en condiciones inseguras en las que, incluso, ponen en riesgo su vida.

La anterior aseveración se encuentra reforzada si tomamos en consideración los datos estadísticos que permiten demostrar la nula eficacia que ha tenido la penalización de la conducta en dicho periodo en el Distrito Federal, como medio para evitar y castigar dicha conducta.

Basta tomar en consideración los datos estadísticos oficiales de los años dos mil seis y dos mil siete, que nos revelan que la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal inició veintiocho averiguaciones previas por el delito de aborto, dos por mes, una cada quince días, muy poco si se toma en

cuenta que las cifras oficiales también demuestran que se practicaron aproximadamente catorce mil abortos.

La racionalidad de la reforma impugnada también se justifica si tomamos en consideración que el Estado, a pesar de haber emprendido acciones de planificación familiar, hasta ahora no han sido lo suficientemente amplias y eficaces para que las parejas decidan libre y responsable el número y espaciamiento de sus hijos.

Por ende, si el propio Estado no ha cumplido con su obligación constitucional (artículo 4o.) de educar en materia sexual y reproductiva, y ha sido insuficiente en garantizar un acceso pleno de métodos anticonceptivos, además de que no puede desconocerse que no existe alguno que sea 100% efectivo, no puede reprocharse a la sociedad un ejercicio irresponsable de la libertad reproductiva, mediante la penalización absoluta de la conducta en estudio.

**Por lo anterior, considero que las normas emitidas por el legislador local** son razonables y constitucionalmente sustentadas, pues en un ejercicio democrático en cierta manera reconocen que el **Estado ha sido incapaz** de mitigar las situaciones de desigualdad imperantes en nuestra sociedad, reflejadas en la pobreza, marginación e ignorancia en la que todavía se encuentran inmersas un gran número de mujeres.

Si el legislador local ha sido consciente de su realidad social y así ha quedado plasmado en la teleología de las reformas impugnadas corresponde a esta Suprema Corte de Justicia convalidar el ejercicio democrático y social efectuado por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en tanto cuenta con sustento constitucional, suficiente y propicio para ello.

Los anteriores razonamientos ponen en evidencia que en la sentencia que finalmente sustenta la constitucionalidad de la reforma impugnada no se contienen la mayoría de los argumentos contundentes que al respecto hicieron valer la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno, en las sesiones públicas llevadas a cabo en el mes de agosto de dos mil ocho, de ahí la necesidad de exponer, a través del presente voto concurrente, los argumentos que considero fundamentales para sostener la constitucionalidad de la importante medida adoptada por el legislador del Distrito Federal.



## **X. VOTO DE MINORÍA QUE FORMULAN LOS MINISTROS SERGIO SALVADOR AGUIRRE ANGUIANO, MARIANO AZUELA GÜITRÓN Y GUILLERMO I. ORTIZ MAYAGOITIA\***

### **Introducción.**

**E**n las acciones de inconstitucionalidad citadas se impugnaron los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, 16 Bis 6, tercer párrafo y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal, reformados y adicionados mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad de veintiséis de abril de dos mil siete, así como el artículo tercero transitorio de ese decreto y por extensión los artículos 148 del Código Penal y 16 Bis 7 de la Ley de Salud, ambos del Distrito Federal.

El Tribunal Pleno determinó declarar parcialmente procedentes e infundadas las acciones de inconstitucionalidad.

---

\* *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, marzo de 2009, p. 1651; IUS: 40168.

dad; sobreseer en las mismas respecto de los artículos que por extensión fueron impugnados, a saber, 148 del Código Penal para el Distrito Federal y 16 Bis 7 de la Ley de Salud de la misma entidad, así como en relación al artículo tercero transitorio del decreto de reformas controvertido; y reconocer la validez del resto de las normas impugnadas.

Los Ministros que suscribimos el presente voto disentimos de la última de dichas determinaciones en cuanto al reconocimiento de validez de los artículos 144 y 145 del Código Penal para el Distrito Federal, pues consideramos que debió declararse la invalidez de las porciones normativas que hacen referencia a la etapa posterior a las doce semanas de gestación al tipificar el delito de aborto y su penalidad, así como al establecer el concepto de embarazo.

De manera fundamental queremos destacar nuestra oposición al sistema que se establece en dichos preceptos y en otras disposiciones, derivadas de ellos, conforme al cual se autoriza el aborto biológico, denominado eufemísticamente "interrupción del embarazo durante las primeras doce semanas de la implantación del embrión en el endometrio", con lo que se legaliza el aborto a partir de la concepción de un ser humano, único e irrepetible, desde ese momento, estableciendo únicamente como condición la autorización de la madre, determinándose, asimismo, la obligación de las autoridades de salud de practicar esa "interrupción", es decir, lo que biológicamente es calificado por la ciencia médica como aborto. Las anteriores conclusiones las sustentamos en las razones que a continuación se exponen.

Forman parte del presente voto minoritario: el proyecto de resolución que presentó el Ministro Sergio Salvador Aguirre

Anguiano, como ponente, la presentación que del mismo hizo en la sesión del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el veinticinco de agosto de dos mil ocho, la intervención realizada por el propio ponente que tuvo durante la discusión del asunto en la sesión del día veintiocho del mismo mes y año, para que, como en esta última lo resaltó, constituyan testimonio que pueda ser tomado en cuenta en caso de un cambio de opinión o para otras generaciones de Ministros; así como las intervenciones de los señores Ministros Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Mariano Azuela Güitrón, que realizaron durante la discusión del presente asunto.

Los problemas esenciales materia de las acciones de inconstitucionalidad en relación con las disposiciones antes aludidas implican dilucidar si nuestra Constitución, como Ley Fundamental del Estado mexicano, reconoce el derecho a la vida humana desde la concepción como un valor fundamental que debe garantizarse, así como los instrumentos internacionales y las leyes generales, que junto con ella integran la Ley Suprema de la Unión; el sistema de salvaguarda establecido por el Constituyente a los derechos naturales del hombre a través de la prohibición de su restricción o suspensión, salvo en los casos expresamente establecidos por la propia Constitución; la obligación del legislador de proteger al producto de la concepción desde el ámbito penal y, finalmente, si las disposiciones impugnadas al regular el delito de aborto se ajustan o no a nuestro orden constitucional al dejar a voluntad de la madre la vida del producto de la concepción en una etapa gestacional por sólo tipificarse como tal desde el vencimiento de la duodécima semana de gestación a partir de la implantación del embrión en el endometrio con independencia del consentimiento de la madre, dando prevalencia a

los derechos de maternidad, de plan de vida y de autodeterminación del cuerpo de la mujer sobre la vida del *nasciturus*.

### **Síntesis de las consideraciones de las que se disiente.**

La resolución del Tribunal en Pleno aprobada como en-grose por la mayoría que se pronunció en favor de la constitucionalidad de los preceptos impugnados da respuesta a las cuestiones anteriores, en esencia, de la manera siguiente:

1. En el estudio de fondo del asunto en relación con la existencia y naturaleza de la vida humana, como primer apartado, se formula el siguiente cuestionamiento:

I. ¿Se encuentra el derecho a la vida contemplado por la Constitución mexicana?, lo que se resuelve bajo los siguientes apartados:

- A) En la Constitución mexicana no se establece un derecho a la vida, al valor de la vida o a alguna otra expresión que permita determinar que la vida tiene una específica protección normativa. Lo que sí establece es que "una vez dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de proporcionarla y desarrollar condiciones para que todos los individuos sujetos a las normas de la Constitución aumenten su nivel de disfrute y se les procure lo materialmente necesario para ello".

Del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos establecidos expresamente en la Constitución no puede válidamente considerarse a la vida como el derecho que goce de preeminencia frente a cual-

quier otro derecho. Esto es, del hecho de que la vida sea una condición necesaria para el disfrute de los demás derechos no puede extraerse una conclusión valorativa de que la vida sea más valiosa que los demás derechos fundamentales, pues con ello se incurre en lo que se conoce como falacia naturalista que consiste en deducir conclusiones normativas a partir de premisas que sólo contienen información de hechos, citándose, como ejemplo, que bajo la concepción que no se acepta implicaría que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida, por ser el primero condición del segundo.

- B) De la reforma a los artículos 14 y 22 de la Constitución de nueve de diciembre de dos mil cinco, mediante la cual se eliminó el término "vida" relacionado con la posibilidad de aplicación de la pena de muerte mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, así como los supuestos en que ésta se permitía, no deriva la intención del Constituyente de establecer un derecho general y absoluto a la vida, pues sólo tuvo como finalidad responder a compromisos internacionales en materia de derechos humanos para ajustarse a la tendencia internacional de abolición de la pena de muerte.

- C) Ningún instrumento internacional de derechos humanos aplicable en el Estado mexicano reconoce el derecho a la vida como un derecho absoluto, ni exige un momento específico para la protección de ese derecho. Sólo exigen que se cumplan y respeten las garantías relacionadas con la no privación arbitraria de la vida y las vinculadas con la aplicación de la pena de muerte.

- D) No hay ningún fundamento constitucional o internacional para un mandato de penalización en caso de afectación al derecho a la vida del que pueda sostenerse la existencia de la obligación del legislador para establecer o mantener un tipo penal específico. El legislador puede decidir discrecionalmente cuáles conductas "penalizar siempre y cuando lo haga mediante los procedimientos y respete las limitaciones de contenido establecidas por ciertos derechos fundamentales"; ello, porque deben distinguirse tres supuestos: a) conductas que el legislador está constitucionalmente obligado a penalizar (también, en el ámbito internacional, el Estado mexicano se ha obligado a penalizar determinadas conductas); b) conductas que está facultado para penalizar; y c) conductas que tiene prohibido penalizar.

Fuera de los casos en que existe obligación constitucional o internacional de penalizar conductas, el legislador está en libertad de despenalizar conductas que han dejado de tener, a su juicio, un reproche social, sujeto únicamente a los límites de no establecer una descriminalización discriminatoria, ni que ello se haga mediante ley privativa.

La evaluación que realice el legislador en ejercicio de sus facultades de configuración legal debe ser respetada por el Juez constitucional, procediéndose a revisar los argumentos utilizados por la Asamblea Legislativa para justificar las normas impugnadas.

Tales argumentos consistieron en acabar con el problema de salud pública derivado de la práctica de abortos clandestinos, estimando que la despenalización del aborto permitirá que las mujeres interrumpan voluntariamente su embarazo

en condiciones de higiene y seguridad; garantizará un trato igualitario a las mujeres, concretamente a las de menores ingresos, además de reconocerles libertad en la determinación de la forma en que quieren tener relaciones sexuales y su función reproductiva; reconocer que no debe existir la maternidad forzada, sino permitir que la mujer pueda desarrollar su proyecto de vida como lo estime conveniente; la permisión de interrumpir el embarazo en el periodo embrionario (hasta 12 semanas de gestación, o sea, desde la implantación del embrión en el endometrio) y no en el fetal toma en cuenta el incipiente desarrollo del embrión, la seguridad y facilidad de la interrupción sin graves consecuencias para la salud de la mujer; la penalización del aborto en esa etapa primaria del embarazo no constituye una medida idónea para salvaguardar la continuación del proceso de gestación, pues constituye una realidad social que las mujeres que no quieren ser madres recurren a la práctica de interrupciones de embarazos clandestinos.

Se estima correcta la ponderación realizada por el legislador local, pues resulta acorde con la tendencia legislativa reflejada en el derecho comparado que ha venido estableciendo hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo o límites a la persecución legal del aborto como resultado de la ponderación entre dos bienes en conflicto; es idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, pues la no penalización de la interrupción del embarazo respeta su libertad para decidir sobre su cuerpo, su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida; el reproche por la vía penal no sirve para asegurar el correcto desenvolvimiento del proceso en gestación, pues nuestra realidad social es otra y, de lo contrario, se menoscaba y reafirma la discriminación hacia las

mujeres; la amenaza penal no es la primera y única solución a la erradicación de las prácticas clandestinas de aborto; la *ultima ratio* en el derecho penal moderno obliga a que las penas sean el último instrumento estatal para prevenir los ataques a los bienes y valores fundamentales de la sociedad.

## 2. Como segundo apartado se pregunta:

II. ¿Violan las disposiciones impugnadas el principio de igualdad?, lo que resuelve previa precisión de que no se está ante un problema de análisis de la permisión de la conducta de interrupción del embarazo hasta la doceava semana, sino ante los problemas secundarios en relación con la igualdad de género (al no prever la participación del varón en la toma de la decisión de interrumpir el embarazo) y la igualdad por razón de edad (al no regularse el supuesto de las mujeres menores de edad que deseen interrumpir su embarazo), que no constituyen en realidad impugnaciones directas de desigualdad de la norma, sino de falta de razonabilidad de la medida descriminalizadora de la conducta, de la manera siguiente:

- A) La determinación del legislador local de hacer recaer la decisión final de la interrupción del embarazo en la mujer como portadora de un embrión no deseado no es discriminatoria ni resulta irrazonable, porque descansa en la clara diferencia de su posición frente a la de cualquier otra persona. La continuación del embarazo tiene consecuencias distintivamente permanentes y profundas para la mujer, con independencia del apoyo con que cuente durante el embarazo y después en el cuidado y educación del niño, y es esa afectación asimétrica al plan de vida lo que establece la base para el trato distinto.

- B) No se encuentra motivo para que el legislador hubiera tenido que hacer distinción expresa para el caso de las menores de edad y que no haberlo hecho la discrimine en el ejercicio de algún derecho, máxime que los servicios de consejería previstos en las normas de salud del Distrito Federal son suficientes para cubrir las necesidades que plantea un aborto de menores. Además, "cualquier declaración de inconstitucionalidad (en este caso por omisión) equivaldría a una decisión repenalizadora por parte de la Corte: supondría añadir condiciones o (sic) obstáculos a lo que los ciudadanos pueden hacer libres de la amenaza del derecho penal", lo que "este tribunal considera que corresponde de manera directa al legislador democrático local definir".

3. En diverso considerando ("NOVENO.—Planteamientos de fondo en relación con los principios en materia penal") se determina que las normas impugnadas no violan el principio de legalidad ni el de razonabilidad de las penas, señalando, en esencia:

- A) En las normas impugnadas no operó ningún cambio en el bien jurídico tutelado, que sigue siendo la vida en gestación; en todo caso, lo que operó fue una variación a las circunstancias en que se le protege.

Los artículos impugnados contienen todos los elementos que constituyen la prohibición legislativa y no cuentan con conceptos ambiguos o imprecisos.

- B) El Poder Legislativo Local cumplió con su obligación de justificar, de manera expresa, las razones por las cuales estableció las penas correspondientes a los tipos de aborto

autoinducido, consentido y forzado y las normas impugnadas resultan proporcionales en relación con la conducta prohibida y el bien jurídico tutelado.

### **Consideraciones del voto de minoría.**

Contra las anteriores consideraciones que sustentan el engrose aprobado por la mayoría de los Ministros integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se formula el presente voto de minoría en los siguientes términos:

**I. Las jurisprudencias plenarios 13/2002 y 14/2002 no fueron interrumpidas, pues la mayoría de Ministros confirmó su criterio y el engrose aprobado no sólo no lo refleja, sino que es opuesto a la decisión mayoritaria.**

En primer término, los Ministros de la minoría destacamos que la resolución cuyas consideraciones han quedado anteriormente resumidas, no refleja la decisión de la mayoría de los integrantes del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los aspectos relativos a la consagración del derecho a la vida en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a la protección que ésta otorga al producto de la concepción como manifestación de vida humana, pues en tales cuestiones la mayoría se pronunció por reiterar el criterio contenido en las jurisprudencias identificadas con los números 13/2002 y 14/2002, que llevan 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.", publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, Tomo XV, febrero de 2002, páginas 588 y 589, por lo que dichas jurisprudencias siguen teniendo plena vigencia.

En efecto, si bien existió mayoría de votos de los integrantes del Tribunal en Pleno en el sentido de declarar la constitucionalidad de los artículos 144 a 147 del Código Penal para el Distrito Federal, debe destacarse que como puede advertirse de las intervenciones de los Ministros en las sesiones públicas en que se discutió el asunto, la mayoría sostuvo que la Constitución protege el derecho a la vida y al producto de la concepción, lo que no sólo no quedó reflejado en la sentencia, sino que ésta sustenta el criterio minoritario de los Ministros que votaron por el reconocimiento de validez de las citadas normas impugnadas, lo que se reconoce en razón de la votación asentada en la parte final del engrose, en el que expresamente se señala:

"... y por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza se resolvió declarar infundadas las acciones de inconstitucionalidad y reconocer la validez de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, y que la resolución se publique en el *Semanario Judicial de la Federación*, y reservaron su derecho para formular, en su caso y oportunidad, sendos votos concurrentes, en el entendido que las razones que fundan el considerando octavo de esta ejecutoria, al no haber sido coincidentes en cuanto al reconocimiento de validez de los preceptos, no serán obligatorias en términos de los (sic) dispuesto por el artículo 43

de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; ..."

Como se advierte de la anterior precisión asentada en la razón de votación del engrose de la resolución aprobado por el Pleno no existió coincidencia entre los Ministros en cuanto a las razones expuestas en el considerando octavo intitulado: "Planteamientos de fondo en relación con la existencia y naturaleza del derecho a la vida", por lo que no serán obligatorias, de lo que deriva que no se interrumpieron las jurisprudencias 13/2002 y 14/2002 anteriormente citadas.

Importa resaltar que, en realidad, las consideraciones que se contienen en el considerando aludido son sólo reflejo fiel de la opinión personal del Ministro que elaboró el engrose, quien, por tanto, habiéndose reservado su derecho a formular voto concurrente, determinó ya no hacerlo. Lo anterior dio lugar a que el Ministro Juan N. Silva Meza, en su voto concurrente, cuestione la obligatoriedad de lo decidido por la mayoría, como se advierte de la siguiente transcripción:

"... La afirmación de que el derecho a la vida no se encuentra protegido constitucionalmente, no fue sostenida por la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno que votó a favor de la constitucionalidad de las normas impugnadas. Antes bien, dicho pronunciamiento resulta opuesto al consenso de la mayoría que consideró que el derecho a la vida, aunque implícitamente, sí se encuentra reconocido a nivel constitucional. La inclusión de este tema en la sentencia sin haber sido una consideración sostenida por la mayoría, eventualmente puede poner en duda la obligatoriedad de lo decidido. ..."

Para comprobar lo aseverado con antelación, se transcribe la parte conducente de las intervenciones de los Ministros integrantes del Pleno en las sesiones públicas celebradas los días veinticinco, veintiséis, veintisiete y veintiocho de agosto de dos mil ocho:

1. Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano: "... sostengo que la Constitución sí consagra el derecho a la vida humana, lo que deriva principalmente de sus artículos 1, 14 y 22, así como de la interpretación conjunta y sistemática de todas sus disposiciones, tanto de las que consagran derechos fundamentales de los individuos, sean de igualdad, de libertad, de seguridad jurídica, sociales, colectivos, como de las relativas a su parte orgánica, que tienen como finalidad el bienestar de la persona humana, sujeta al imperio de los órganos de poder. ...

"El proyecto claramente sustenta y justifica la protección constitucional del derecho a la vida del producto de la concepción en lo siguiente: a) El análisis relacionado de los artículos 4, 123, apartados A), fracciones V y XV, y B), fracción XI, incisos c), constitucionales; b) El artículo tercero transitorio del decreto que reformó los artículos 30, 32 y 37 constitucionales en materia de nacionalidad, publicado el veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete, y su reforma publicada el veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve; c) Los demás derechos fundamentales que tienen como finalidad garantizar una existencia digna al ser humano y su pleno desarrollo, entre los que adquieren relevancia especial los contemplados en los artículos 1o., 3o., 4o.; d) Diversos instrumentos internacionales ... e) La Ley General de Salud —artículos 320, 323, fracción I, y 326—, así como la legislación federal

y local —artículos 329 del Código Penal Federal y 22—, tanto del Código Civil Federal como del Código Civil para el Distrito Federal. ..."

2. Ministro Juan N. Silva Meza: "... Por ende, el reconocimiento que hizo esta Suprema Corte de Justicia de la Nación del derecho a la vida no significa que el mismo sea absoluto y que no sea susceptible de ser balanceado con otros derechos o limitado en atención a ciertos intereses estatales. ..."

"Por otra parte, y en relación a la protección constitucional, relacionada con la continuación del proceso de gestación, debe decirse que el interés del Estado en salvaguardarlo, tiene sustento precisamente, en sus artículos 4o. y 123, entre otros, pues de ellos se infiere una protección integral, tanto a la familia como a la mujer embarazada, para que cuente con las medidas necesarias para laborar, sin poner en riesgo la salud del producto de la concepción.

"Es importante destacar, que dicha protección, también encuentra asidero en disposiciones legales de diversa índole, civiles, laborales, penales, destacándose que la protección de referencia, se circunscribe a las materias en las que se contiene.

"Ahora bien, partiendo del conocimiento de que existe protección constitucional, tanto para la mujer, como para asegurar la continuidad del proceso de gestación, lo procedente es dilucidar, si la medida adoptada por el legislador local, consistente en despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo, es racional y proporcional y, por ende, apegada al Texto Constitucional. ..."

3. Ministro Mariano Azuela Güitrón: "... Estimo que la Constitución protege la vida, desde el momento de la concepción.

"Estimo que de acuerdo con el artículo 1o. de la Constitución, la limitación, las restricciones a cualquier garantía establecida en la Constitución, deben ser hechas por el Poder Reformador de la Constitución. En el caso, se violentó el orden constitucional, al regularse esas situaciones en un Código Penal de una entidad federativa, ..."

4. Ministro José Fernando Franco González Salas: "... Yo convengo en que la Constitución mexicana protege la vida humana; sin embargo, no considero que se pueda sostener a la luz de su texto que lo haga sin hacer ninguna distinción y sin prever excepción, restricción o limitación alguna; nuestra Constitución no establece, en mi opinión, derechos absolutos ni preeminencia *per se*, de unos sobre otros de los derechos, aun en el caso del derecho a la vida existen excepciones constitucionales y legales; pongo por ejemplo el artículo 10 de la Constitución que establece el derecho a la legítima defensa y, por supuesto, es generalizada la aceptación de que pueda haber excusas absolutorias y excluyentes de responsabilidad. ...

"Mi disenso sobre las distintas consideraciones se sustenta en similares razonamientos a los expresados anteriormente por los Ministros Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Cossío Díaz y Silva Meza, que comparto en lo general, para demostrar que ni en la legislación nacional o en los Tratados Internacionales, existe una norma que obligue al Estado mexicano a sancionar penalmente a la mujer que decide interrumpir su embarazo en las primeras doce semanas de gestación; ade-

más, quisiera añadir solamente dos razones que me parecen relevantes para el juicio de ponderación constitucional que sostengo en este asunto, para afirmar que el bien jurídico tutelado, el ser en gestación, tiene un tratamiento y protección diferenciados, según el momento del proceso de gestación. ..."

5. Ministra Olga María Sánchez Cordero de García Villegas: "... Una vez establecido lo anterior, podemos hacer la siguiente pregunta. ¿Cuáles son los derechos fundamentales que procede ponderar en el presente caso? Por un lado, debemos hablar de los derechos de la madre consistentes en salud y vida de la mujer y por el otro, del derecho de vida del *nasciturus* antes de las doce semanas. Ahora bien, si damos por bueno el procedimiento antes relatado respecto a la forma de realizar la ponderación entre dos o más y aquí quiero decirles que no quiero hablar de principios, valores, reglas y quiero hablar en forma genérica de la ponderación entre dos o más normas constitucionales en primer lugar, para no meternos a un terreno a lo mejor académico o a lo mejor muy válido pero, y además no es el caso, en primer lugar debemos partir del principio de que los derechos que se están reconociendo respecto de la madre, tienen la misma categoría que el derecho a la vida del *nasciturus*, pues de nuestro orden jurídico y específicamente del Texto Constitucional, no podemos desprender que el derecho a la vida sea absoluto e irrestricto, pues no obstante que este Alto Tribunal, ya se hubiera pronunciado en el sentido de que el derecho a la vida sí se encuentra protegido constitucionalmente y que se trata de un derecho intrínseco a los seres humanos y sin el cual no cabe el disfrute de los demás derechos, inherente a éste se encuentra también el derecho a la dignidad, del cual se des-

prenden otros derechos como la libertad reproductiva, la libertad de autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros, es decir, estamos exactamente frente a la necesidad de establecer cuál derecho deberá prevalecer, sin que ello implique la anulación del otro, sino simplemente como un ejercicio de ponderación para el presente caso. ..."

6. Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos: "... Mucho se ha mencionado que si la Constitución protege o no la vida; por supuesto que la protege, yo creo que de eso nadie tiene la menor duda; sin embargo, la protege; la protege ¿respecto de qué?, de la actuación de las autoridades, no de la actuación de los particulares ..."

7. Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia: "... El considerando que discutimos propone tres grandes temas:

"Si la Constitución protege la vida, si la protege desde que se inicia hasta que se concluye, y si la protege de manera absoluta.

"Las dos primeras preguntas, mejor dicho la primera, la Constitución protege a la vida, creo que ha sido respondida unánimemente por todos los que hemos participado en la discusión, ya no se da esta unanimidad en el sentido de si se protege desde el inicio de la vida o en qué momento preciso surge la protección.

"Sobre este tema yo creo que hay disposición expresa en nuestra Carta Magna, que tutela la vida como un valor, como un derecho universal de la humanidad y particularmente de la nación mexicana, desde el momento en que un nuevo ser

humano es concebido y hay gestación. Esta disposición está contenida en el artículo 123 de la Constitución; hay referencia al tema en tres distintas fracciones, en la V, en la XI y en la XV. Las dos primeras ciertamente hacen una referencia muy clara a la salud de la madre y sólo por vía de consecuencia viene la protección indirecta a la salud del producto de la concepción, pero la fracción XV, es expresa en el sentido de proteger la vida y la salud del producto de la concepción. ...

"En mi convicción personal no hay duda pues de que el derecho a la vida está protegido por nuestra Constitución desde el momento de la concepción. ..."

8. Ministro Sergio Armando Valls Hernández: "... En nuestra Constitución, no existe de manera expresa la protección a la vida; esto es, no encuentro en sus disposiciones, ninguna, que consagre expresamente y en forma absoluta la inviolabilidad de la vida, o al derecho a la vida; sin embargo, indiscutiblemente, debemos diferenciar entre la vida como un bien que constitucionalmente está protegido, y el derecho a la vida, que precisamente por su connotación es un derecho público subjetivo de carácter fundamental.

"Me explico: la vida como un bien protegido deriva no expresamente, sino del propio contenido de la Norma Fundamental en cuanto que sin aquélla no podrían existir todos los demás derechos fundamentales de una persona o individuo, por ello estamos ante una protección general de la vida por parte del Estado, es decir, que todos los poderes públicos y autoridades deben actuar dentro de sus facultades para lograr el desarrollo de la vida humana, mientras que el derecho a la vida,

como derecho subjetivo, supone la titularidad para su ejercicio, la cual está restringida necesariamente a la persona humana en contraposición a la protección a la vida en general, que sí comprende a quienes no han alcanzado esa calidad, esto es, a los no nacidos, pues se trata de vida potencial.

"Ahora bien, de la Constitución Federal se advierte que protege la vida particular de las personas en la medida que al estar frente a un derecho fundamental es porque éste tiene que ser de alguien, en consecuencia, se protege el derecho a la vida sólo dentro de los límites de la existencia de una persona y sólo en los procesos biológicos que ocurren dentro de su vida. ...

"Los derechos fundamentales consagrados en los artículos 14 y 22 constitucionales son relativos a la protección de la persona y no a la vida humana, pues de ellos se advierte la necesidad de que para ejercerlos el sujeto debe estar determinado, ya que si no, se llegaría al extremo de sostener que también la Constitución está protegiendo una célula, porque es vida; la Constitución reconoce el ejercicio de los derechos fundamentales a partir de la existencia del individuo, y la protección general de la vida como bien constitucional en cuanto vida potencial no es ilimitada ni absoluta frente a tales derechos. ..."

9. Ministro Genaro David Góngora Pimentel: "... No hay discusión en la importancia del derecho a la vida, sin embargo, esto no debe confundirse con que la Constitución proteja este derecho en abstracto, indicando temporalidad y estableciendo medidas de protección penal, una vez mencionado lo anterior y aun cuando el proyecto se refiere a este tema en

puntos posteriores, es oportuno señalar estos aspectos porque no podemos continuar la discusión con la afirmación de que la Constitución mexicana reconoce el derecho a la vida en abstracto y en cualquier parte del proceso biológico. ...

"En este sentido, considero que la jurisprudencia que se cita no debe confirmarse porque no se refiere a la esencia de los artículos 1o., 14 y 22 constitucionales, y no justifica por qué de su interpretación derive un derecho a la vida absoluta y abstracta con alcances para todo el desarrollo biológico. ..."

10. Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo: "... La Constitución por un lado establece valores ¿Cuáles? Los que en la Constitución de 1957 (sic), se denominaban derechos del hombre y que se consideraban como valores abstractos emanados directamente de la naturaleza, etcétera; pero son principios y valores.

"Y por otro lado, contiene reglas que son las garantías individuales; por tal motivo, que yo creo que de la dinámica de esta interacción entre principios y valores, entre principios y normas, entre valores y reglas, es como debe hacerse una correcta interpretación constitucional; por tal motivo, yo creo que no puede sostenerse que la Constitución mexicana no establezca como un valor constitucional el derecho a la vida; creo que eso no se puede sostener, si partimos que lo que las garantías individuales pretenden garantizar son precisamente esos valores. ..."

11. Ministro José Ramón Cossío Díaz: "... El primer problema entonces que tenemos que enfrentar, es el de si efectivamente la Constitución reconoce o no un derecho a la vida

y cuáles serían los fundamentos de esta parte. ... me parece difícil aceptar que la supresión de la expresión 'derecho a la vida' del artículo 14, primer párrafo, o la supresión de un conjunto de conductas tipificadas, parricidios, asaltador de caminos, traidor a la patria, incendiario, plagiarlo, etc., sea un motivo suficiente para entender que se está protegiendo a la vida; ... me parece que podemos encontrar en la Constitución de manera expresa, son ciertas previsiones constitucionales que de manera positiva establecen obligaciones para el Estado de promocionar, de realizar los derechos relacionados con la vida, por ejemplo, lo relacionado a la salud, a la vivienda, al medio ambiente, a la protección a la niñez, a la alimentación y cuidado de mujeres en estado de embarazo y parto, entre otros.

"Es decir, la Constitución, a mi juicio, no reconoce esto como un derecho en sentido positivo pero establece que dada la condición de vida, sí hay una obligación del Estado para efectos de promocionarla, de desarrollarla en este caso. ... me parece que ni constitucionalmente ni internacionalmente, en el ámbito al que me he referido, existe un derecho como tal a la vida; no existe un derecho y, en consecuencia, tampoco puede existir un derecho absoluto a la vida. Me parece que lo que existe es una cuestión distinta: existe la protección de un bien jurídico internacionalmente considerado, mas no así este derecho a la vida. ... yo no veo que el derecho a la vida tenga reconocido este estatus constitucional y, por ende, no encuentro la manera de hacerlo oponible al resto de los propios derechos. ..."

Deriva de las anteriores transcripciones que el Ministro José Ramón Cossío Díaz fue el único que sostuvo que la

Constitución no reconoce el derecho a la vida y que todos los demás Ministros coincidieron en la protección que nuestra Constitución otorga a la vida humana, pues si bien el Ministro Genaro David Góngora Pimentel señaló que la jurisprudencia del Tribunal en Pleno en torno al reconocimiento constitucional del derecho a la vida humana no debía confirmarse, ello fue porque en su concepto no se refiere a la esencia de los artículos 1o., 14 y 22 constitucionales, de los cuales no se advierte que derive ese derecho concebido de manera absoluta y abstracta con alcances para todo el desarrollo biológico, mas no porque negara la consagración del derecho a la vida en la Constitución.

De igual manera, en torno a la protección constitucional al producto de la concepción, únicamente los Ministros José de Jesús Gudiño Pelayo, José Ramón Cossío Díaz y Genaro David Góngora Pimentel, este último variando el criterio que sustentó en la jurisprudencia plenaria 14/2002, sostuvieron que nuestra Constitución no protege al producto de la concepción, aclarándose que el Ministro Sergio Armando Valls Hernández aun cuando manifestó que el artículo 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), dirige su protección en forma directa a la mujer embarazada y sólo como consecuencia de ello garantiza la del concebido, señaló que "tanto constitucionalmente como de acuerdo a los tratados internacionales la protección a la vida, tratándose del *nasciturus* no es absoluta ni irrestricta, sino que en todo caso debe ponderarse con otros valores protegidos constitucionalmente", por lo que se pronunció a favor de la protección constitucional del ser en gestación. La Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos no hizo señalamiento expreso en torno a esta cuestión, por lo que debe entenderse que comparte el criterio

de la jurisprudencia plenaria citada al no haber manifestado que ésta debiera variarse dado su carácter obligatorio. Los demás Ministros integrantes del Pleno se pronunciaron a favor de la protección que la Constitución otorga al no nacido.

En consecuencia, las jurisprudencias 13/2002 y 14/2002 continúan vigentes y con plena obligatoriedad, pues el Tribunal en Pleno no interrumpió el criterio sustentado en las mismas, sino que, por el contrario, las ratificó por la mayoría de votos antes especificada.

Al respecto, debe precisarse que en la sesión plenaria celebrada el miércoles veintisiete de agosto de dos mil ocho se manifestó, por el Ministro que elaboró el engrose, que:

"... el criterio derivado de la acción de inconstitucionalidad 10/2000, en el cual se sostuvo el criterio: 'DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.', es cierto que ese criterio existe, es cierto que ese criterio fue sustentado, simplemente yo quisiera señalar que ese es un criterio aprobado por una mayoría de siete votos y no por la mayoría de ocho que requiere el artículo 43 de la ley reglamentaria del artículo 105, de forma tal que esto plantea la opinión mayoritaria de un grupo de señores Ministros, una opinión muy respetable por supuesto, pero no una interpretación de carácter obligatorio y menos una interpretación que vincule a este Pleno en el sentido de tener que ofrecer razones adicionales para su superación; ..."

Lo anterior carece de sustento, por las siguientes razones:

El artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, aplicable a las acciones

de inconstitucionalidad de conformidad con el artículo 73 de la propia ley, dispone:

"Artículo 43. Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, Juzgados de Distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales."

Como se advierte, son las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de la sentencia, las que constituyen los criterios integradores de jurisprudencia cuando sean aprobados por cuando menos ocho votos, de manera tal que con independencia de la votación de los resolutivos, podrá integrarse jurisprudencia en los diversos temas jurídicos abordados para llegar a ellos.

Ahora bien, el criterio a que aludió el Ministro encargado del engrose, contenido en la tesis de jurisprudencia 13/2002, así como el contenido en la tesis 14/2002, referente a la protección constitucional e internacional a la vida del producto de la concepción, fueron sustentados al resolverse la acción de inconstitucionalidad 10/2000 y sí tienen carácter de jurisprudencias, en virtud de que el primero fue aprobado favorablemente por diez Ministros, y el segundo por nueve, como se advierte en la razón que en la publicación de cada una de dichas jurisprudencias se asienta, apoyada en las intervenciones de los Ministros en las sesiones privadas y públicas en que se discutió el asunto, así como en los diversos votos formulados por los Ministros, razones que textualmente señalan:

### Jurisprudencia 13/2002:

"Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis discrepó el señor Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

"El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 13/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos."

### Jurisprudencia 14/2002:

"Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y

30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis discreparon los señores Ministros presidente Genaro David Góngora Pimentel y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

"El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 14/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos."

Es claro entonces que los siete votos a que aludió el Ministro encargado del engrose corresponden a la declaratoria de constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal, que se examinó en la referida acción; mientras que respecto a los criterios específicos de las tesis señaladas, sólo un Ministro discrepó en el primero y dos en el segundo, por lo que considerando que participaron los once Ministros que integraban el Pleno, como

consta en el acta de la sesión relativa, celebrada el veintinueve de enero de dos mil dos, el criterio contenido en la tesis jurisprudencial 13/2002 fue aprobado por mayoría de diez votos y el contenido en la tesis jurisprudencial 14/2002 por mayoría de nueve votos.

Por tanto, estos criterios tienen carácter obligatorio conforme al artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al que remite para las acciones de inconstitucionalidad el numeral 73 de la propia ley, y continúan teniéndolo al no haber sido interrumpidos por el Tribunal en Pleno.

Así, en caso de que el Tribunal Pleno hubiera decidido apartarse de tales criterios jurisprudenciales, contrariamente a lo expresado por el Ministro encargado del engrose, sí era necesario ocuparse expresamente de ellos, lo que no fue así, aunque el engrose no responda al criterio mayoritario, según ha quedado explicado.

## **II. Falta de metodología en el estudio de los temas de fondo abordados en el engrose.**

En segundo término, y previo a controvertir las consideraciones en que se sustenta el engrose aprobado por el Tribunal en Pleno, se considera conveniente resaltar la carencia de metodología en el estudio de los temas abordados, lo que se advierte de lo siguiente:

a) Dentro del apartado relativo al examen de la consagración del derecho a la vida humana en la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos se comprenden aspectos ajenos a esa cuestión, como son:

- El análisis de los instrumentos internacionales, los que si bien en términos del artículo 133 de la Constitución integran junto con ella y las leyes generales, la Ley Suprema de la Unión, no se identifican con la Constitución, pues incluso su obligatoriedad se encuentra sujeta a la condición de que sean acordes con la misma.

- El estudio relativo a la obligación constitucional del legislador ordinario de penalizar o no determinadas conductas y la actuación del Juez constitucional en el análisis de la valoración del ejercicio de las facultades de configuración legal, aspectos que no se refieren a la consagración constitucional del derecho a la vida humana.

- La validez constitucional de las razones en que apoyó la Asamblea Legislativa del Distrito Federal su determinación de despenalizar el aborto durante las primeras doce semanas de embarazo, que en todo caso se refiere al análisis del ejercicio de ponderación que realizó el legislador ordinario y no en sí a la consagración o no del derecho a la vida humana en nuestra Constitución Política.

b) El análisis de la consagración del derecho a la vida humana parte de una contestación a argumentos específicos planteados por los accionantes y no de un estudio integral y sistemático de la Constitución, ni de la totalidad de las normas constitucionales invocadas en las demandas para sustentar el derecho a la vida humana como derecho fundamental reconocido en ella, lo que se advierte claramente porque sólo se

estudia la reforma que sufrieron los artículos 14 y 22 en el año de dos mil cinco, que llevaron a la eliminación de la pena de muerte, sin ocuparse de ninguna otra disposición de la Constitución.

c) Al analizar si el derecho a la vida humana está contemplado en la Constitución confunde la existencia del derecho con su carácter absoluto o relativo, así como tal carácter con la necesidad de que todo derecho sea armonizable con el conjunto de derechos y, finalmente, con el problema de jerarquía de derechos, lo que lleva a una falta de análisis real en la resolución que como engrose se aprobó mayoritariamente sobre la existencia o no del derecho a la vida en la Constitución.

d) Se sostiene que "Es el legislador democrático el que tiene la facultad de evaluar los elementos para regular, o desregular, una conducta específica. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal cuenta entonces con las facultades para determinar, por la mayoría de sus integrantes y mediante un debate abierto, las conductas que en el ámbito penal deben ser o no reprochadas y, dada la ausencia de una obligación constitucional expresa, es su responsabilidad realizar el balance de los diversos hechos, problemas y derechos que puedan encontrarse en conflicto", así como que "es esta evaluación realizada por el legislador en el ejercicio de sus facultades constitucionales de configuración legal la que debe respetarse por parte del Juez constitucional" y, no obstante lo anterior, procede al análisis de las razones en que apoyó la Asamblea Legislativa la despenalización del aborto en las doce primeras semanas de embarazo, concluyendo que "la evaluación de las condiciones sociales y la ponderación

realizada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es constitucional."

Esto es, aun cuando en el engrose se señala que la evaluación que realice el legislador en ejercicio de sus facultades de configuración legal debe ser respetada por el Juez constitucional, lo que implica dejar en libertad absoluta al legislador en tal tarea ante la imposibilidad del Juez constitucional de revisar su actuación por el deber de respeto que se le impone, incongruentemente, se procede a revisar los argumentos utilizados por la Asamblea Legislativa para justificar las normas impugnadas (revisión que ante el deber de respeto del Juez constitucional resulta inútil realizar) y se afirma que es correcta la ponderación que realizó.

e) En el apartado relativo al análisis de la violación al principio de igualdad por parte de las disposiciones impugnadas sólo se estudia la transgresión a este principio en relación con la igualdad de género (al no prever la participación del varón en la toma de la decisión de interrumpir el embarazo) y la igualdad por razón de edad (al no regularse el supuesto de las mujeres menores de edad que deseen interrumpir su embarazo), omitiéndose el estudio concreto del planteamiento hecho valer por los accionantes de discriminación por razón de edad gestacional.

### **III. Consagración constitucional del derecho a la vida humana y protección expresa al producto de la concepción.**

Con independencia de la defectuosa metodología señalada, debe destacarse que en realidad la resolución plenaria no razona su determinación de que el derecho a la

vida no está consagrado en la Constitución, ya que tal afirmación la deriva de que expresamente ninguna norma constitucional alude a ello y del hecho de que la reforma de dos mil cinco a los artículos 14 y 22 sólo tuvo por finalidad ajustarse a compromisos internacionales para abolir la pena de muerte.

Es cierto que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no existe una norma que contemple de manera expresa el derecho a la vida humana; sin embargo, reconoce como valor fundamental ese derecho desde el momento de la concepción, lo que se advierte, principalmente, en sus artículos 1o., 3o., 4o., 14, 22, 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c) —el tercero y últimos citados, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente—, y tercero transitorio del decreto que reformó los artículos 30, 32 y 37 constitucionales en materia de nacionalidad, publicado el veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete y su reforma publicada el veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve, así como de la interpretación conjunta y sistemática de todas sus disposiciones, tanto de las que consagran los derechos fundamentales de los individuos, sean de igualdad, de libertad, de seguridad jurídica, sociales o colectivos, como de las relativas a su parte orgánica, que tienen como finalidad el bienestar de la persona humana sujeta al imperio de los órganos de poder.

Lo anterior se corrobora con el análisis que en el proyecto sometido a la consideración de los Ministros y que forma

parte integrante del presente voto se realizó de los preceptos constitucionales de los que deriva el reconocimiento implícito por el Constituyente del derecho a la vida humana, así como de la protección que brindó al producto de la concepción, como manifestación de la misma.

Como en dicho proyecto se señaló, del análisis concatenado de todos los preceptos de la Constitución y, en especial, de los que fueron citados con antelación, deriva la consagración del derecho a la vida humana desde la concepción, los que sintéticamente se analizan a continuación para sustentar nuestra postura.

El artículo 1o. de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada y jurada por el Gobierno Federal Constituyente el cinco de febrero de mil ochocientos cincuenta y siete, establecía:

"El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara: que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución."

En el mensaje dirigido por Venustiano Carranza al entregar al Congreso Constituyente de Querétaro de mil novecientos dieciséis a mil novecientos diecisiete el proyecto de Constitución señaló:

"... Ya antes dije que el deber primordial del gobierno es facilitar las condiciones necesarias para la organización del derecho, o, lo que es lo mismo, cuidar de que se mantengan

intactas todas las manifestaciones de libertad individual, para que desarrollándose el elemento social, pueda, a la vez que conseguirse la coexistencia pacífica de todas las actividades, realizarse la unidad de esfuerzos y tendencias en orden a la prosecución del fin común: la felicidad de todos los asociados.

"Por esta razón, lo primero que debe hacer la Constitución política de un pueblo, es garantizar, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana, para evitar que el gobierno, a pretexto del orden o de la paz, motivos que siempre alegan los tiranos para justificar sus atentados, tengan alguna vez que limitar el derecho y no respetar su uso íntegro, atribuyéndose la facultad exclusiva de dirigir la iniciativa individual y la actividad social, esclavizando al hombre y a la sociedad bajo su voluntad omnipotente.

"La Constitución de 1857 hizo, según antes he expresado, la declaración de que los derechos del hombre son la base y objeto de todas las instituciones sociales; pero con pocas excepciones, no otorgó a esos derechos las garantías debidas, lo que tampoco hicieron las leyes secundarias, que no llegaron a castigar severamente la violación de aquéllas, porque sólo fijaron penas nugatorias, por insignificantes, que casi nunca se hicieron efectivas. De manera que sin error a incurrir en exageración, puede decirse que a pesar de la Constitución mencionada, la libertad individual quedó por completo a merced de los gobernantes.

"... La simple declaración de derechos, bastante en un pueblo de cultura elevada, en que la sola proclamación de un principio fundamental de orden social y político, es suficiente para imponer su respeto, resulta un valladar ilusorio

donde, por una larga tradición y por usos y costumbres inveterados, la autoridad ha estado investida de facultades omnímodas, donde se ha atribuido poderes para todo y donde el pueblo no tiene otra cosa que hacer mas (sic) que callar y obedecer. ..."

El texto del artículo 1o. que propuso fue el siguiente:

"En la República mexicana, todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución, las que no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece."

Como artículo 2o. formuló el siguiente texto:

"Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos de otros países que entrasen al territorio nacional, alcanzarán por ese solo hecho su libertad y la protección de las leyes."

En la octava sesión ordinaria del Congreso Constituyente, celebrada el once de diciembre de mil novecientos dieciséis, se dio lectura a los dictámenes presentados por la comisión sobre los artículos 1o. y 2o. del proyecto, manifestándose en torno al primero de ellos lo siguiente:

"Ciudadanos diputados: Comenzando el estudio del proyecto de Constitución presentado por la primera jefatura, la comisión es de parecer que debe aprobarse el artículo 1o., que contiene dos principios capitales cuya enunciación debe justamente preceder a la enumeración de los derechos que el pueblo reconoce como naturales del hombre, y por esto en-

comienda al poder público que los proteja de una manera especial, como que son la base de las instituciones sociales. El primero de esos principios, es que la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República.

"El segundo, es que no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución.

"Por consiguiente proponemos a la asamblea que dé su aprobación al citado artículo del proyecto de Constitución que dice literalmente:

"Art. 1o. En la República mexicana todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las que no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.'."

El texto de este artículo fue aprobado en los términos propuestos.

De igual manera, la comisión propuso la aprobación del artículo 2o., señalando al respecto que:

"... El artículo 2o. del proyecto de Constitución, que condena la esclavitud no hace sino reconocer que la libertad es la síntesis de los derechos naturales. No puede ser más justo el precepto y su colocación es oportuna; por lo cual proponemos a la asamblea se sirva aprobar el citado artículo. ..."

También este precepto fue aprobado en los términos propuestos.

Importa resaltar la intervención del diputado Macías que, en la parte conducente, manifestó:

"... Por eso es que los tratadistas modernos, hombres que han profundizado esta cuestión de una manera minuciosa, ya no opinan que se llamen garantías individuales, sino derechos del hombre, en la constitución política de los pueblos.

"Éste es el rubro que aconsejan varios tratadistas modernos; el C. Primer jefe creyó que era más claro el rubro: 'De las garantías individuales', porque habiendo los tres elementos, el individuo, la nación y el gobierno, hay garantías individuales que ven al individuo, al elemento del derecho constitucional que se llama individuo. ..."

El texto del artículo 1o. constitucional ha permanecido hasta la actualidad sin modificación, habiéndose adicionado, mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el catorce de agosto de dos mil uno, como segundo párrafo, el artículo 2o. original de la Constitución de mil novecientos diecisiete, así como un tercer párrafo, del tenor siguiente:

"Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

Este tercer y último párrafo del actual artículo 1o. constitucional fue reformado por decreto publicado en el Diario

Oficial de la Federación el cuatro de diciembre de dos mil seis, sólo para adecuar la terminología referente a las personas con "capacidades diferentes" para aludir a "discapacidades", quedando redactado bajo el siguiente texto:

"Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

Así, el texto actual del artículo 1o. constitucional es el siguiente:

"Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

"Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

"Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

Deriva de los anteriores antecedentes que dieron lugar al texto actual del artículo 1o. constitucional, así como de su propia literalidad que, en su primer párrafo, consagra el goce de todo ser humano a los derechos naturales que en la Constitución se reconocen y los salvaguarda mediante la prohibición expresa de su restricción o suspensión, salvo en los casos y con las condiciones que la propia Constitución establece.

La modificación al texto que de este precepto se contenía en la anterior Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete, para establecer el actual primer párrafo, no fue en cuanto al reconocimiento de los derechos del hombre como la base y objeto de las instituciones sociales, pues mediante la disposición de que todo individuo gozará de las garantías consagradas en la misma se conservó tal reconocimiento, advirtiéndose que el término "garantías" es utilizado desde un punto de vista sustantivo, es decir, como sinónimo de tales derechos humanos naturales y no en un aspecto adjetivo o procesal, como los medios a través de los cuales podrán hacerse efectivos tales derechos. La finalidad perseguida por el Constituyente de mil novecientos diecisiete mediante el cambio al párrafo primero del artículo 1o. fue la de que tales derechos quedaran efectivamente salvaguardados a través de la prohibición expresa a su limitación, restricción o suspensión en casos diversos a los que expresamente autorizara y la obligación estatal de garantizar su efectividad.

La expresión "garantías" utilizada por el Constituyente tuvo como finalidad evidenciar que la Constitución no se limita a reconocer los derechos del hombre como base y objeto de las instituciones sociales, sino que también impone a las autoridades el deber de respetarlos y salvaguardarlos mediante

la prohibición de su restricción o suspensión salvo en los casos y condiciones que la propia Constitución establezca.

Esto significa que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se contienen los derechos naturales del ser humano que el Estado reconoce y que se obliga a salvaguardar en la forma que ella misma establece, como expresamente lo señaló la comisión dictaminadora al manifestar que en este párrafo del artículo 1o. se contienen dos principios fundamentales que preceden a la enumeración de los derechos que el pueblo reconoce como naturales del hombre, a saber: 1) que la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República; y 2) que no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución.

Partiendo de ello, resulta relevante destacar que carece de sustento una interpretación del actual párrafo primero de este precepto bajo la óptica que se hace en el voto concurrente del Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, manifestada también en la intervención que tuvo durante la discusión del asunto, en el sentido de que en la Constitución vigente sólo se establecen como principios y valores los que la Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete denominaba derechos del hombre, pero que en ninguna de las dos se enumeraron, porque lo que tanto el Constituyente de mil ochocientos cincuenta y siete como el de mil novecientos diecisiete pretendieron no fue salvaguardar todos los derechos humanos, sino sólo establecer reglas de limitación a la autoridad estatal en situaciones específicas para garantizar los principios o valores que conforme a la experiencia histórica eran los que con mayor frecuencia resultaban vulnerados o infringidos, por lo que no

existe obligación constitucional para el legislador de penalizar conductas.

En efecto, una interpretación en tal sentido llevaría a limitar los alcances generales de salvaguarda de los derechos naturales del ser humano al restringirlos exclusivamente a los casos en que, conforme a un momento histórico, resultaba imperioso constreñir la actuación del Estado, lo que claramente contradice la intención general del Constituyente de garantizar los derechos humanos, reflejada tanto en el proyecto de Constitución de mil novecientos diecisiete como en el dictamen de la comisión dictaminadora de dicho proyecto, en la discusión que dio lugar a la aprobación del párrafo en comento del artículo 1o. de la Ley Fundamental y en la literalidad de su texto.

Además, siendo la Constitución Política un instrumento permanente de gobierno, no puede partirse de atribuir al Constituyente una intención sólo temporal en las disposiciones que aprobó para hacer frente a situaciones de un determinado momento histórico, pero que no pervivan. En la interpretación de la Constitución deben tomarse en cuenta no solamente las condiciones y necesidades existentes al momento de su sanción, sino también las condiciones que existen al tiempo de su interpretación y aplicación, a la luz de los fines que informan la Ley Suprema de la Nación.

En efecto, la Constitución establece normas fundamentales que en sus preceptos aseguran estabilidad y certeza, que son necesarias para la existencia del Estado y de su orden jurídico, y si bien en ocasiones determinadas previsiones constitucionales, por la materia que regulan, pudieran haber sido

redactadas por el Constituyente con el fin de hacer factible ajustar su contenido a las nuevas condiciones sin experimentar un cambio sustancial, precisamente para brindar mayor fuerza al principio de estabilidad de la preceptiva constitucional, es claro que dentro de estas normas no se encuentran aquellas que implican el reconocimiento a los derechos naturales del ser humano, pues en cuanto a esto fue escrupulosamente cuidadoso en dejar expresa su voluntad de dar efectividad a su salvaguarda, al consignar la obligación estatal de garantizar su goce a todos los individuos en la República mexicana y consignar la prohibición de su restricción y suspensión salvo en los casos y con las condiciones que la propia Ley Fundamental establece.

Por ello, una interpretación como la pretendida, es decir, que en la Constitución vigente sólo se contienen, por una parte, principios o valores, pero no se reconocen derechos humanos de manera abstracta; y, por la otra, reglas de limitación a la autoridad estatal en situaciones específicas para salvaguardar tales principios o valores, desnaturalizaría los propósitos que llevaron al Constituyente a aprobar en los términos en que lo hizo el artículo 1o., pues implicaría partir de que las restricciones o limitaciones establecidas en la Constitución son un límite excepcional a la actividad del Estado cuando, precisamente, las restricciones o limitaciones a los derechos humanos que la Constitución reconoce sólo podrán imponerse en los casos y condiciones que ella misma determina, porque la regla general es el goce de tales derechos sin restricción o limitación. Por consecuencia, una interpretación en tal sentido llevaría a atribuir significados y sentidos incongruentes a las diversas normas constitucionales, sin sistemática alguna dentro de nuestro orden constitucional y, finalmente, al quebranto

de este orden, pues la autoridad estatal se encuentra sujeta a la obligación de ajustarse a este orden, en el cual se distribuyen funciones para asegurar que no sólo no se quebranten los derechos fundamentales del hombre, sino para salvaguardar su pleno goce y disfrute por la población, de lo que deriva la obligación del legislador ordinario, en su atribución de crear leyes, de desarrollar el orden constitucional acorde con los fines perseguidos por el Constituyente, concretamente, en el ámbito penal, protegiendo los derechos naturales del ser humano mediante la tipificación delictiva de las conductas que tiendan a vulnerarlos.

Al respecto, resulta aplicable la tesis XII/2006 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, febrero de 2006, página 25, que señala:

"INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA.—En virtud de que cada uno de los preceptos contenidos en la Norma Fundamental forman parte de un sistema constitucional, al interpretarlos debe partirse por reconocer, como principio general, que el sentido que se les atribuya debe ser congruente con lo establecido en las diversas disposiciones constitucionales que integran ese sistema, lo que se justifica por el hecho de que todos ellos se erigen en el parámetro de validez al tenor del cual se desarrolla el orden jurídico nacional, por lo que de aceptar interpretaciones constitucionales que pudieran dar lugar a contradecir frontal-

mente lo establecido en otras normas de la propia Constitución, se estaría atribuyendo a la voluntad soberana la intención de provocar grave incertidumbre entre los gobernados al regirse por una Norma Fundamental que es fuente de contradicciones; sin dejar de reconocer que en ésta pueden establecerse excepciones, las cuales deben preverse expresamente y no derivar de una interpretación que desatienda los fines del Constituyente."

Además, la interpretación del primer párrafo del artículo 1o. constitucional que se comparte por los Ministros que suscribimos el presente voto de minoría ha sido reconocida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis LVIII/2001, sustentada al fallar el amparo directo en revisión 1124/2000, en sesión de 17 de abril de 2001, por unanimidad de cinco votos, al señalar, en la parte conducente de dicha tesis, lo siguiente:

"CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN POR SEPARACIÓN. EL ESTUDIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 395 Y 413 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, QUE AUTORIZAN SU INCORPORACIÓN EN LOS CONTRATOS COLECTIVOS DE TRABAJO Y EN LOS CONTRATOS-LEY, RESPECTIVAMENTE, DEBE HACERSE CONFRONTÁNDOLOS CON LOS PRECEPTOS DE LA CONSTITUCIÓN APLICABLES Y LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LOS MISMOS.—Para establecer si los preceptos especificados son constitucionales, debe hacerse su confrontación con los artículos 5o., 9o. y 123, apartado A, fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su interpretación jurídica, lo que exige atender a la letra de los mismos, a su sentido, que debe desentrañarse acudiendo a la vinculación que existe entre ellos y otras dis-

posiciones propias de la materia, a criterios jurisprudenciales, así como a los principios esenciales que rigen el sistema de derecho del trabajo mexicano, que se desprenden del artículo 123; asimismo, en este proceso interpretativo, resulta ilustrativo atender al proceso seguido en el Poder Constituyente y, en su caso, en el Poder Reformador de la Constitución, para aprobar las disposiciones constitucionales de que se trata. También auxilia en esta labor el análisis de la doctrina existente, en especial cuando guarda coherencia con los elementos anteriores. Por consiguiente, no puede admitirse que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones de que se trata, derive de consideraciones abstractas que dogmáticamente se atribuyan a la Constitución. ... Además, de conformidad con un análisis objetivo de la Constitución, las excepciones a las garantías individuales que su artículo 1o. reconoce a 'todos los individuos', sólo pueden admitirse si expresamente se establecen en el propio texto de la Ley Fundamental, pues, jurídicamente, es inadmisibles, conforme al principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 133, 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 que la Constitución establece de manera general para todos los individuos, incluyéndose, obviamente, a los trabajadores." (Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, Tomo XIII, mayo de 2001, página 442)

En el tercer párrafo del artículo 1o. en análisis se establece, como complemento de la garantía de igualdad de todos los seres humanos en el goce y disfrute de los derechos fundamentales, la regla precisa y concreta de prohibición de

discriminar por razones de origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, las condiciones sociales y de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

El principio de igualdad y su regla específica de no discriminación constituyen derechos públicos subjetivos que garantizan el mismo trato a todos los seres humanos en cuanto tales y el no ser discriminados injustificadamente, entre otras, por razón de edad y, por tanto, implica para el legislador el deber de ajustarse a estos principios y de no hacer distinciones injustificadas.

De conformidad con el artículo 3o., la educación deberá tener como finalidad desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y perseguir el fomento de los diversos valores que el Constituyente ha plasmado en nuestra Carta Fundamental, entre ellos, el aprecio de la dignidad de la persona y la integridad de la familia, sustentando ideales de fraternidad e igualdad de todos los hombres.

El artículo 4o. consagra expresamente los siguientes derechos:

- a) La igualdad del varón y la mujer ante la ley.
- b) Derecho de procreación, es decir, a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos.

c) Derecho de protección a la salud.

d) Derecho a un medio ambiente adecuado.

e) Derecho de la familia a disfrutar de una vivienda digna y decorosa.

f) Derecho de la niñez a su desarrollo integral mediante la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento.

Con la consagración de los derechos aludidos se procura a los seres humanos su salud y bienestar físico y mental y el mejoramiento de su calidad de vida, tal como se advierte del proceso de reformas que culminó con el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, en el que, además, expresamente se aludió a la protección que se otorga al producto de la concepción en el dictamen de la Cámara de Senadores, al señalar la importancia de proporcionar a la mujer embarazada la debida atención y descanso para velar no sólo "por su salud propia, 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", así como en el dictamen de la Cámara de Diputados, que expresamente señala que el "derecho a la protección de la salud debe alcanzar por igual, desde el momento de la gestación, tanto a la futura madre como al hijo".

La norma constitucional al consagrar el derecho de procreación establece como modalidades de la decisión relativa la libertad, la responsabilidad y la información, lo que supone

no sólo el deber del Estado de proporcionar al hombre y a la mujer la información suficiente que les permita tomar de manera responsable la decisión respectiva, sino también la obligación individual de informarse, pues la libertad sexual y reproductiva debe ejercerse con responsabilidad.

Si bien a nadie puede imponérsele un embarazo, cuando éste 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.

Así, la adecuada información y educación en materia sexual y reproductiva para hacer efectivo el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, repercute en el derecho de la mujer a elegir un proyecto de vida y el desarrollo de su personalidad mediante el ejercicio de su derecho a la maternidad informada, libre y consciente.

El precepto en análisis no consagra expresamente los derechos a la autodeterminación del cuerpo y a un plan de vida, que los Ministros de la mayoría derivan implícitamente. Sin que los Ministros que suscribimos el presente voto neguemos la existencia de tales derechos implícitos, destacamos la incongruencia que encierra la postura de exigir la consagración expresa del derecho a la vida desde el momento de la concepción en la Constitución, pero, en cambio, adoptar una postura flexible en relación con los derechos aludidos que sí se estiman consagrados implícitamente en la Constitución.

En efecto, la sentencia de la mayoría incurre en una contradicción lógica, en tanto afirma que el derecho a la vida del concebido no deriva de la Constitución, pues no existe un precepto que de manera expresa la proteja y, no obstante ello, acepta que las mujeres gozan del derecho a la autodeterminación de su cuerpo cuando la lectura de la Ley Fundamental revela que tampoco se prevé tal derecho de manera expresa; es decir, el engrose aprobado por la mayoría de los Ministros rechaza que la protección de la vida se desprenda implícitamente de la Constitución, pero acepta la existencia de un derecho —al que le confiere un valor axiológico mayor al de la vida del concebido— que necesariamente se desprendió implícitamente. Además, incurre en otra contradicción lógica toda vez que extralimita el derecho de las mujeres a la autodeterminación de su cuerpo, pues pasa por alto que no se trata de "su cuerpo" sino de un cuerpo distinto del de ellas.

El derecho a la salud, como garantía individual, constituye un derecho oponible por toda persona para preservar su bienestar integral, tanto a nivel físico como psíquico, y como garantía social supone la obligación del Estado mexicano de preservar la salud de los individuos. En lo que interesa, debe destacarse la obligación estatal de atender las demandas de salud poblacional y las diversas circunstancias que la afecten, siendo la materia de salud de carácter prioritario, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley General de Salud, la atención materno-infantil que, dentro de otros aspectos, comprende la atención de la mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio.

En este sentido, también resulta relevante destacar la obligación del Estado de otorgar servicios en materia de salud

genésica, es decir, en materia sexual y reproductiva, para hacer efectivo el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.

Se consagra también en el precepto en análisis el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a su salud física y mental, quedando a cargo de los padres el deber de preservar tal derecho y del Estado el de otorgar el apoyo para la protección de los menores, así como de otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. Lo anterior exige al legislador dictar las medidas y garantías legislativas a favor de los menores, que salvaguarden sus derechos.

La reforma a los artículos 14 y 22, a través del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el nueve de diciembre de dos mil cinco, eliminó la pena de muerte que el artículo 22 establecía para los casos excepcionales que expresamente señalaba, al considerarse, como expresamente lo manifestó el órgano reformador, al derecho a la vida como el derecho humano por excelencia, el más alto, el que constituye condición necesaria para que existan y se respeten los demás derechos humanos, cuya protección debía tenerse como la más elemental de las defensas, pues de la vida deriva todo el potencial del desarrollo y realización de las personas.

En consecuencia, si la Suprema Corte había establecido que la Constitución protegía el derecho a la vida antes de la reforma, al fallar la acción de inconstitucionalidad 10/2000, tal reforma vino a confirmar esa protección, por lo que las jurisprudencias plenarios 13/2002 y 14/2002, que en términos de lo analizado continúan en vigor, tienen plena actualidad.

En el engrose plenario se señala expresamente que "el derecho a la vida se encuentra reconocido en una gran cantidad de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos", citando, entre ellos, los que considera más importantes. Se afirma también que la "eliminación de la pena —se refiere a la muerte— obedece a la existencia de obligaciones en derecho internacional en materia de derechos humanos para ajustarse a la tendencia internacional respecto de la abolición de la pena de muerte. ... Esta es la motivación que se desarrolla de manera extensiva en la exposición de motivos y los diversos trabajos preparatorios, más que un razonamiento acerca de la existencia de un derecho general y absoluto a la vida."

Como se advierte, en el engrose se confunde la existencia del derecho a la vida, que reconoce está consagrado en gran cantidad de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, con su naturaleza de un derecho de carácter general y absoluto, naturaleza ésta que con posterioridad será materia de análisis en el presente voto, importando resaltar en el presente momento únicamente que el referido engrose no controvierte, sino confirma la existencia del derecho a la vida aunque, incongruentemente, únicamente a nivel internacional y no constitucional.

Por su parte, el artículo 123, apartados A, fracciones V y XV, y B, fracción XI, inciso c), establece una protección expresa al producto de la concepción al señalar, respectivamente: "Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores

al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos"; "El patrón estará obligado a observar, de acuerdo con la naturaleza de su negociación, los preceptos legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de su establecimiento, y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepción, cuando se trate de mujeres embarazadas. Las leyes contendrán, al efecto, las sanciones procedentes en cada caso" y "Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayuda para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles."

La reforma a esta disposición y al artículo 4o. mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro tuvo el claro propósito de consagrar la igualdad entre el hombre y la mujer y de otorgar a ambos, en igualdad de condiciones, los derechos que les aseguren un trabajo digno, con

la única distinción válida derivada de la protección a la salud tanto de la mujer embarazada como del producto de la concepción.

Por tanto, no es posible interpretar que la norma constitucional en análisis se refiere sólo a la relación laboral entre el patrón y la mujer, tutelando derechos de esa índole a favor de la mujer pero sin conferir derecho alguno al producto de la concepción, pues ello implicaría desconocer tanto la literalidad de la norma como su interpretación sistemática y conjunta con otras disposiciones constitucionales, inclusive, la teleología de la reforma aludida y de las demás relacionadas, en concreto la realizada el tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

La afirmación consistente en que la protección establecida en el artículo 123 constitucional antes precisado no está dirigida únicamente a la trabajadora se corrobora con el dictamen emitido por la Cámara de Senadores el veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y dos (relativo a la reforma constitucional que se publicó en el Diario Oficial de la Federación de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres), que en lo conducente dice:

"... De esta forma, como garantías sociales de salud de que gozan los mexicanos, entre otras, encontramos: la obligación que tienen los patrones de observar los preceptos legales sobre higiene y seguridad para prevenir accidentes de trabajo, y para que éste se verifique con las mayores garantías para la salud y la vida de los trabajadores; el establecimiento del Instituto Mexicano del Seguro Social para atender los requerimientos de la salud y, básicamente, su

quebrantamiento y cubrir seguros de invalidez, de vida y de cesación involuntaria del trabajo; el deber que tienen las sociedades cooperativas para la construcción de casas baratas e higiénicas; la responsabilidad patronal de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales; las aportaciones para el Fondo Nacional de la Vivienda; la debida atención y descansos para la mujer embarazada, pretendiendo con esto no sólo velar por su salud propia, 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. ..."

De la anterior transcripción se desprende que dentro del pensamiento que motivó la citada reforma se encuentra el relativo a la obligación del Estado de proteger a los niños "desde antes de su nacimiento". Aquí se advierte que el Estado debe velar por la salud de la población que lo conforma y de quienes aún no han nacido, pues la afirmación es categórica al precisar que el producto de la concepción goza de la protección del derecho y del Estado. Ante una afirmación tan categórica resulta difícil justificar el argumento relativo a que el precepto constitucional de que se trata únicamente protege a la madre embarazada y, de manera secundaria o refleja, al producto de la concepción, máxime cuando el Tribunal en Pleno ya reconoció que para desentrañar el sentido de los preceptos constitucionales deben privilegiarse los métodos de interpretación que permitan conocer los valores o instituciones que el Poder Revisor de la Ley Fundamental quiso salvaguardar. Así, el método genético teleológico permite acudir no únicamente a la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma, sino que autoriza examinar los dictámenes de las diversas comisiones del Congreso de la Unión e, incluso, los debates, a efecto de desentrañar con la mayor precisión

posible las causas que generaron la enmienda al Código Político así como la finalidad de su inclusión y los valores que se intentaron proteger. El criterio al que se alude (y en cuya conformación intervinieron algunos de los Ministros de la mayoría que votaron por el reconocimiento de validez de las disposiciones impugnadas) es el visible en la página 117 del Tomo VII, correspondiente al mes de abril de mil novecientos noventa y ocho, de la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, que dice:

"INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR.—El propio artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor. Así, el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma constitucional, los dictámenes de las Comisiones del Congreso de la Unión y el propio debate, descubrir las causas que generaron determinada enmienda al Código Político, así como la finalidad de su inclusión, lo que constituye un método que puede utilizarse al analizar un artículo de la Constitución, ya que en ella se cristalizan los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico."

En este orden de ideas, si se aplica el referido método de interpretación y se tiene en consideración el dictamen antes transcrito relacionado con la reforma de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres al artículo 123 constitucional, se llega a la conclusión inobjetable de que el citado precepto de la Ley Fundamental protege la vida y la salud tanto de la madre como del producto de la concepción.

Llama especialmente la atención que en la acción de inconstitucionalidad 10/2000 en la que se analizó la ley conocida como "ley robles", algunos de los Ministros que en el presente caso votaron con la mayoría formularon un voto particular en el que expresamente reconocieron que el concebido tenía derecho a la vida, pues afirmaron textualmente que:

"... Si bien el Estado no puede autorizar a una mujer a abortar, pues ello conculcaría el derecho a la vida del producto de la concepción, tampoco puede obligar a la mujer a tener un hijo cuando se encuentre embarazada por causas ajenas a su voluntad, porque la cópula le fue brutalmente impuesta. ..."

Como se ve, en el citado voto se aceptó que el Estado no puede autorizar a una mujer a abortar, pues ello conculcaría el derecho a la vida del producto de la concepción (aquí el aborto se entiende como la muerte del producto de la concepción en cualquier etapa del embarazo). Siendo así, es inconcuso que se reconoció que el concebido no nacido tiene vida y que ésta se encuentra constitucionalmente protegida.

Finalmente, el artículo tercero transitorio del decreto que reformó los artículos 30, 32 y 37 constitucionales en materia de nacionalidad, publicado el veinte de marzo de mil nove-

cientos noventa y siete y su reforma publicada el veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve, concede en igualdad de términos, tanto a los nacidos como a los concebidos con anterioridad al decreto de reformas constitucionales de que forma parte, el derecho a que se les apliquen las disposiciones en materia de nacionalidad mexicana anteriores a su vigencia, sin perjuicio de los beneficios que les otorga la reforma.

Este precepto transitorio demuestra que la Constitución protege la vida de los concebidos, pues de lo contrario no se hubiera referido a éstos de manera expresa, ni les hubiera otorgado derechos en forma destacada. No obsta a lo anterior el hecho de que el artículo 30 constitucional determine que la nacionalidad se adquiere con el nacimiento, pues la disposición transitoria en análisis no se opone a este precepto constitucional, sino que únicamente se refiere a los concebidos como beneficiarios de derechos en materia de nacionalidad. Debe añadirse que esta disposición transitoria tiene la misma validez y obligatoriedad que las demás normas constitucionales, pues en su creación se siguieron las formalidades correspondientes, como lo ha determinado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia en la tesis visible en la página 6 del Tomo XX de la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, que lleva por rubro: "CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. EL PLANTEAMIENTO DE QUE UNA LEY SECUNDARIA CONTRADICE EL TEXTO DE LAS NORMAS TRANSITORIAS DE UNA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, CONSTITUYE UN TEMA DE ESA NATURALEZA."

El análisis de las anteriores disposiciones constitucionales claramente evidencia la consagración por el Constituyente

del derecho a la vida humana como un derecho natural del ser humano, presupuesto lógico de todos los demás derechos y de la organización política del Estado mexicano, que tiene como eje central a los seres humanos que conforman su población y que en sus garantías ampara a todo individuo que se encuentre dentro de su territorio.

En síntesis, la consagración del derecho a la vida humana en nuestra Constitución Política deriva de:

- El artículo 1º., en la protección que brinda a los derechos naturales del ser humano, cuya salvaguarda por el Constituyente se consignó mediante la prohibición expresa de su restricción o suspensión salvo en los casos y con las condiciones establecidas en la propia Constitución, lo que se advierte claramente de lo señalado por la comisión dictaminadora del Congreso de mil novecientos diecisiete en el sentido de que en este precepto se contienen dos principios fundamentales que preceden a la enumeración de los derechos que el pueblo reconoce como naturales de hombre, a saber: 1) que la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República; y 2) que no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución.

De igual manera, los principios de igualdad y no discriminación consagrados en este precepto impiden establecer diferenciaciones en los derechos naturales que consagra, concretamente, en lo que al caso se refiere, en cuanto al derecho a la vida, por lo que debe comprenderse ésta en su integridad.

- El artículo 3o., en cuanto consagra como valor de la educación el aprecio a la dignidad de la persona y la integridad de la familia, basándose en una conciencia de solidaridad y en un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento del pueblo.

- El artículo 4o., en tanto consagra el derecho a la protección de la salud, la paternidad y maternidad responsables (el derecho de procreación debe ejercerse de manera libre, informada y responsable), la protección a la familia y los derechos de la niñez, así como la obligación del Estado de coadyuvar al cumplimiento de estos derechos y de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez.

- Los artículos 14 y 22, en cuanto fueron reformados para eliminar la pena de muerte, aludiéndose en el proceso de reforma relativo, al derecho a la vida como el derecho humano por excelencia que constituye condición necesaria para que existan y se respeten los demás derechos humanos, cuya protección debe tenerse como la más elemental de las defensas, pues de la vida deriva todo el potencial del desarrollo y realización de las personas.

- El artículo 123, apartados A, fracciones V y XV, y B, fracción XI, inciso c), al establecer una protección expresa al producto de la concepción, lo que implica el reconocimiento del derecho a la vida humana desde su inicio.

- El artículo tercero transitorio del decreto que reformó los artículos 30, 32 y 37 constitucionales en materia de nacionalidad, publicado el veinte de marzo de mil novecientos

noventa y siete y su reforma publicada el veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve, al otorgar derechos en materia de nacionalidad por igual a nacidos y concebidos.

De todos los demás derechos fundamentales consagrados por el Constituyente, que tienen como finalidad garantizar una existencia digna al ser humano y su pleno desarrollo, así como de los demás preceptos que integran la parte orgánica de la Constitución, al ser el sentido y razón de todas sus regulaciones el pueblo y sus integrantes, como se ha reconocido en las tesis intituladas: "DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO." y "CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER.", publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, Tomo XXV, mayo de 2007, tesis 1a. XCVII/2007, página 793 y Pleno, Tomo X, septiembre de 1999, tesis P./J. 101/99, página 708, respectivamente.

Por tanto, interpretar, como lo hace el engrose aprobado por el Pleno, que no existe en la Constitución el derecho a la vida humana por no haber sido consagrado expresamente en alguna de sus disposiciones (criterio de un solo Ministro aunque se refleje como postura plenaria), significa realizar una interpretación contraria a su teleología y desarmonica e incongruente en sus disposiciones, contrariando el criterio del Pleno contenido en la tesis de rubro: "INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE

LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA.", transcrita con anterioridad.

De igual manera, como se señaló, el Pleno de la Suprema Corte ya reconoció que para desentrañar el sentido de los preceptos constitucionales deben privilegiarse los métodos de interpretación que permitan conocer los valores o instituciones que el Poder Revisor de la Ley Fundamental quiso salvaguardar, en términos de la tesis que ha quedado ya transcrita y que lleva por rubro: "INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR."

Además, conforme a lo analizado, la Constitución sí alude de manera expresa a la protección de la vida del producto de la concepción, como manifestación de la vida humana.

La Constitución no tiene por qué decir lo que es obvio, lo que resulta evidente y, en consecuencia, lo que es del conocimiento general de todas las personas sin excepción por ser producto de su experiencia vital ordinaria. Se dice lo anterior a propósito de que resulta obvio que la vida constituye el más elemental de los derechos por ser el presupuesto necesario para poder gozar de todas las prerrogativas que otorga y protege la Constitución. Dicho en otros términos, no existe razón alguna que determine que ésta debe reconocer en forma expresa un derecho que está claramente implicado en absolu-

tamente todos los derechos que otorga: basta la lectura de la Constitución para percatarse de que no hay un solo derecho que no entrañe como presupuesto necesario el relativo a la vida humana. Así por ejemplo, si la Ley Fundamental salvaguarda la salud es claro que garantiza la vida, pues aquélla es una condición propia y exclusiva de los seres vivos; es decir, si no hay vida no puede hablarse de salud. Luego, si la Constitución salvaguarda la salud, por mayoría de razón debe concluirse que protege la vida. Sostener lo contrario conduciría a un absurdo pues ¿para qué proteger la salud si se considera que no está garantizada la vida que es su presupuesto necesario? Es claro que la protección a la vida encuadra de manera natural en la lógica garantista de la Constitución.

En la sentencia plenaria se sostiene que de la afirmación relativa a que la vida es condición necesaria para el disfrute de los demás derechos, no puede derivarse la conclusión valorativa de que la vida es más valiosa que cualquiera de los otros derechos fundamentales, pues ello implica incurrir en lo que se conoce como falacia naturalista consistente en deducir conclusiones normativas a partir de premisas que sólo contienen información acerca de hechos y que aceptar este argumento obligaría a aceptar también "por ejemplo, que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida porque lo primero es una condición de lo segundo."

A lo anterior debe señalarse que la sentencia plenaria claramente confunde la existencia de un derecho con el problema relativo a una posible escala de jerarquía entre los derechos fundamentales. En efecto, lo que se aduce constituye lo que se conoce como falacia naturalista y deriva precisamente de esta confusión, 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.

Además, debe resaltarse que los derechos fundamentales protegen valores o bienes jurídicos y, precisamente por ello, no cabe ponderar derechos en abstracto, pues todos protegen ámbitos necesarios para el desarrollo pleno y digno de la persona, entre los que no es posible establecer jerarquías o prevalencias al ser complementarios entre sí. Lo que verdaderamente entra en conflicto son las conductas que pretenden sustentarse en un derecho, correspondiendo tanto al legislador como al Juez determinar a quién realmente corresponde el derecho y a quién no, siempre con la finalidad de lograr la convivencia armónica y atendiendo a la teleología de los derechos fundamentales que permita delimitarlos en tales casos. Resulta ilustrativo en este sentido lo señalado por Juan Andrés Muñoz Arnau en su obra "Los Límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español" (Editorial Aranzadi, S.A., 1998, Pamplona, Navarra, España, páginas 170 y 171):

"... los derechos, si realmente lo son y no mera apariencia no chocan jamás. Lo que chocan son las conductas que intentan ampararse en una apariencia de derecho y cuya verdadera naturaleza corresponde desvelar al Juez en cada caso al ponderar los hechos y contrastarlos con las disposiciones jurídicas. En el plano de las categorías jurídicas no hay colisión posible. Por eso, no cabe ponderar derechos en abstracto, pues todos protegen ámbitos de libertad requeridos para el libre desarrollo de la persona entre los que no sería factible establecer jerarquías ... Lo que es objeto de ponderación son lo

hechos, no los derechos que, si lo son realmente, no tendrán más limitación que las derivadas de su naturaleza y que serán por lo mismo 'internos', sean expresos o tácitos. El problema está en determinar si ciertas conductas están realmente protegidas por el derecho que se invoca y que al enfrentarse a otra posición pretendidamente legítima, por fundarse en otro derecho invocado, se presenta como una realidad problemática que el Juez debe aclarar y resolver. Lo que varían son 'los tiempos y las personas' que deben ser enjuiciados por quien corresponda con el fin de conocer si de verdad están amparados por un derecho fundamental. ..."

El propio autor cita a Serna Bermúdez en su obra "Derechos Fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información" en *Humana Iura*, 4 (1994, páginas 230-231), quien señala:

"... si los derechos humanos son el modo histórico de concretar ciertas exigencias que garanticen al hombre una vida digna, parece que su determinación guarda relación con el modo de ser propio del hombre. Ahora bien, dicho modo de ser, que postula unos medios concretos sin los cuales la autorrealización y la felicidad se tornan muy difíciles o imposibles, no comporta exigencias contradictorias o enfrentadas, porque el ser humano es básicamente una unidad. Si esto no fuese así, no se podría —aunque se estableciese dogmáticamente— interpretar como un sistema aquella parte de la Constitución que recoge los derechos fundamentales, y algunas de sus disposiciones entrarían frecuentemente en contradicción con otras, con lo cual dejaría de ser normativa para convertirse en retórica, al menos parcialmente. Esto

explica la importancia hermenéutica que debe concederse al tema del fundamento de los derechos humanos y al principio de la dignidad de la persona ... Si se tiene esto presente, será posible sostener que la consideración de los derechos desde la perspectiva de su teleología, es decir, de lo que tratan de proteger en el ser humano en orden a una vida acorde con su dignidad, conduce a derechos equilibrados entre sí, que no se anulan mutuamente ni necesitan de límites externos como los proporcionados por la jerarquización. ..."

Partiendo de lo anterior, es labor del legislador y del Juez en sus respectivos ámbitos de facultades valorar los hechos para, en el caso del primero, regular conductas en las que exista un supuesto conflicto de derechos mediante la delimitación de éstos, tratándose de derechos fundamentales ceñido a los límites que del mismo haya establecido el Constituyente en términos de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1o. constitucional y conforme a la teleología de éstos, buscando su convivencia armónica y su no oposición.

Tratándose concretamente del derecho a la vida del *nasciturus* frente a la autodeterminación, libertad reproductiva y plan de vida de la mujer, tendría que delimitarse hasta dónde llegan estos últimos derechos frente a la vida del concebido, es decir, si los derechos de la mujer comprenden la disposición de la vida del ser en gestación por el hecho de encontrarse en su cuerpo, para lo cual es necesario atender a las propias condiciones que la Constitución consagra a la libertad reproductiva mediante su ejercicio responsable e informado y a la no sujeción de límite alguno a la existencia del derecho a la vida, así como a la teleología de estos derechos, para concluir que el supuesto derecho de la mujer embarazada a la

autodeterminación, libertad reproductiva y plan de vida no tiene el alcance de afectar y disponer de la vida de otro ser humano como lo es el ser en gestación, por lo que se estaría sólo ante una apariencia de derechos de aquélla frente a un derecho real del concebido.

El engrose plenario (que refleja sólo la postura del Ministro que lo elaboró) 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. Llama la atención que no obstante que la Suprema Corte ha adoptado un criterio abierto en cuanto al reconocimiento de muchos principios implícitos en la Constitución, en el caso del derecho a la vida humana, en tal engrose se adopte una postura tan rígida e inflexible al exigir su previsión expresa para su reconocimiento. La postura señalada se advierte, entre otras, en las siguientes tesis:

"PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.—De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie

sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar 'los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado'; en el artículo 21, al disponer que 'la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público'; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole 'buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos'. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado." (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, Tomo XVI, agosto de 2002, tesis P. XXXV/2002, página 14).

"DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO.—El derecho constitucional al mínimo

vital cobra plena vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución General y particularmente de los artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123. Un presupuesto del Estado Democrático de Derecho es el que requiere que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados participen activamente en la vida democrática. De esta forma, el goce del mínimo vital es un presupuesto sin el cual las coordenadas centrales de nuestro orden constitucional carecen de sentido, de tal suerte que la intersección entre la potestad Estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente. Este parámetro constituye el contenido del derecho al mínimo vital, el cual, a su vez, coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria, de tal manera que el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Así, este derecho busca garantizar que la persona —centro del ordenamiento jurídico— no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean." (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, Tomo XXV, mayo de 2007, tesis 1a. XCVII/2007, página 793).

De igual manera, debe resaltarse que resulta contradictorio, por una parte, negar la consagración implícita del derecho a la vida en la Constitución, no obstante señalarse en el engrose que "El derecho a la vida se encuentra reconocido en una gran cantidad de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos", aunque se sostenga "que no se establece ni reconoce como un derecho absoluto" (lo que no se refiere a la existencia del derecho sino a sus posibles límites) y, por la otra, que en dicho engrose y diversos Ministros en la discusión del asunto y en sus votos concurrentes aludan a derechos de la mujer que no están expresamente consagrados, sino que se derivan implícitamente del artículo 4o. constitucional.

Así, una interpretación lógica, sistemática y genético-teleológica de la Constitución, que haga congruente y armónica sus disposiciones, permite arribar a la conclusión de que en ésta se consagra implícitamente el derecho a la vida y expresamente la protección al producto de la concepción, lo que significa que el derecho a la vida humana se reconoce desde que ésta inicia. No resulta concebible que se reconozca el derecho a la libertad, al trabajo, a la información, al mínimo vital, a la autodeterminación del cuerpo, a un plan de vida, etcétera, pero no así, a vivir. ¿De qué sirven todos esos derechos si no se tiene vida ni se garantiza ésta? La postura de la sentencia, llevada al extremo, vacía de contenido normativo a la Constitución, pues no tiene caso regular supuestos que dependen de un presupuesto necesario que carece de protección e importancia.

El concepto constitucional de vida humana y derecho a la vida, se refiere al ser humano vivo, por lo que se protege

desde que la vida inicia. La vida humana existe desde que se dan los presupuestos biofisiológicos, cualquiera que sea el estado, condición y capacidad de presentación social de su titular, debiendo ser protegida, jurídicamente, en todas sus etapas.

El derecho a la vida comprende la existencia biológica y física, como un presupuesto vital para el ejercicio de los derechos fundamentales. La vida, comprendida en un sentido exclusivamente biológico y fisiológico, incluye la integridad física y psíquica; constituye un objetivo y un fin en sí mismo, independiente de la estimación subjetiva de los demás, por lo que el Estado tiene la obligación de garantizarla con independencia del pluralismo social, religioso, ideológico o político, al estar consagrada en la Constitución.

El derecho a la vida humana necesariamente tiene que ser desde la concepción, pues como se destacó en el proyecto del ponente, es un hecho irrefutable y de sentido común al formar parte del conocimiento elemental y de la experiencia personal que hombres y mujeres tenemos ante los fenómenos de concepción y nacimiento de un ser humano, sentido común en que se basó el Constituyente Originario, que toda vida humana tiene un principio y un fin, además de constituir un proceso continuo de desarrollo individual, propio e irrepetible que inicia con la fertilización y termina con la muerte, lo que se corrobora con el hecho de que de la unión de un hombre y una mujer —un óvulo y un espermatozoide humanos— no puede más que crearse un ser humano, es decir, no puede generarse otro tipo de ser (un perro, un gato, etcétera), lo que revela que desde la concepción hasta el momento previo al nacimiento se tiene la certeza de que dentro del vientre de la madre lo que se está formando es un ser humano.

Al respecto resultan ilustrativas las respuestas que a las preguntas 1, 2, 38 y 39 del cuestionario correspondiente a la prueba pericial médica en materia de concepción y vida humana en el seno materno, desahogada durante la instrucción de las acciones de inconstitucionalidad a que se refiere el presente voto, que dieron los doctores Jesús Kumate Rodríguez, María Cristina Márquez Orozco, Fabio Salamanca Gómez y Ricardo Tapia Ibarquengoytia.

Las preguntas referidas consistieron en lo siguiente:

"1. ¿Qué características externas tiene un feto humano de doce semanas?"

"2. ¿Qué órganos internos tiene un feto humano de doce semanas?"

"...

"38. ¿Es posible fijar la edad en que se tiene o se adquiere la condición de humano?"

"39. ¿Cuál o cuáles son las razones técnico-científicas para despenalizar el aborto durante las primeras doce semanas de gestación?"

A las referidas preguntas, los expertos dieron contestación en los siguientes términos:

Doctor Jesús Kumate Rodríguez (médico cirujano y doctor en ciencias biológicas):

Respuesta a la pregunta uno:

"Un feto humano de doce semanas sólo se parece a un humano, la distribución de la cabeza, cuello, tórax, miembros superiores e inferiores son típicos del ser humano.

"La proporción de los miembros y de la pelvis corresponden a la de un individuo bípedo. La oposición del pulgar es característica en forma y extensión a la de un ser humano, muy diferente a la encontrada en chimpancés y gorilas.

"La posición y extensión de la nariz es muy diferente de los simios antropoides, lo mismo es extensivo al mentón y a la posición del cuello."

Respuesta a la pregunta dos:

"Desde la octava semana se ha terminado el desarrollo embrionario, ya que existen los esbozos de todos los órganos y sistemas. A partir de la novena semana se inicia la etapa fetal en la que se manifiestan preponderantemente acciones de crecimiento y no de diferenciación. El feto humano de doce semanas tiene un sistema nervioso central muy desarrollado con dos hemisferios, cerebelo, núcleos basales, protuberancia, médula y nervios tanto craneales como periféricos. Existe hipófisis.

"En el cuello están presentes el timo y la glándula tiroides y sus anexos.

"En el tórax existe un corazón con cuatro cavidades contráctil desde la tercer semana. Los pulmones y los bronquios

están presentes y la ramificación de los bronquios está avanzada hasta la séptima división. El feto humano tiene doce costillas a diferencia de las trece en chimpancés y gorilas.

"El abdomen está separado del tórax por el diafragma y están presentes todo el tubo digestivo, el hígado con vesícula biliar, el bazo, los riñones, las glándulas suprarrenales y el origen de los órganos sexuales ya diferenciados por género son visibles externamente.

"En los miembros superiores e inferiores hay desarrollo de las uñas y se inician los esbozos de las huellas digitales. La osificación se ha iniciado desde antes de la octava semana."

Respuesta a la pregunta treinta y ocho:

"Fijar una etapa del desarrollo fetal o extrauterino de un lactante a partir de la cual se adquiere la condición humana no es dable en las condiciones actuales. El cerebro cambia constantemente especialmente en los primeros años de la vida, la sinapsis está en continua formación y refinamiento y las experiencias del medio ambiente incluyendo la educación influyen poderosamente en el desarrollo de la corteza cerebral, razón por la cual la fijación de una fecha durante el embarazo para definir que a partir de ese momento se alcanzó la condición humana es imposible."

Respuesta a la pregunta treinta y nueve:

"Las razones aducidas para despenalizar el aborto durante las doce semanas en el sentido de que no ha alcanzado

autonomía fisiológica, viabilidad extrauterina y capacidad para percibir dolor, tener consciencia y funciones cognitivas, no existen ni al término del embarazo ni al término del primer día de la vida en el sentido estricto (legal) hasta después de la adolescencia. Si tal fuera pudiera justificarse el aborto hasta el término de la gestación dado que todavía no alcanza la condición humana.

"Si por el contrario la vida se toma como un proceso continuo que se inicia con la fertilización y se prolonga a lo largo de toda la existencia se tiene un panorama más congruente con la realidad evolutiva del cerebro y de los demás órganos ..."

Doctora María Cristina Márquez Orozco (licenciada en biología y doctora en ciencias):

Respuesta a la pregunta uno:

"Sus características externas son el tener una cabeza que corresponde a un tercio de su cuerpo, la estructura de la cara tiene aspecto humano como son la nariz con puente y punta elevadas, los ojos en posición frontal, con los párpados fusionados, las narinas al frente, presenta mejillas bien definidas, las orejas con la estructura definitiva, presenta un labio superior con un surco medio, el mentón está bien constituido, el cuello es erecto, el tórax y el abdomen son muy semejantes a los de un recién nacido, los brazos son más largos que las piernas tienen los dedos separados con el dedo pulgar oponible, esbozos de uñas y de crestas dérmicas que formarán las huellas digitales, los genitales externos están bien diferenciados de acuerdo al sexo del feto, las piernas

tienen un aspecto semejante al del recién nacido, en los pies el primer dedo está alineado con los otros cuatro, y es de menor tamaño que el de un chimpancé."

Respuesta a la pregunta dos:

"A nivel del sistema nervioso central los hemisferios cerebrales han crecido en todos sentidos y los lóbulos occipitales han cubierto por completo al diencéfalo y parcialmente al mesencéfalo. En el cerebro se ha desarrollado la placa cortical que dará origen a la corteza cerebral. Los núcleos basales del cerebro se están diferenciando en particular el cuerpo estriado y el hipocampo filogenéticamente más antiguo. El I par cerebral (olfatorio) está conectado con el epitelio olfatorio.

"Las regiones del tálamo, epítalamo y el hipotálamo están en proceso de desarrollo. El II par craneal (óptico) tiene fibras decusadas a nivel del quiasma óptico. La hipófisis está presente y es funcional, se han establecido conexiones entre el tálamo y la corteza cerebral en desarrollo.

"Se pueden identificar los colículos a nivel mesencefálico. Están diferenciados los núcleos de los pares craneales III (motor ocular común que inerva a cuatro de los cinco músculos extraoculares), IV (troclear que inerva al músculo oblicuo mayor del ojo) y parte del V (trigémico que inerva la maxila, la mandíbula y el ojo), se han empezado a diferenciar los núcleos rojos, la sustancia nigra, la sustancia reticular y los pedúnculos cerebrales.

"El cerebelo es extraventricular y sus células han migrado para formar la corteza cerebral. En el puente se han diferen-

ciado parte de los núcleos del V paracraneal, los del VI (motor ocular externo que inerva el recto externo de los ojos), VII (facial que inerva todos los músculos de la expresión facial) y VIII (estadoacústico que interviene en la audición y el equilibrio).

"En el mielencéfalo o médula oblongada se han diferenciado los núcleos de los pares craneales V, VIII, IX (glossofaríngeo que inerva parte del epitelio de la lengua y de la faringe), X (vago que inerva al corazón, al sistema respiratorio y al digestivo), XI (espinal que inerva al músculo esternocleidomastoideo) y el XII (hipogloso que inerva los músculos de la lengua). La médula espinal está bien diferenciada y a nivel cervical ya se han mielenizado las raíces anteriores).

"En los ojos se ha iniciado la diferenciación de los conos y los bastones (fotoreceptores) desde la décima semana y el oído interno tiene su estructura definitiva.

"En el cuello están presentes glándulas como la tiroidea, el timo y las paratiroides.

"El corazón tiene estructura definitiva desde la octava semana del desarrollo y desde el día 21 al 22 empezó a latir a pesar de que en esa época era un tubo. El sistema vascular ha completado su diferenciación. Han aparecido todos los elementos de la sangre, que empezaron a desarrollarse desde la tercera semana.

"En los pulmones se han formado ramificaciones del árbol respiratorio y se encuentra en etapa pseudoglandular. La cavidad torácica está separada del abdominal por el diafragma.

"El estómago se encuentra en la cavidad abdominal, es móvil, el intestino ha retornado a esta cavidad y presenta asas intestinales y colon con apéndice. El hígado aún es muy grande y es el principal centro formador de sangre, hasta el final del segundo trimestre de gestación.

"Los riñones han ascendido a su posición definitiva y las glándulas reproductoras tienen la estructura histológica característica.

"Los músculos han alcanzado un grado de desarrollo suficiente para ser funcionales. Los huesos largos de los miembros están formando sangre a partir de la octava semana.

"Durante la etapa embrionaria, que abarca desde la fecundación hasta las ocho semanas se diferencian los esbozos de todos los órganos y el embrión mide 3.2 mm. de la región cefálica a la glútea. Esta etapa se caracteriza por el predominio de la diferenciación y organización del desarrollo sobre el crecimiento.

"La etapa fetal abarca de la novena semana del desarrollo hasta el nacimiento y se caracteriza por el predominio del crecimiento sobre la diferenciación, es decir que todos los esbozos de los órganos continúan su desarrollo hasta alcanzar la estructura típica del recién nacido. Aunque el cerebro, el sistema reproductor y las glándulas suprarrenales, por ejemplo continúan creciendo y diferenciándose hasta la adolescencia o la etapa adulta."

Respuesta a la pregunta treinta y ocho:

"Sí, la condición de ser humano se adquiere en el momento de la fecundación, ya que es entonces que se inicia el desarrollo de un ser humano con genes propios que determinan su condición de ser humano único e irrepetible, que le dan individualidad. La vida es un continuo desde la fecundación hasta la muerte y si se ha subdividido en etapas para su estudio, sólo es para facilitar la comprensión de los cambios más importantes que se producen a través de la ontogenia humana.

"Un ser humano es el mismo desde la fecundación hasta la muerte, a pesar de los cambios de apariencia que puede experimentar durante las diferentes etapas del desarrollo pre y posnatal. Algunas de estas modificaciones son muy drásticas como la aparición y desaparición de cola, pero también lo son los cambios que experimenta el ser humano desde recién nacido hasta la vejez."

Respuesta a la pregunta treinta y nueve:

"De acuerdo a la respuesta de la pregunta 38 y a las características externas, internas y funcionales mencionadas brevemente en las preguntas 1, 2 y 4, no encuentro razones técnico científicas para definir que un feto de doce semanas carezca de atributos humanos que impida considerarlo un ser humano. El hecho de que su corteza cerebral sea inmadura o que no tenga conciencia se debe a la etapa del desarrollo en la que se encuentra, y por la que todos los seres humanos nacidos pasamos. Si se permite que un feto de doce semanas de desarrollo continúe dentro del seno materno podrá adquirir su condición de recién nacido. En la etapa de doce semanas el desarrollo del corion ya ha alcanzado una condición en la que se requiere utilizar maniobras abortivas que pueden afectar el endometrio y causar problemas posteriores a la madre."

Doctor Fabio Salamanca Gómez (médico cirujano y especialista en genética médica):

Respuesta a la pregunta uno:

"La apariencia del feto humano de doce semanas es inconfundiblemente humana, ya que cuenta con una cabeza que alcanza la tercera parte del cuerpo, tiene ojos con fisuras palpebrales fusionadas, pabellones auriculares casi en su posición definitiva, ramas maxilares divergentes, mientras que en el chimpancé son paralelas, miembros superiores y miembros inferiores móviles, presencia de doce costillas, columna y pelvis orientadas para la bipedestación, genitales externos diferenciados, dedos de manos y pies y presencia de crestas dactilares que constituyen los dermatoglifos y que permiten la identificación individual."

Respuesta a la pregunta dos:

"Tiene hemisferios cerebrales que cubren el diencéfalo y alcanzan el mesencéfalo, núcleos basales, cerebelo, protuberancia, médula oblonga, médula espinal y nervios periféricos, cuenta con ojos con presencia de fotorreceptores y tiene el oído interno formado. Tiene hipófisis, tiroides y glándulas suprarrenales funcionales. Cuenta con un corazón que tiene cuatro cavidades y que es funcional desde el día veintiuno. Tiene pulmones con bronquios y ramificaciones terciarias. Tiene diafragma, hígado que produce bilis, bazo, estómago, intestino con apéndice, colon, órganos sexuales diferenciados, riñones funcionales, cuenta con tejido óseo que ha comenzado función hematopoyética."

Respuesta a la pregunta treinta y ocho:

"La condición de humano, como se ha anotado con anterioridad, está presente desde la unión misma del óvulo y el espermatozoide en el proceso de la fertilización, ya que su genoma contiene las instrucciones de un plan de desarrollo corporal particular para la especie humana y como se anotó con anterioridad, cuenta con genes que son exclusivos para los seres humanos. Por otra parte, si bien existe una homología del 99.9% cuando se compara el genoma humano con el del chimpancé, los estudios de genómica funcional claramente demuestran que la transcripción de los mismos genes es muchas veces mayor en el humano que en el chimpancé."

Respuesta a la pregunta treinta y nueve:

"No existen razones técnico científicas estrictamente hablando, pero hay consideraciones sobre los riesgos que el procedimiento implica para la madre si se lleva a cabo en edades más avanzadas, y consideraciones de tipo social relativas a los derechos de autonomía de la mujer."

Doctor Ricardo Tapia Ibargüengoytia (médico cirujano y doctor en bioquímica):

Respuesta a la pregunta uno:

"El feto humano de 12 semanas ha desarrollado ya las extremidades pero aún no se ha completado la formación de ellas. Ya está también formada la cabeza pero no se ha establecido su forma final ni se han diferenciado completamente las partes de la cara ni los oídos ni los ojos."

Respuesta a la pregunta dos:

"Internamente se ha empezado ya a formar el esqueleto óseo y existe el primordio de la columna vertebral en cuyo interior se desarrollará la médula espinal. No se han desarrollado los nervios periféricos ni los receptores sensoriales que varias semanas después responderán a estímulos externos para transmitir la información a la médula espinal y de ésta al cerebro.

"El encéfalo está formado a las doce semanas por grupos celulares, incluyendo neuronas bipolares y se ha empezado a formar la placa subcortical de la cual semanas posteriores se formará la corteza cerebral. No han aparecido todavía las células gliales que serán, entre otras funciones, el soporte para la migración de neuronas hacia las distintas capas de la corteza cerebral y de otras regiones del interior del cerebro."

Respuesta a la pregunta treinta y ocho:

"Como ya he explicado, en biología es muy difícil hablar de términos temporales precisos. Creo haber contestado esta pregunta en mis respuestas anteriores."

Respuesta a la pregunta treinta y nueve:

"Por las razones expuestas en mis respuestas anteriores, desde el punto de vista técnico-científico me parece que no hay ninguna razón para no despenalizar el aborto durante las primeras doce semanas. Además, hasta las doce semanas la ejecución del aborto no representa problemas técnicos serios. Inclusive, si se realiza en las primeras seis a ocho semanas

existen métodos farmacológicos para producirlo, sin ningún riesgo para la salud o la vida de la mujer."

Las respuestas transcritas permiten formarse una idea clara del desarrollo que ha alcanzado el producto de la concepción al finalizar las primeras doce semanas de gestación, así como adquirir la convicción plena de que en el seno materno se está formando un ser humano.

Así, el hecho de que la vida humana se inicia con la concepción es hoy día una adquisición científica reconocida médica y biológicamente. Al efecto, Humberto Nogueira Alcalá, en su artículo "El Derecho a la Vida", cita a Alfred Kastler, biólogo, premio nóbel, el que refiriéndose a la fertilización del óvulo, señala: "Desde ese momento, comienza una nueva vida; el feto es un ser vivo, un ser humano, un ser completo con un código genético irrepetible". Asimismo, cita a Jérôme Lejeune, quien desde el campo de la genética destaca que "la vida tiene una historia muy larga, pero cada individuo tiene un comienzo bien definido: el momento de la concepción", agregando "tan pronto como los 23 cromosomas paternos se unen mediante la fertilización con los 23 cromosomas maternos, se reúne toda la información genética necesaria y suficiente para expresar todas las cualidades innatas del nuevo individuo ... el individuo que se está dividiendo en muchas células, en el comienzo mismo, es un ser humano".

#### **IV. Consagración del derecho a la vida humana en los instrumentos internacionales y protección al *nasciturus* desde la concepción.**

También a nivel internacional en instrumentos que constituyen la Ley Suprema de la Unión al haber sido suscritos por

el Estado mexicano, se encuentra reconocido el derecho a la vida humana, como lo demuestra el proyecto que presentó el ponente a la consideración del Pleno y lo reconoce la resolución mayoritaria. En esta resolución se afirma que "el derecho a la vida se encuentra reconocido en una gran cantidad de instrumentos internacionales en materia de derechos, entre los cuales se pueden mencionar: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4). De manera complementaria a éstos se encuentran también: la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 6 y 37), el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Destinado a Abolir la Pena de Muerte (art. 1), el Protocolo a la Convención Americana Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (art. 1), Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (art. 3), Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de las Armas de Fuego por Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (principios 4, 5, 6 y 9), Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve (art. 3 común), Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (arts. I y II), Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (arts. 1 y 2), Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (arts. I y II), por citar algunos de los más importantes."

Sin embargo, se sostiene en la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que en los instrumentos materia de derechos humanos anteriormente reseñados no se define el momento a partir del cual inicia la

protección del derecho a la vida, ni desde qué momento el ser humano es sujeto de protección; que "El único tratado internacional que hace referencia a un momento específico para el inicio de la protección del derecho a la vida, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece un momento a partir del cual, 'en general', debe ser protegida la vida ...", siendo este momento el de la concepción; expresión "en general" que tuvo como finalidad otorgar a los Estados un margen para adoptar la legislación que permitiera la interrupción del embarazo en determinadas circunstancias, y respecto de la que México hizo una declaración interpretativa en el sentido de que esta expresión no constituía obligación de adoptar o mantener legislación que protegiera la vida a partir del momento de la concepción por pertenecer esta materia al dominio reservado de los Estados, por lo que México no se encuentra obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción o en algún momento específico.

Se disiente de lo anterior, por una parte, en cuanto a la interpretación que se realiza de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por la otra, en cuanto a la afirmación relativa a que es el único tratado internacional suscrito por México que protege al producto de la concepción.

Al respecto, debe señalarse que la convención en análisis es clara al establecer la protección de la vida humana desde la concepción, utilizando la expresión "en general" en respeto a la soberanía de los Estados parte. Sin embargo, ello no puede llevar a considerar que no implica la protección desde este momento, porque sería atribuirle a esta previsión un significado contrario al expresamente señalado, lo que significa

que sólo por excepción no se dará esa protección en los casos que cada Estado parte así lo determine en su legislación interna.

Tratándose de México, la declaración interpretativa que hizo respecto de la referida expresión tuvo como objetivo dejar a salvo la posibilidad de que el Poder Reformador de la Constitución, como representante de la voluntad del pueblo mexicano, pueda variar las disposiciones fundamentales para hacerlas acorde a la realidad social, sin que con ello se transgreda el compromiso internacional adquirido en el convenio.

En efecto, atendiendo, por una parte, a la supremacía constitucional consagrada en el artículo 133 de la Carta Magna y, por la otra, a la facultad que consagra el artículo 135 de la Constitución para ser adicionada o reformada mediante el proceso que consigna, la declaración interpretativa formulada por el Gobierno Mexicano tuvo como objetivo salvaguardar estos dos principios constitucionales dejando a salvo la facultad del Constituyente Reformador de modificar la Norma Suprema en cuanto a la protección que otorga al producto de la concepción, ante la imposibilidad de establecer un compromiso que obligue en forma permanente al Estado mexicano a mantener una determinada legislación interna en la materia.

La declaración interpretativa no puede ser entendida en el sentido de que el Estado mexicano haya rechazado el compromiso de proteger la vida humana desde el momento de la concepción, en tanto que, como se ha analizado, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege el

derecho a la vida desde este momento, sin que ello signifique que la protección en tales términos deba permanecer inalterable. Por tanto, mientras la Constitución no sea reformada en cuanto a esa protección, debe entenderse que el compromiso adquirido por el Estado mexicano opera en toda su extensión.

Además, el artículo 29 de la convención contiene las reglas relativas a su interpretación, en las que no se permite a alguno de los Estados partes suprimir o limitar el goce y ejercicio de los derechos previstos en ella o reconocidos en su legislación interna, ni excluir derechos ni garantías inherentes al ser humano.

Consecuentemente, es claro que la declaración interpretativa en cuanto a la precisión que efectúa de la expresión "en general", no puede llevar a limitar un derecho reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagrado en la propia convención y que es un derecho inherente al ser humano, en tanto el *nasciturus* tiene tal calidad desde el momento de la concepción.

Además, en los puntos 2 y 5 del artículo 4 de la convención se establece que en los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo se impondrá por los delitos más graves y nunca a personas que en el momento de la comisión del delito sean menores de dieciocho años o más de setenta, ni a las mujeres en estado de gravidez.

Por tanto, si cuando el Estado mexicano se adhirió a la convención, en su normatividad interna se contemplaba la pena de muerte previa audiencia y en casos determinados, resulta

que se obligó a no imponer esa pena a las mujeres embarazadas, al igual que lo hizo en el artículo 6.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lógicamente para proteger la vida del producto de la concepción.

Por otra parte, debe señalarse que la protección al producto de la concepción también se pactó por México en los siguientes instrumentos internacionales:

a) La Convención sobre los Derechos del Niño, que fue aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, según decreto publicado en el diario citado de treinta y uno de julio del mismo año, dispone en sus artículos 1o., 2o. y 6o. lo siguiente:

"Artículo 1o. Para los efectos de la presente convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad."

"Artículo 2o. 1. Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

"2. Los Estados partes tomarán las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma

de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares."

"Artículo 6o. 1. Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

"2. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño."

En el preámbulo de la convención se lee:

"... Teniendo presente que, como se indica en la declaración de los Derechos del Niño 'el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento'."

Si se considera que para efectos de la interpretación de un tratado, el preámbulo del mismo debe ser considerado como parte de su texto, ya que así se establece en el artículo 31, punto segundo, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la que México es Estado parte, además de que ello constituye criterio definido de este Alto Tribunal, se sigue que la Convención sobre los Derechos del Niño consagra a favor del niño el derecho a la vida, entendido el término de "niño" como todo ser humano desde el momento de su concepción hasta la edad de dieciocho años, salvo que antes haya alcanzado la mayoría de edad en virtud de la ley que le sea aplicable. Se sustenta lo anterior con la siguiente tesis:

"TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL 14 DE FEBRERO DE 1975).—Conforme a lo dispuesto en los citados preceptos para desentrañar el alcance de lo establecido en un instrumento internacional debe acudirse a reglas precisas que en tanto no se apartan de lo dispuesto en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución General de la República vinculan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la mencionada Convención, para interpretar los actos jurídicos de la referida naturaleza como regla general debe, en principio, acudirse al sentido literal de las palabras utilizadas por las partes contratantes al redactar el respectivo documento final debiendo, en todo caso, 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; es decir, debe acudirse a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica. A su vez, en cuanto al contexto que debe tomarse en cuenta para realizar la interpretación sistemática, la Convención señala que aquél se integra por: a) el texto del instrumento respectivo, así como su preámbulo y anexos; y, b) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de su celebración o todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; y, como otros elementos hermenéuticos que deben considerarse al aplicar los referidos métodos destaca: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda

práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación; y, c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes; siendo conveniente precisar que en términos de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para realizar la interpretación teleológica y conocer los fines que se tuvieron con la celebración de un instrumento internacional no debe acudir, en principio, a los trabajos preparatorios de éste ni a las circunstancias que rodearon su celebración, pues de éstos el intérprete únicamente puede valerse para confirmar el resultado al que se haya arribado con base en los elementos antes narrados o bien cuando la conclusión derivada de la aplicación de éstos sea ambigua, oscura o manifiestamente absurda." (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, Tomo XVI, diciembre de 2002, tesis 2a. CLXXI/2002, página 292).

Efectivamente, si en el preámbulo de la convención se manifiesta que tal como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, y si ello se relaciona con el artículo 1o., que establece la edad hasta la que se considera se está ante un niño, y con el punto 1 del artículo 2o., en cuanto prohíbe hacer distinción entre los niños por razón del nacimiento, lógico es concluir que para efectos de la convención, por niño se entiende al ser humano desde la concepción hasta que llega a la edad de dieciocho años, salvo que antes haya alcanzado la mayoría de edad en virtud de la ley que le sea aplicable.

Aunado a lo anterior, el artículo 24 del instrumento internacional de que se trata en lo que interesa dispone:

"Artículo 24.

"1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

"2. Los Estados partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

"a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

"...

"d) Asegurar atención sanitaria prenatal y post-natal apropiada a las madres; ..."

Como se ve, los Estados se encuentran obligados a reducir la mortalidad infantil y a asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal a las madres. Esta última obligación cobra especial relevancia si se considera que está inserta en un instrumento internacional destinado a reconocer los derechos de los niños, lo que permite inferir fundadamente que está dirigida a asegurar tanto la atención de la mujer durante y después del embarazo como el bienestar del producto de la concepción.

b) Los artículos 5o., 10 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, publicado en el Diario Oficial de la Federación de doce de mayo de mil novecientos ochenta y uno, dicen:

"Artículo 5o.

"1. Ninguna disposición del presente pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

"2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado."

"Artículo 10.

"Los Estados partes en el presente pacto reconocen que:

"1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

"2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del

parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. ..."

"Artículo 12.

"1. Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

"2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

"a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; ..."

De los citados preceptos se desprende un principio fundamental de interpretación que consiste en que todas las disposiciones deben entenderse en el sentido que favorezcan las libertades y derechos de las personas. Esto es así, pues el artículo 5 del pacto de que se trata establece que ninguna disposición podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidas por el propio pacto. Cabe precisar que los derechos y libertades que reconoce el pacto son inherentes al hombre, es decir, tienen como centro al ser humano, pues la vida es el presupuesto necesario para poder gozar de todos los demás derechos. Siendo así, es claro que ninguna disposición puede menoscabar el derecho a la vida, pues atentar contra ésta es privar de todos los demás derechos inherentes al ser humano.

Por otra parte, se establece que debe concederse a las madres embarazadas una protección especial y que la familia es el elemento "natural y fundamental de la sociedad". El hecho de que durante el embarazo deba concederse a la madre una "protección especial" lógicamente implica que es para cuidar el producto de la concepción, pues de otra manera no puede entenderse esa "protección especial" o de mayor entidad a la protección que ordinariamente se les debe otorgar a las mujeres. Además, esta protección debe vincularse con el interés de los Estados por fomentar y cuidar a la familia que es el "elemento natural y fundamental de la sociedad".

Es muy importante apuntar aquí que los Estados que suscribieron el pacto de que se trata, en términos del artículo 12, tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias tendentes a reducir la mortinatalidad, lo que evidentemente se infringe cuando un Estado permite interrumpir el embarazo en determinada etapa de la gestación (como lo sería hasta el vencimiento de la duodécima semana de embarazo, computadas estas semanas a partir de la implantación), pues ello implica la muerte del producto de la concepción. Cabe aquí hacerse la siguiente pregunta ¿qué mayor ausencia de medidas para reducir la mortinatalidad que legalizar la interrupción del embarazo hasta la duodécima semana de gestación?

Lo hasta aquí expuesto se confirma con el acta U.N. Doc. E/C.12/2000/4, emitida durante el periodo de sesiones de dos mil y aprobada el once de mayo de dicho año, relativa a la "Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del pacto)", que en lo conducente dice:

"II. Obligaciones de los Estados partes ... Obligaciones básicas ... 44. El Comité confirma asimismo que entre las obligaciones de prioridad comparables figuran las siguientes: a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil; ..."

c) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer, publicado en el Diario Oficial de la Federación de doce de mayo de mil novecientos ochenta y uno, estatuye en su artículo 12:

"Artículo 12.

"1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

"2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia."

Del citado precepto se desprende que los Estados tienen la obligación de asegurar a la mujer embarazada una nutrición adecuada. Esta obligación —que constituye un deber de cuidado especial o de mayor entidad al que normalmente se otorga a las mujeres no embarazadas— no puede explicarse

fuera de un interés por proteger el producto de la concepción, pues de lo contrario no se entendería la razón de ese deber de cuidado especial. El hecho de que los Estados se obliguen a conceder a las mujeres embarazadas una adecuada nutrición únicamente puede entenderse sobre la base del interés que tienen por proteger el producto de la concepción.

d) El Convenio Número 110 relativo a las Condiciones de Empleo de los Trabajadores de las Plantaciones, aprobado por el Senado de la República mexicana el trece de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve, publicada tal aprobación el dieciséis de diciembre de dicho año, promulgado por el Ejecutivo Federal el diez de agosto de mil novecientos sesenta y publicado en el Diario Oficial de la Federación de catorce de septiembre de este último año, contiene un capítulo especial para la protección de la maternidad. El artículo 47, en lo que aquí interesa, dice:

"Artículo 47.

"1. Toda mujer a la que se aplique esta parte del convenio tendrá derecho, mediante presentación de pruebas de la fecha presunta del parto, a un descanso de maternidad.

"...

"6. Cuando se haya establecido debidamente que una enfermedad sea consecuencia del embarazo, la legislación nacional deberá prever un descanso prenatal suplementario cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente.

" ...

"8. Ninguna mujer embarazada podrá ser obligada a efectuar un trabajo perjudicial para su estado durante el periodo que preceda a su descanso de maternidad."

Así, el convenio otorga a la mujer embarazada una protección especial la cual únicamente puede entenderse por el interés que tienen los Estados en proteger tanto a la madre como al producto de la concepción.

Consecuentemente, es inexacto lo afirmado en el engrose aprobado por el Pleno en el sentido de que sólo un instrumento internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece el momento a partir del cual debe protegerse la vida humana, pues también en los anteriores tratados se reconoce que esa protección debe darse desde el momento de la concepción de un ser humano.

Efectivamente, la Convención sobre los Derechos del Niño en su preámbulo expresamente señala que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso, la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

Los demás instrumentos internacionales citados otorgan una protección especial a la maternidad, lo que supone el reconocimiento por parte de los Estados partes de la importancia que tiene asegurar a la mujer embarazada las condiciones que le permitan mantener su salud durante este periodo de su vida, lo que revela la clara protección no sólo para ella, sino también para el ser en formación.

Por tanto, los referidos instrumentos internacionales sí establecen el momento en que se da la protección al producto de la concepción, aun cuando no aludan expresamente a éste, pues se le brinda protección a él y a la madre, sin diferenciación en cuanto a etapas de la gestación, lo que significa que no puede establecerse diferenciación al respecto, por lo que tal protección se da desde la concepción, pues desde ese momento el ser humano en formación es producto de ella.

#### **V. Imposibilidad constitucional del legislador ordinario para imponer limitaciones al derecho a la vida humana.**

Establecido que tanto la Constitución como los instrumentos internacionales consagran el derecho a la vida desde la concepción, se procede a controvertir la afirmación del engage aprobado por el Pleno en torno a la posibilidad del legislador ordinario de establecer limitaciones a este derecho.

En atención al principio de salvaguarda de los derechos fundamentales que consagró el Constituyente en el artículo 1o. constitucional al establecer que no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la Constitución establece, es importante determinar si el derecho a la vida encuentra o no límites establecidos en la Carta Magna.

Para lo anterior es importante señalar que todo derecho fundamental tiene una configuración mínima, que constituye su esencia, esto es, su núcleo esencial, que en virtud del principio aludido no puede ser afectado aun en el caso de que se encuentren constitucionalmente previstos límites al mismo. Esto es, el derecho podrá ser limitado en su titularidad o ejer-

cicio en los casos expresamente previstos, pero sin afectar su núcleo esencial.

Así, para determinar los límites de un derecho debe atenderse a lo previsto por el Constituyente para cada uno de ellos, atendiendo a la naturaleza propia del derecho, verbigracia, el derecho de expresión está limitado por el respeto a la moral, los derechos de tercero, que no se provoque algún delito ni se perturbe el orden público; la libertad de escribir y publicar artículos encuentra sus límites en el respeto a la vida privada, la moral y la paz pública; el derecho de petición exige que se formule de manera pacífica y respetuosa y, en materia política, se restringe a los ciudadanos de la República; el derecho a poseer armas, será en el domicilio y no implicará las de aquellas prohibidas por la ley federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional, debiendo regular la ley los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar la portación de las mismas; el derecho al libre tránsito por el territorio de la República está subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa en lo que se refiere a las limitaciones impuestas en leyes sobre migración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país, etcétera.

En cambio, el derecho a la vida humana no tiene un límite propio, pues, atendiendo a su propia naturaleza, un límite implicaría su anulación. La vida es una realidad sustantiva, es supuesto ontológico. A nadie puede condicionarse su propia existencia, el derecho a existir.

En esos términos está contemplado el derecho a la vida humana en nuestra Constitución, sin previsión de un límite para existir.

La única limitación que la Constitución establecía fue eliminada mediante la reforma a los artículos 14 y 22 de dos mil cinco, que abolió la pena de muerte que se preveía para determinados supuestos y mediante juicio previo.

Consecuentemente, a partir de tal reforma puede afirmarse que el derecho a la vida humana no tiene consagrado ningún límite en la Constitución.

Nadie tiene derecho a matar, a disponer de la vida de otro, ya sean los particulares o el Estado mismo.

En efecto, la Constitución establece el derecho de defensa tanto de los gobernados en el artículo 10, como del Estado para preservar el orden y la seguridad pública en el artículo 21.

El artículo 10 constitucional establece como derecho de los habitantes del país el poseer armas para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley general y de las reservadas para el Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional, así como el de portar armas previa autorización que se sujetará a los casos, condiciones, requisitos y lugares que regule la ley respectiva.

El artículo 21 establece que la seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias señaladas por la Constitución, debiendo coordinarse en los términos

que la ley señale, sujetando la actuación de las instituciones policiales a los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.

Si bien en virtud del derecho de defensa de los gobernados y la facultad de la autoridad de ejercer la seguridad pública para conservar el orden público y la paz social puede llegar a afectarse la vida de las personas, esto será siempre sujeto a condiciones específicas que exijan una necesidad de disposición de este bien fundamental, pues la legítima defensa supone que se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende; y los miembros de los cuerpos de seguridad en el cumplimiento de su deber tienen la obligación de actuar racionalmente, es decir, deberán utilizar en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y, cuando ésta sea inevitable, deben actuar con moderación y en proporción a la gravedad que enfrentan. Esto es, la posible privación de la vida a individuos en virtud de la defensa al orden público y paz social por parte de las fuerzas de seguridad del Estado o del ejercicio del derecho de defensa de los gobernados no implica un límite propio y específico al ejercicio y titularidad del derecho a la vida, pues no otorgan el derecho a matar o a disponer de la vida de individuo alguno sino un derecho o facultad de defensa que puedan llevar, como consecuencia, a la privación de la vida, desde luego siempre sujeto a las condiciones exigidas por la ley.

La privación de la vida de las personas en caso de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto tampoco implica un límite al derecho a la vida, pues en tal hipótesis precisamente se estará en el supuesto contemplado en el artículo 29 constitucional de suspensión de garantías individuales.

La postura que niega la existencia de derechos absolutos o ilimitados se basa en que todos los derechos se encuentran limitados por la interrelación de los derechos de los demás y los originados en las exigencias del orden público objetivo; sin embargo, éstos no constituyen límites concretos al derecho a la vida en que se posibilite su privación, sino hipótesis en que tal privación podrá darse como consecuencia del ejercicio de un derecho o un deber cuya conducta en los casos concretos relativos se justificará si se reúnen las circunstancias que den lugar a tal justificación, lo que deberá apreciarse conforme a la regulación legal respectiva que elimine su anti-juridicidad o ilicitud, o bien, la penalidad correspondiente, pero que no permiten considerarlos como un límite al derecho a la vida porque, en principio, toda persona y autoridad debe respetar la vida humana.

Así, el establecimiento por el legislador de la legítima defensa como causal de exclusión del delito o de otras excluyentes de responsabilidad, en las que no obstante que los individuos atenten contra la vida de otros, se elimine la anti-juridicidad de la conducta en atención a las circunstancias específicas en que aquélla se realiza, no se traduce en una restricción o limitación del derecho fundamental en tanto no incide sobre su goce y ejercicio porque, se reitera, basta la mera existencia

individual para disfrutar y ejercer el derecho a la vida, situación que también acontecerá en los casos de excusas absolutorias en que se elimine la punibilidad de la conducta, supuestos éstos en los que no existe una desprotección del bien jurídico de la vida, sino una justificación por las circunstancias concretas en que se lleva a cabo la conducta por la que se afecta. Es decir, en principio, la conducta que atente contra el derecho a la vida estará viciada de su antijuridicidad y sólo, por excepción, se eliminarán ya sea su antijuridicidad o su punibilidad por las circunstancias concretas en que se haya llevado a cabo la conducta que afectó el bien jurídico protegido.

Además, la legítima defensa encuentra su justificación en el hecho de que es para salvaguardar un bien jurídico. Así, cuando la vida de una persona sufre una amenaza real e inminente es válida la legítima defensa. Esto corrobora que la única limitación a la vida es la vida misma y tal limitación (que en realidad es anulación) se justifica porque se está ante una amenaza ilegal.

Por tal motivo, en el ámbito penal y, concretamente en relación con el derecho a la vida humana, no puede considerarse que el legislador se encuentre impedido para establecer excluyentes de responsabilidad o excusas absolutorias, porque éstas no implican limitación o restricción a este derecho fundamental, sino circunstancias a las que se atiende para eliminar la antijuridicidad o la punibilidad de una conducta, pues ello no supone el derecho a disponer de la vida de otro ser humano, sino exclusivamente atender a la diversidad de los acontecimientos en que puede verse involucrado el ser humano y que impidan un reproche de culpabilidad o reflejen la inutilidad de la imposición de penas.

Por otra parte, tratándose de la regulación que lleva a cabo el legislador de las conductas de los gobernados que den lugar a una posible colisión entre bienes jurídicos amparados por derechos fundamentales, necesariamente la vida tendrá que ser un valor prevalente, porque su limitación a favor de otro implicaría su anulación. Así, no en razón de jerarquía sino en virtud de que la vida es un derecho que por naturaleza no admite limitación sin anularse es por lo que necesariamente tiene que prevalecer en cualquier ponderación que se realice con bienes de otra naturaleza, sin que lo anterior impida al legislador regular excluyentes de responsabilidad o excusas absolutorias en materia penal para supuestos específicos y que no impliquen, desde luego, desprotección total al bien jurídico.

En esos términos, y no por razón de jerarquía, es por lo que se afirma que el derecho a la vida humana no admite limitación y así se encuentra consagrado en la Constitución a partir de la reforma que eliminó la pena de muerte.

En la sentencia se afirma que la ponderación que llevó a cabo la Asamblea Legislativa para salvaguardar tanto la libertad de autodeterminación de las mujeres como el derecho a la vida del producto de la concepción es razonable y proporcional, toda vez que respeta la autodeterminación de las mujeres sobre su propio cuerpo protegiendo su salud física y mental, al tiempo que salvaguarda la vida del *nasciturus* a partir de la décimo tercera semana de gestación. Además, se agrega que dicha ponderación fue jurídicamente acertada, porque la imposición de una pena a quien interrumpa el embarazo no sirve para asegurar el correcto desenvolvimiento del producto en gestación, toda vez que la realidad social demuestra que las mujeres se someten a abortos clandestinos.

Si se protegiera al producto de la concepción de manera absoluta se violarían los derechos de las mujeres al tenerlas como meros instrumentos de procreación.

El argumento anterior no es correcto, pues basta la lectura del dictamen emitido por las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género de la Asamblea Legislativa para percatarse que contiene una contradicción interna de tal magnitud que excluye, por sí sola, la posibilidad de que la ponderación de derechos que se hizo satisfaga los principios de proporcionalidad y racionalidad. En efecto, el referido dictamen en lo que interesa dice:

"... En la elaboración de este dictamen las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género parten de la consideración total de que tanto los derechos fundamentales de las mujeres como la protección de la vida en gestación son bienes constitucionalmente protegidos, que no pueden tener un carácter absoluto, ya que la primacía incondicionada de los derechos fundamentales cuya titularidad corresponde a las mujeres, podría implicar el desconocimiento de la protección de la vida en gestación que deriva de la Constitución Federal, mientras que la protección incondicionada de la vida en gestación, podría traducirse en la anulación de los derechos fundamentales de las mujeres, y en su caracterización como meros instrumentos reproductivos.

"Debido a ello, corresponde al legislador ordinario ponderar los bienes constitucionales que entran en conflicto en la regulación legal del aborto, con el fin de determinar los

supuestos en los que uno de ellos debe ceder, sin anularse, para garantizar la protección del restante bien constitucional.

"Al realizar tal labor de ponderación de bienes constitucionales en colisión debe tenerse presente que la protección de la vida en gestación o de los derechos fundamentales de las mujeres no se agota en el ámbito del derecho penal y que, por definición, tanto la penalización absoluta como la despenalización absoluta del aborto podrían entrar en conflicto con la norma constitucional, al determinar la prevalencia irrestricta de uno de los bienes constitucionales en conflicto. ..."

Ante todo no puede pasar inadvertido que el planteamiento de las Comisiones Unidas que se especifican parte de la afirmación expresa de que tanto los derechos fundamentales de las mujeres como la protección de la vida en gestación son bienes constitucionalmente protegidos, o sea, que el engrose de la sentencia mayoritaria fue más allá de lo establecido por quienes intervinieron en la iniciativa de los preceptos del Código Penal, cuya inconstitucionalidad fue planteada ante la Suprema Corte, independientemente de lo erróneo de las conclusiones a que se llega.

En efecto, no obstante el reconocimiento aludido en el sentido de que tanto los derechos fundamentales de las mujeres como la protección de la vida en gestación son bienes constitucionalmente protegidos, el referido dictamen aprueba la interrupción del embarazo hasta la décima segunda semana de gestación, esto es, considera que basta la solicitud de la mujer embarazada y la comprobación de que no ha rebasado las doce semanas de gestación para que pueda practicarse tal interrupción, lo que lógicamente implica la completa anulación

del derecho a la vida del producto de la concepción durante ese periodo, es decir, dicha vida queda totalmente desprotegida durante las primeras doce semanas de gestación contadas a partir de la implantación del embrión en el endometrio y, lógicamente, en el breve plazo de la fecundación a la de la implantación referida. Así, en el dictamen de que se trata, por una parte, se sostiene que tal derecho no debe anularse y, por otra parte, se adopta una solución que lo anula por completo, lo que denota una clara contradicción que impide estimar que el referido dictamen satisface los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad pues tal contradicción interna determina que está contra las reglas más elementales de la lógica. Al respecto, basta hacerse la siguiente pregunta ¿cuál es la racionalidad de una medida dirigida a salvaguardar dos derechos (los relativos a la madre y el relativo al producto de la concepción) si uno de ellos se anula por completo? Esta situación absurda del referido dictamen es aceptada por la sentencia contra la que nos pronunciamos, entre otras razones, por este motivo.

## **VI. Obligación constitucional del legislador ordinario de penalizar las conductas que atentan contra el derecho a la vida.**

En cuanto a las facultades del órgano legislativo en materia penal debe tomarse en cuenta que la noción de delito y del bien jurídico, como objeto jurídico tutelado por la ley, ha evolucionado a través de los tiempos, junto con el concepto de derechos y deberes.

En el derecho penal de la época de la monarquía absoluta lo principal eran los deberes, al imponerse la razón de Estado

en una jerarquía que transmitía la autoridad de Dios al soberano y solamente, en un segundo nivel, se derivaban los derechos. Los derechos tenían cabida, pero subordinados a la idea del deber.

La idea de los derechos humanos fue generada particularmente hasta el siglo XVII, fincándose una teoría individualista que concibe al hombre, ya no en comunidad sometido a la voluntad de Dios, sino en abstracto, desligado de todo vínculo social y de todo deber. Surgieron los conceptos de derechos naturales y ley natural y se propuso la teoría contractualista del Estado que coloca en un primer plano los derechos naturales del hombre, al ser anteriores al pacto social que se celebra para lograr la seguridad y que, si bien implica la pérdida de algunos derechos, establece la de otros con carácter inalienable, pues el pacto debe garantizar un mínimo de derechos para hacer posible el tránsito del estado natural al estado social. Así, los derechos no necesitan justificación, mientras que los deberes sí, al ser posteriores al pacto social que tiene por finalidad el establecimiento de un orden y ser limitativos de los derechos. Esta ideología impuso la razón de individuo por encima de la razón de Estado.

La teoría iusnaturalista-racionalista dio lugar a un derecho penal liberal que tendría como fin proteger las libertades del hombre en su estado natural y, por tanto, sólo prohibir mediante las sanciones correspondientes las acciones perjudiciales para la sociedad. Así, la necesidad de asegurar los derechos de todos es la razón que obliga al Estado a sancionar penalmente.

El derecho subjetivo perdió importancia al surgir el positivismo en el siglo XIX y, con ello, se hizo prevalecer el interés

público sobre el privado, la sociedad sobre el individuo. El positivismo fue influido por la teoría subjetiva de los valores, conforme a la cual los valores deben su existencia y sentido al sujeto que valora, de lo que derivó que la determinación de lo justo fuera hecha por quien imponía el derecho. Este criterio, en que se basó el derecho nacionalsocialista alemán, permitió la abolición del bien jurídico e hizo imperar la razón del Estado sobre la razón de individuo.

Después de la Segunda Guerra Mundial se retomó el camino del derecho natural, pero ya no con la concepción individualista anterior, sino atendiendo a la dignidad del hombre social. En el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos del diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho se señala que:

"... la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana ..."

Así, el constitucionalismo moderno eleva la dignidad de la persona a valor jurídico supremo.

Esta evolución en la concepción de los derechos fundamentales dio lugar a los distintos modelos de Estado liberal, democrático y social. El primero, en el que la exaltación de los derechos del individuo implicó su no interferencia por el Estado, siendo su frase representativa el "*laissez-faire, laissez-passer*", es decir el "*dejar hacer, dejar pasar*"; el segundo, en el que tiene prevalencia la regla de las mayorías y origina la participación de todos los ciudadanos en la definición de

los temas trascendentes para la vida en comunidad; y, el último de ellos, en el que el Estado actúa en la configuración de la realidad social, surgiendo los derechos económicos, sociales y culturales (como son la salud pública, seguridad social, educación pública, asistencia social, etcétera), que implican el derecho de los individuos para reclamar al Estado la realización de determinadas actividades.

El avance de la civilización ha dado lugar al surgimiento de otros derechos que algunos tratadistas denominan derechos por especificación del contenido o del sujeto (ecológicos, de progreso social, a la paz, de los niños, de las mujeres, etcétera) y que, afirman, permiten sostener que hemos entrado en una era de aproximación a un concepto de valores objetivos, que se han definido como aquellos que existen independientemente de un sujeto o de una conciencia valorativa, señalándose que es el único concepto capaz de evitar la arbitrariedad de los gobernantes y la omnipotencia del legislador.

Así, el contenido de los derechos fundamentales ha evolucionado con los movimientos sociales y la transformación de los modelos de Estado: del individualismo, se pasó a la formulación de derechos de índole político, social y económico.

La doctrina afirma que en la actualidad existe una cuarta generación de derechos fundamentales orientados a la preservación de la especie y al mantenimiento de sus condiciones dignas de existencia.

Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, en su obra "Bien Jurídico y Derechos Fundamentales" (Universidad Externado de Colombia, primera edición, 1996, página

70 y siguientes), afirman que si en el contexto de la evolución de los derechos fundamentales, a los de carácter individual se les otorga un alcance relativo desde la superación de la fase de las libertades individuales, la posibilidad real de conflicto entre derechos fundamentales de primera, segunda, tercera e, incluso, cuarta generación, prácticamente desaparece, pues la delimitación en el alcance de cada uno de los derechos (clasificados en diversas generaciones sólo para efectos pedagógicos o sistemáticos) trae consigo una complementación armónica y no su choque y exclusión, a partir de una premisa básica, a saber, todas las categorías de derechos fundamentales tienen como núcleo al ser humano, ya sea en su dimensión individual o como integrante de un conglomerado. Sostienen que:

"Tanto los derechos 'individuales' como los sociales, económicos, políticos y los de 'generaciones futuras', son en esencia derechos de la persona. El ente colectivo no adquiere entidad valorativa sino en razón a la esencia de su formación. La sociedad es objeto de interés y protección en cuanto suma de individuos dotados de 'dignidad humana'.

"Esta personalización de los 'derechos fundamentales' implica, paralelamente, la personalización de la protección de los bienes jurídicos en su consideración trascendentalista. No como manifestación de un rezago individualista sino como lógica consecuencia de su comprensión a partir de sus bases."

Los artículos 1o., primer párrafo y 25, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen, respectivamente, que todo individuo gozará de los derechos fundamentales que consagra y la misión del Estado de

ser rector del desarrollo nacional para garantizar, entre otros aspectos, el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales.

Por tanto, es misión del Estado mexicano establecer un orden social que garantice los derechos humanos fundamentales, de los que derivan valores e intereses que son objeto de las normas penales, pues el derecho penal constituye uno de los varios instrumentos para asegurar su respeto.

El derecho penal objetivo es el fruto del "*ius puniendi*" o potestad punitiva del Estado. La potestad punitiva del Estado, en el aspecto relativo a la determinación del derecho positivo que orientará y ordenará el comportamiento o conducta de la generalidad de los individuos, se encuentra sujeta a dos principios que informan y delimitan la función básica del derecho penal. Estos principios son:

a) Exclusiva protección de bienes jurídicos.

El derecho penal, como uno de los conductores del comportamiento social, no puede orientar todos los valores éticos de la sociedad, sino únicamente los mínimos necesarios para la convivencia. La norma penal prohíbe o manda una serie de conductas cuya realización u omisión ponen en peligro o lesionan intereses espirituales o materiales generalmente apreciados y que mediante ella se protegen, los que se denominan bienes jurídicos.

Así, el objeto de protección de la norma penal es el bien jurídico, finalmente soportado o derivado de los derechos fundamentales, sin que ello implique confundir al bien jurídico con

tales derechos. La conducta reprobada en el ámbito penal deberá, por tanto, traspasar el mínimo ético socialmente tolerable en opinión de la mayoría, pues de no ser así, la norma penal sería arbitraria y antidemocrática al servicio del grupo dominante que quiere imponer sus reglas ético-sociales.

La existencia del Estado de derecho impone la necesidad de que ciertos intereses sean custodiados penalmente, concretamente, aquellos en los que exista una voluntad mayoritaria de ser mínimos esenciales de mantener.

Desde luego, muchos de los objetos de protección penal sólo alcanzarán su custodia total en combinación con otras ramas del derecho y con el control político y social, lo que da lugar a que el derecho penal se considere de carácter fragmentario.

Sostiene Gonzalo Quintero Olivares, en su "Curso de derecho penal" (Cedecs Editorial, Barcelona, España, 1996, página 55), la necesidad de que en la positivización del derecho penal:

"Es imprescindible encontrar un equilibrio justo, que a la vez satisfaga las necesidades sociales y las garantías democráticas, entre la función de protección de la sociedad y la de protección de los derechos fundamentales del individuo... una utilización de la potestad punitiva que atienda realmente a intereses 'sociales' y no de un grupo ... la solución de un problema social no puede justificar la renuncia a los derechos individuales ..."

Por su parte, Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, en la obra citada con anterioridad, señalan al respecto:

"Las normas penales, como mecanismo de regulación de la convivencia social, deben tener límites precisos, marcados por el reconocimiento de la libertad humana y, en general, de los derechos fundamentales. Por principio, la proscripción de conductas y su reproche punitivo debe ser excepcional y proporcionado a su lesividad; en otros términos, la existencia de referentes objetivos que permitan medir la dañosidad de algunas conductas, es lo que legitimaría la reacción punitiva y permitiría resguardar derechos fundamentales del individuo. Tales referentes son ordinariamente denominados 'bienes jurídicos' ... En la evolución del concepto de bien jurídico no puede perderse de vista el contexto socio-político; de manera paralela con la transformación de los modelos estatales, el derecho penal ha ajustado sus contenidos y sus métodos ... el límite material del *ius puniendi* a través de la determinación del bien jurídico no se explica solamente por los valores acogidos por las normas de derecho interno sino, principalmente, por el concepto de dignidad humana y la necesidad de propender por el respeto de los derechos fundamentales ..."

b) Intervención mínima.

Si existe la posibilidad de garantizar con otra tutela los intereses que buscan protegerse, en el derecho penal no debe emplearse la pena entendida como *ultima ratio*, es decir, que sólo debe utilizarse cuando no haya más remedio y ante la ineficacia de otros instrumentos jurídicos, obliga a reducir el derecho penal al mínimo indispensable.

Esto es, el principio de subsidiariedad (*ultima ratio*), que reconoce al derecho penal como mecanismo extremo al que únicamente puede recurrirse cuando hayan fallado otros

mecanismos para la protección de los bienes jurídicos, lleva a la mínima intervención de esta rama del derecho.

Un Estado de derecho democrático social exige un equilibrio en la tutela de los bienes jurídicos, es decir, que exista una adecuada selección y ponderación de los bienes jurídicos a proteger penalmente, los que deberán custodiar valores de respeto esencial para las condiciones mínimas de convivencia.

Deriva de lo anterior que un Estado de derecho exige un equilibrio en la tutela de los bienes jurídicos, es decir, que exista una adecuada selección y ponderación de los bienes jurídicos a proteger penalmente.

Este equilibrio supone también, por tanto, desde un aspecto positivo, la obligación del Estado de no dejar desprotegidos bienes jurídicos esenciales para la sociedad.

Sostienen Barbosa Castillo y Gómez Pavajeau, en la obra citada, página 76, que el Tribunal Constitucional Alemán ha interpretado que "las normas sobre derechos fundamentales imponen al Estado deberes de protección y hasta el deber de sancionar" y, de igual manera, la Corte Constitucional colombiana ha establecido que la tipificación penal de conductas que vulneren derechos fundamentales es "una tarea ineludible de cualquier Estado que pretenda dar eficacia real a los derechos" (Sentencia C-587/1992). Afirman que de la sentencia C-133, de diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, también se desprende tal posición, al definirse la necesidad indefectible de penalizar el aborto, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional que reza:

"El derecho fundamental a la vida, cuya existencia se limita a constatar la carta política, es el más valioso de los bienes que se reconoce a todo individuo de la especie humana, y el sustrato ontológico de la existencia de los restantes derechos ... En efecto, si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal ... En virtud de lo anterior, el Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional."

En relación a tener a la vida como un bien jurídico tutelado y lo relativo a la *ultima ratio* del derecho penal, Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Mararée, en el libro "Nuevo Sistema de Derecho Penal", Editorial Trotta, Madrid, España, 2004, en la página 32 sostienen:

"En la sociedad las personas se relacionan de acuerdo con sus necesidades, sobre ellas se construyen interacciones de conflictos y surge el requerimiento social del mantenimiento de una determinada relación social de necesidad. Si el matar a otro se convierte en la forma de relacionarse, ello significaría precisamente la destrucción de las relaciones sociales. De ahí, entonces, que surjan ciertas relaciones sociales necesarias, como la vida, por ejemplo, que son fundamentales para la existencia y desarrollo de las personas. El reconocimiento de estas relaciones sociales resulta indispensable para la intervención del Estado; sólo podrá intervenir en la medida

en que se afecte una relación social determinada necesaria. El bien jurídico, en consecuencia, es una relación social concreta, sintético-jurídica, dialéctica y necesaria. Son bienes jurídicos, por tanto, en cuanto objeto de protección del derecho penal relaciones sociales concretas, sintéticas, dialécticas y necesarias, por ejemplo, la vida, la libertad y la salud. Es cierto que desde otras perspectivas, por ejemplo biológicas, la vida y la salud tienen otro significado y que la libertad, desde una perspectiva política, también, pero en cuanto objeto jurídico de protección del derecho penal son relaciones sociales en tanto que su protección resulta necesaria frente a la acción de otros. Son relaciones sociales sintético-jurídicas en cuanto implican un reconocimiento de las necesidades de existencia y desarrollo de las personas en sus relaciones sociales, que son siempre dinámicas, como son las necesidades que expresan y que por tanto están en un constante devenir dialéctico."

Sostiene la resolución mayoritaria que en relación con la regulación de las conductas por el legislador penal, de la Constitución derivan tres tipos: a) conductas que el legislador está constitucionalmente obligado a penalizar; b) conductas para las que está facultado para hacerlo, sin que esto implique la existencia de una obligación para ello; y c) conductas que tiene prohibido penalizar.

En relación a ello cabe señalar que conforme ha quedado analizado, en nuestro orden constitucional corresponde al Estado establecer un orden social que garantice los derechos humanos fundamentales, de los que derivan valores e intereses que deben ser objeto de protección por las leyes y como *ultima ratio* por el derecho penal, como sucede tratándose de la vida de todo ser humano.

Si bien el derecho penal no tiene porqué orientar todos los valores éticos de la sociedad, sí debe hacerlo tratándose de aquellos necesarios para la convivencia, es decir, la función del derecho —en general— no puede ser otra que la de posibilitar la existencia, entendiendo que ésta, referida al hombre, no es sino coexistencia. Se trata pues, de asegurar a todo individuo un ámbito material que posibilite la elección de aquello que desea ser o devenir.

Dicho en otras palabras, el derecho penal posibilita la libertad y dignidad humanas en la medida en que consigue crear un marco de seguridad que le permite al hombre ser aquello que ha elegido ser y, para ello, mediante la coerción, tutela los bienes jurídicos que son necesarios para implementar dicha elección.

No puede quedar, por tanto, al libre albedrío del legislador ordinario penalizar o no conductas que atenten contra valores mínimos esenciales de la sociedad, verbigracia, el homicidio, el secuestro, la violación, el aborto, etcétera. Cuando el bien jurídico protegido es esencial se requiere su protección desde el ámbito penal. Los delitos contra derechos naturales del ser humano, es decir, aquellos que tienen que ver con la vida, la salud y la integridad corporal de aquél tienen que ser objeto de penalización. ¿Sería constitucionalmente válido que en un Código Penal se dejara de tipificar como delito al homicidio, a las lesiones, a la violación, a la privación ilegal de la libertad e, incluso, al aborto?

Se aclara que la obligación legislativa de proteger los valores humanos fundamentales es independiente al tipo de sanción que proceda imponer y de la previsión, en su caso,

de sanciones jurídicas sustitutas o penas alternativas, así como del establecimiento de casos específicos que den lugar a excusas absolutorias o excluyentes de responsabilidad, lo que será tarea del legislador evaluar.

Por tanto, debe considerarse que la Constitución no contiene un listado taxativo de las conductas que el legislador ordinario está obligado a penalizar, de manera tal que, como se sostiene en la resolución plenaria, sólo en los supuestos que se contemplan existe obligación de hacerlo, como son, entre otros: el abuso a la orden relativa a que el Ministerio Público no puede retener por más de cuarenta y ocho horas al indiciado o de noventa y seis horas en caso de delincuencia organizada (artículo 16); los actos que atenten contra la libertad y privacidad de las comunicaciones privadas (artículo 16); la violación a la correspondencia que bajo cubierta circule por estafeta (artículo 16); la prolongación del plazo de detención ante autoridad judicial en perjuicio del indiciado (artículo 19); la incomunicación, intimidación o tortura del inculcado (artículo 20); el incumplimiento a una ejecutoria de amparo o la repetición del acto reclamado (artículo 107, fracción XVI); y las responsabilidades de los servidores públicos (artículo 109).

En efecto, la previsión en la Constitución de determinados supuestos en que el legislador deberá penalizar ciertas conductas no significa que sean los únicos de los que derive una obligación en tal sentido ya que, como se señaló, existen mínimos sociales que deben ser protegidos al consignar el artículo 1o., párrafo primero, constitucional, la obligación para todas las autoridades de salvaguardar las garantías que consagra y establecer en el artículo 25 constitucional la rectoría del Estado para buscar el desarrollo nacional y garantizar de esta

manera el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales.

Resulta incongruente sostener que haya sido intención del Constituyente obligar al legislador ordinario a penalizar conductas que atenten, por ejemplo, contra la privacidad de las comunicaciones y correspondencia, pero no así aquellas que atenten contra la vida de las personas, lo que claramente denota que no puede seguirse un criterio restrictivo o limitativo al respecto, es decir, que sólo exista para el legislador la obligación de sancionar desde el ámbito penal las conductas que expresamente se señalen en la Constitución.

La Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos sostuvo, durante la discusión del asunto en el Pleno de la Suprema Corte, que las garantías individuales sólo son oponibles frente al Estado, a las autoridades, mas no respecto de la actuación de los particulares, lo que tratándose concretamente del derecho a la vida significa que si bien la Constitución la protege, lo hace frente a la autoridad mediante la prohibición de la pena de muerte, pero no impone la prohibición a los particulares de privar de la vida a alguien, precisamente porque se trata de conductas de particulares cuya regulación corresponde al legislador ordinario por ser normas de contenido optativo para éste, esto es, a él corresponde determinar cuándo sí o cuándo no se va a establecer la punibilidad de esa conducta. En su voto concurrente expresamente señala:

"... Constitucionalmente, las normas, atendiendo a su contenido pueden ser: 3.1. De contenido necesario; 3.2. De contenido prohibitivo; y 3.3. De contenido optativo. ...

"3.3. Las de contenido optativo, son las disposiciones cuyo contenido queda a la ponderación del legislador, quien tiene que sopesar la situación económica, social, moral, política, etcétera. Por ejemplo, es obligación de los mexicanos contribuir para el gasto público ... pero la Constitución no determina qué impuestos debe establecer la autoridad legislativa; ... la normatividad secundaria puede o no establecer determinados cargos fiscales simplemente respetando, claro está, otros principios constitucionales como los de legalidad, equidad, proporcionalidad y destino al gasto público. Si la ley que los crea no cumple con estos principios, entonces el impuesto relativo será inconstitucional.

"... si por garantía individual entendemos que es el derecho público subjetivo que la Constitución reconoce a favor de los particulares quienes tienen el derecho a oponer al Estado su respeto a través del juicio de amparo; es válido afirmar que las garantías surgen de la relación gobernado (acreedor) y Estado (deudor), es decir de la relación entre particulares y autoridades. Por tanto, solamente son las autoridades las que pueden cometer violaciones a dichas garantías no así los particulares. Por ejemplo, si se priva de la vida a una persona por condena de sentencia jurisdiccional, la autoridad que lo ordene viola la Constitución que prohíbe la pena de muerte, pero si es un particular el que priva de la vida a otro, estamos en presencia de la comisión de un delito no de la violación a una garantía individual. ...

"Por tanto, la comisión de un delito no es tema de constitucionalidad, como sí podría serlo la violación de garantías por parte de la autoridad. ...

"Es decir, el establecimiento del tipo para efectos de sanción penal, de no estar expresamente determinado en la Constitución, son normas de contenido optativo, pues no es un contenido necesario, ni un contenido prohibido; por tanto, la circunstancia de que determinadas conductas sean o no consideradas como delitos sancionables penalmente, no vulnera la Constitución.

"Esa ponderación a cargo del legislador para determinar qué conductas pueden ser tipificadas como delitos sancionables con pena corporal, no puede considerarse constitucional o inconstitucional, simplemente no es materia de constitucionalidad. ..."

No se comparte el anterior criterio, que indica que los derechos fundamentales sólo tienen operatividad en las relaciones de subordinación entre el Estado y los particulares.

Si bien nuestra Constitución, por regla general, otorga derechos a los gobernados y deberes u obligaciones a las autoridades, también, excepcionalmente, se ocupa directamente de establecer deberes a los primeros, como son, entre otros, la prohibición de discriminación contenida en el artículo 2o., que constituye un mandato no sólo para las autoridades sino también para los gobernados; la prohibición que contiene el artículo 17 de que las personas se hagan justicia por sí mismas, la cual impone un deber social a los gobernados correlativo a la obligación de las autoridades de mantener tribunales expeditos para prestar el servicio de administración de justicia; el artículo 28 constitucional al prohibir la realización de prácticas monopólicas y, en lo que al caso interesa, el artículo 4o. constitucional en cuanto a la paternidad responsable.

Determinados derechos fundamentales nada más se tienen frente a los poderes públicos, verbigracia el derecho de petición; sin embargo, existen otros que también se tienen frente a los particulares, siendo los poderes públicos los últimos garantes de su respeto para cuando se falte por los particulares.

Tratándose del derecho a la vida, es claro que constituye un derecho oponible frente al Estado y los particulares, teniendo el primero el deber de establecer todos los medios para su debido respeto.

Resultan ilustrativas en este sentido las palabras de Antonio Pérez Luño en su obra "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución" (Madrid, editorial Tecnos, 1991, páginas 227 y 228):

"El Estado social de derecho implica también la superación del carácter negativo de los derechos fundamentales que dejan, de este modo, de ser considerados como una autolimitación del poder soberano del Estado para devenir límites que el principio democrático de la soberanía popular impone a los órganos que de ella dependen. Por tanto, el papel de los derechos fundamentales deja de ser de meros límites para la actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de su actividad positiva, ..."

Al respecto, Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau en la obra que ha sido citada con anterioridad (página 77 y siguientes), señalan:

"El criterio que indica que los derechos fundamentales no tienen operancia en las relaciones entre particulares ha

sido superado por la doctrina ...; así lo ha señalado la Corte Constitucional, al señalar que el abandono del liberalismo clásico para adentrarse en el Estado social, ha implicado que los derechos fundamentales adquieran una dimensión objetiva 'cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí ... el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas'; pronunciamiento que tiene que ver con la materia penal ... La necesidad de protección de los derechos fundamentales, y obviamente de los bienes jurídico-penales que originan aquéllos, está a cargo del Estado ..."

De igual manera, cabe citar la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, publicada en BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts), órgano oficial de publicación de las sentencias de dicho tribunal, tomo 39, páginas 1 y siguientes, en la que se determinó que las normas que garantizan derechos fundamentales contienen no sólo derechos subjetivos del individuo de defensa frente al Estado, sino que al mismo tiempo dan cuerpo a un orden de valores objetivo que, como decisión constitucional fundamental, tiene validez para todos los ámbitos del derecho e impone directivas e impulsos para la legislación, la administración y la judicatura; que los derechos fundamentales gozan de eficacia frente a terceros, inclusive, frente a la madre respecto de la vida en formación, que el Estado tiene la obligación no sólo de proteger sino también de adoptar una postura promotora o protectora de dicha vida; y que el principio de proporcionalidad, concretamente, la prohibición de brindar una protección insuficiente, impone al Estado la obligación

de adoptar medidas de carácter normativo y fáctico adecuadas y suficientes, a fin de brindar al embrión una protección efectiva.

Por tanto, sí existe obligación para el legislador ordinario de penalizar conductas que constituyen mínimos esenciales para la sociedad, entre ellas, las que atenten contra derechos naturales como lo es la vida humana.

Debe advertirse que el hecho de que un bien jurídico sea objeto de protección en el ámbito penal, como en el caso lo es la vida del producto de la concepción al tipificarse el delito de aborto por la Asamblea Legislativa, no significa que necesariamente tenga que imponerse pena privativa de la libertad a quien incurra en el delito relativo, lo que en todo caso tendrá que ser ponderado por el legislador. Esto es, que exista la obligación para el legislador de proteger un bien jurídico en el ámbito penal no significa que se encuentre constreñido a imponer determinada sanción, lo que 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.

Así, carece de sustento la postura de la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, en primer lugar, porque los poderes públicos instituidos en el ejercicio de sus funciones sí tienen obligación de actuar positivamente para la preservación de un orden que garantice los derechos fundamentales y, específicamente, los derechos naturales del ser humano, como lo es la vida. Esto es, las garantías individuales no sólo imponen a la actividad estatal un límite negativo a su actuación, sino

también la obligación de que en el desarrollo de sus funciones actúen para la consecución del fin último que justifica la existencia del Estado social; máxime que las normas impugnadas en las acciones de inconstitucionalidad no solamente se limitan a encauzar la conducta de los particulares mediante su represión en la vía penal, sino que trascienden al actuar de las autoridades encargadas de la ejecución de la ley mediante la imposición de atender las solicitudes de interrupción de embarazos, por lo que el Estado se convierte en sujeto activo de la conducta que atenta contra el derecho natural a la vida del producto de la concepción.

En segundo lugar porque, con independencia de que sí existe la obligación del legislador de proteger desde el ámbito penal los valores esenciales como son los derechos naturales del ser humano, en el caso de las normas impugnadas fue el legislador ordinario, concretamente la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, la que decidió penalizar el aborto al tipificar este delito, lo que implica el reconocimiento de que la vida del producto de la concepción constituye un valor esencial que debe protegerse desde el ámbito penal, encontrándose tal decisión legislativa sujeta a los principios constitucionales.

En efecto, aplicando el ejemplo que cita la Ministra en relación a la libertad del legislador para determinar las cargas tributarias que deban imponerse para sufragar los gastos públicos, eso sí, sujeto a los principios constitucionales de legalidad, equidad, proporcionalidad y destino al gasto público, resulta claro que la decisión de la Asamblea Legislativa de tipificar el delito de aborto está sujeta al respeto de las garantías constitucionales aplicables, de las que resulta re-

levante destacar la no imposición de límites o restricciones al derecho a la vida humana, así como la igualdad y no discriminación por razón de edad.

### **VII. La asamblea legislativa violó el derecho a la vida y los principios de igualdad y no discriminación al tipificar el delito de aborto.**

En el decreto impugnado en las acciones de inconstitucionalidad a que se refiere el presente voto, se modificaron los artículos 144 a 147 del Código Penal de la entidad, ubicados dentro del libro segundo, título primero "Delitos contra la vida y la integridad corporal", capítulo V "Aborto", en vigor al día siguiente de su publicación. El texto de los artículos 144, 145 y 146 es el siguiente:

"Artículo 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

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

"Artículo 145. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.

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

"Artículo 146. Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.

"Para efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión."

Como se advierte, en la nueva definición del tipo del delito de aborto contenida en el artículo 144 impugnado, la conducta que da lugar al mismo es la interrupción del embarazo después de la décimo segunda semana de gestación, adquiriendo especial relevancia el concepto de embarazo, pues al conceptuarse éste como la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio, no se incluye dentro de la gestación al periodo que corre de la fecundación a la implantación.

El consentimiento o no de la mujer con la interrupción del embarazo influye no sólo en cuanto a la penalidad, sino también en la ubicación de la conducta descrita por el tipo general de aborto o por el tipo especial de aborto forzado que prevé el artículo 146.

En efecto, el aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer, por lo que en este tipo especial la protección de la vida del embrión o feto ya no se supedita a la edad gestacional de doce semanas, aunque por la definición legal que se da de embarazo a partir de la implantación del embrión en el endometrio no es objeto de protección en el periodo comprendido entre la fecundación y tal implantación.

Así, el consentimiento de la madre con la interrupción del embarazo es determinante para tipificar el delito de aborto o el de aborto forzado, pues:

a) Si existe consentimiento de la madre con la interrupción del embarazo, se incurrirá en el delito de aborto si dicha interrupción se realiza después de la décimo segunda semana de gestación, contadas estas semanas a partir de la implantación del embrión y no de la fecundación.

b) Si no existe consentimiento de la madre con la interrupción del embarazo, se incurrirá en el delito de aborto forzado siempre que se practique después de la implantación del embrión en el endometrio, que es cuando existe embarazo conforme a la definición que da el segundo párrafo del artículo 144.

Tal consentimiento también será relevante para efectos de la penalidad correspondiente.

En conclusión, con la nueva definición del tipo general del delito de aborto queda fuera de la protección legal en materia penal en el Distrito Federal:

a) El producto de la concepción en el periodo que corre de la fecundación a la implantación del embrión en el endometrio; y

b) El embrión implantado en el endometrio hasta la décimo segunda semana de gestación, contadas estas semanas a partir de la implantación, cuando la madre consienta la interrupción del embarazo.

Por tanto, se da una desprotección total en los periodos señalados al producto de la concepción, pues no se establecen casos concretos que por su situación excepcional den lugar a excusas absolutorias que impidan la imposición de penas o supuestos de excluyentes de responsabilidad que eliminen la antijuridicidad requerida para la configuración del delito, como los contemplados en el artículo 148 del Código Penal para el Distrito Federal.

Inclusive, al encontrarse establecido como un deber a cargo de las instituciones de salud pública del gobierno del Distrito Federal practicar las interrupciones de embarazos que las mujeres soliciten en los casos permitidos por el Código Penal del Distrito Federal, tal deber ya no se limitará a los supuestos de excluyentes de responsabilidad del delito de aborto contemplados en el numeral 148 de dicho ordenamiento, sino que comprende los supuestos que han quedado excluidos en la definición del tipo legal de aborto, a saber, las interrupciones de embarazo que la mujer desee realizar antes de que finalice la décimo segunda semana de gestación, computadas las semanas en los términos precisados.

En consecuencia, las porciones normativas de los primeros párrafos de los artículos 144 y 145 del Código Penal para el Distrito Federal, en cuanto precisan el delito de aborto y su penalidad, respectivamente, a partir del vencimiento de la décimo segunda semana de gestación, contadas las semanas desde la implantación del embrión en el endometrio, así como la del segundo párrafo del citado artículo 144 que establece el concepto de embarazo, violan el derecho a la vida humana al definir el tipo general de aborto y su penalidad, pues desatenden la configuración que del mismo deriva de la Constitución,

conforme a la cual su protección inicia con la concepción y no está sujeta a restricción o limitación alguna, ya que dejan sin protección la vida del producto de la concepción desde la fecundación hasta el término de la décimo segunda semana de embarazo, computadas en los términos aludidos.

De la imposición de una restricción al derecho a la vida humana que implica la tipificación del delito de aborto en los términos establecidos en las normas señaladas, se sigue, además de la violación a este derecho fundamental, la incompetencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para emitir las, pues sólo el Poder Reformador de la Constitución puede restringir esa garantía en los términos del artículo 1o. de la misma.

De igual manera, se violan los principios de igualdad y no discriminación al establecerse diferenciaciones por razón de edad gestacional sin justificación, pues nuestra Constitución protege la vida humana desde la concepción.

No obsta a lo anterior lo señalado en la resolución plenaria respecto a que no existe ningún mandato constitucional específico para la penalización de las conductas a que se refieren los preceptos impugnados ni razón jurídica argumentable que indique una potestad insuficiente de la Asamblea Legislativa para despenalizar aquellas conductas que hayan dejado de tener, a su juicio, un reproche social.

Lo anterior porque, como se ha analizado, el legislador ordinario está obligado a proteger, desde el ámbito penal, los bienes jurídicos que constituyen mínimos esenciales para la sociedad, lo que no solamente significa la obligación de

penalizar determinadas conductas, sino también la de no despenalizarlas, con independencia de que pueda prever excluyentes de responsabilidad, excusas absolutorias o la imposición de penas no privativas de libertad, sin que pueda quedar "a su juicio" o libre albedrío la determinación relativa a qué conductas atentatorias de mínimos sociales esenciales hayan dejado de tener un reproche social, lo que necesariamente debe quedar sujeto a un control constitucional para salvaguardar el orden jurídico y el Estado de derecho.

Se sostiene en la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia que:

"... la Asamblea Legislativa del Distrito Federal cuenta entonces con las facultades para determinar, por la mayoría de sus integrantes y mediante un debate abierto, las conductas que en el ámbito penal deben ser o no reprochadas y, dada la ausencia de una obligación constitucional expresa, es su responsabilidad realizar el balance de los diversos hechos, problemas y derechos que puedan encontrarse en conflicto. ... Si es esta evaluación realizada por el legislador en el ejercicio de sus facultades constitucionales de configuración legal la que debe respetarse por parte del Juez constitucional, este Tribunal Constitucional considera importante revisar los argumentos utilizados por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal ... la evaluación de las condiciones sociales y la ponderación realizada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es constitucional."

Deriva de lo anterior que en el engrose plenario se sostiene: a) la Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene facultades constitucionales para determinar las conductas

que deban ser penalizadas y despenalizadas; b) la evaluación que realice en el ejercicio de esta función debe ser respetada por el Juez constitucional; c) por tanto, es importante que el Tribunal Constitucional revise los argumentos en que se basó la Asamblea Legislativa; y d) la evaluación realizada por dicha asamblea es constitucional.

En relación con la primera afirmación, ésta ya fue contestada en el apartado anterior del presente voto, quedando de manifiesto que el legislador ordinario sí está obligado a penalizar aquellas conductas de los particulares que atenten contra los valores esenciales de la sociedad y, por ende, a no despenalizarlas.

La segunda y tercera afirmaciones son contradictorias dado que si el Juez constitucional debe respetar la valoración realizada por el legislador ordinario, ¿cómo es que resulta entonces importante proceder como Tribunal Constitucional a revisar los argumentos en que justificó la asamblea su decisión de despenalizar el aborto en una etapa gestacional? Asimismo, la segunda afirmación es contradictoria con lo sostenido en la sentencia en los siguientes términos:

"... Lo anterior no significa que el legislador sea absolutamente libre para despenalizar conductas, existen claros límites constitucionales, como el establecimiento de una discriminación discriminatoria en términos del artículo 1o. de la Constitución Federal o que la o (sic) criminalización de la conducta se haga mediante ley privativa; además debe satisfacer los requisitos procedimentales y orgánicos y obedeciendo a un facultamiento previo. ..."

Nuevamente la sentencia se contradice al señalar en el último párrafo del considerando octavo que:

"... En cualquier caso, para esta Corte resulta determinante en el punto bajo análisis lo que hemos destacado anteriormente en otros apartados de esta resolución: cualquier declaración de inconstitucionalidad (en este caso por omisión) equivaldría a una decisión repenalizadora por parte de la Corte: supondría añadir condiciones o (sic) obstáculos a lo que los ciudadanos pueden hacer libres de la amenaza del derecho penal, y eso es algo que, por las razones subrayadas con anterioridad, este tribunal considera que corresponde de manera directa al legislador democrático local definir cuáles son las conductas que deben ser penalizadas ..."

No puede dejarse en libertad absoluta al legislador ordinario, pues ello implicaría dejar fuera de control constitucional sus actos e impedir que esta Suprema Corte de Justicia realice sus funciones propias de Tribunal Constitucional. La declaratoria de inconstitucionalidad de una norma penal o de una porción normativa de la misma no significa el ejercicio de una facultad repenalizadora, sino de sujeción de la labor del legislador ordinario al orden constitucional. Bajo el criterio que sustenta la sentencia ningún caso tendría el análisis de constitucionalidad de las normas impugnadas ante la imposibilidad *a priori* de dar efectos a una determinación de inconstitucionalidad.

Por tanto, contrariamente a lo señalado en una parte de la sentencia —pues en otra se afirma lo opuesto—, debe partirse de la necesidad de que la labor del legislador ordinario de configuración legal se encuentre sujeta a control constitu-

cional, es decir, su libertad de configuración de los tipos penales se encuentra sometida a los principios constitucionales que deben ser respetados por toda autoridad y su actuación, en la sujeción a tales principios, debe poder ser revisada por el Juez constitucional para la salvaguarda del orden constitucional, sin detrimento de su libertad de configuración. No constituye una libertad ilimitada, sino una libertad sujeta a nuestra Ley Fundamental y, por tanto, con factibilidad de ser revisada a fin de ajustarla a nuestro orden constitucional.

En el caso, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal vulneró el derecho a la vida humana y los principios de igualdad y no discriminación, al desproteger en el ámbito penal en forma absoluta al producto de la concepción en sus doce primeras semanas de vida, arrogándose con ello facultades que no le corresponden al consignar una limitación al derecho a la vida, sin que ello pueda entenderse comprendido dentro de su libertad de configuración de los tipos penales, en tanto, como se ha analizado, su labor se encuentra sujeta a los principios constitucionales que debe respetar y que le imponen la obligación de proteger la vida humana de manera general, sin distinciones que impliquen discriminaciones, entre otras razones, por edad gestacional.

Lo anterior lleva a la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados con independencia de la ponderación que llevó a cabo la Asamblea Legislativa entre los derechos del *nasciturus* y los derechos de la mujer, pues su libertad de configuración penal no le permite imponer limitaciones al derecho a la vida humana del producto de la concepción, como lo es la desprotección total que lleva a cabo del producto de la concepción hasta el vencimiento de la décimo segunda semana

de embarazo, desprotección que claramente se diferencia de la facultad del legislador ordinario de establecer supuestos de exclusión de antijuridicidad o de punibilidad, en tanto ha sido prevista de manera general y no atendiendo a circunstancias concretas en que se realice una conducta. Se deja a voluntad de la madre la vida del producto de la concepción en las doce primeras semanas de embarazo en los términos que de tal concepto hace la Asamblea Legislativa, de manera general y sin sujeción a condición alguna; y sin consideración de la voluntad materna, en el periodo que corre de la concepción a la implantación del embrión en el endometrio.

Por tanto, se quebrantan los límites que en la propia sentencia se reconoce tiene el legislador ordinario para despenalizar conductas, al establecerse una descriminalización discriminatoria en términos del artículo 1o. constitucional y carecer la Asamblea Legislativa del Distrito Federal materialmente de facultades para imponer restricciones al derecho a la vida humana.

Con el criterio de los Ministros de la mayoría podría afirmarse que sería válido que se suprimiera de cualquier Código Penal el delito de homicidio, pues la Constitución no contiene precepto alguno que obligue a criminalizar tal conducta.

### **VIII. Inconstitucionalidad de la ponderación realizada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.**

Aunque se partiera de la posibilidad de ponderación entre los derechos de la mujer y el concebido, tendría que concluirse en la inconstitucionalidad de la realizada por la Asamblea Legislativa, pues incumplió con los principios de razonabilidad

y proporcionalidad jurídica que el Pleno de la Suprema Corte ha determinado deben cumplirse para el desarrollo de los límites de las garantías individuales y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador en la jurisprudencia intitulada: "GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.", consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVI, diciembre de 2007, página 8.

Lo anterior porque, tal como se demostró en el proyecto, las previsiones que estableció la Asamblea Legislativa en los preceptos impugnados no resultan adecuadas, pues nulifican en forma absoluta el derecho a la vida del *nasciturus* en el periodo comprendido desde la fecundación hasta finalizar la décimo segunda semana de gestación, computadas las semanas a partir de la implantación del embrión en el endometrio, además de resultar innecesaria para alcanzar las finalidades legítimas perseguidas, 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.

Conforme a lo anterior, carecen de sustento jurídico los razonamientos en que se apoya la sentencia plenaria para justificar la ponderación que realizó la Asamblea Legislativa.

Debe resaltarse que los preceptos impugnados en las acciones de inconstitucionalidad no se refieren a embarazos forzados, sino a embarazos producto de relaciones sexuales libremente decididas.

En efecto, la interrupción del embarazo producto de una violación o de una inseminación artificial no consentida está contemplada como excusa absolutoria para la mujer en el artículo 148, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal, precepto éste cuya constitucionalidad no fue materia de análisis en la resolución plenaria, pues aun cuando su invalidez fue demandada de manera extensiva, en el punto resolutivo segundo se sobreescribió en torno al mismo. Este precepto establece las excluyentes de responsabilidad en el delito de aborto, así como que cuando se trate de embarazos resultados de violaciones o inseminaciones artificiales, embarazos eugenésicos y aquellos en que la mujer corra peligro de afectación grave a su salud, los médicos tendrán la obligación de proporcionarle información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos de la interrupción de un embarazo y de los apoyos y alternativas existentes, con el fin de que la mujer embarazada pueda tomar la decisión relativa de manera libre, informada y responsable, como se advierte de su texto que a continuación se transcribe:

"Artículo 148. Se consideran como excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto:

"I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este código;

"II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;

"III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada; o

"IV. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

"En los casos contemplados en las fracciones I, II y III, los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable."

Paralelamente al establecimiento de la excluyente de responsabilidad para el delito de aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial, se encuentra prevista la sanción penal correspondiente para aquel que por medio de violencia física o moral imponga relación sexual a la mujer o realice inseminación artificial, agravada ésta si da lugar a embarazo (el artículo 174 del propio código establece que se impondrá sanción de seis a diecisiete años de prisión al que por medio de violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo y el numeral 150 prevé prisión de cinco a catorce años para quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aun con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado

del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial y de ella resulta un embarazo). Los preceptos aludidos son del tenor siguiente:

"Artículo 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

"Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión."

"Artículo 174. Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a diecisiete años.

"...

"Si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, se impondrá la pena prevista en este artículo, en estos casos el delito se perseguirá por querrela."

Así, la libertad sexual de la mujer se encuentra protegida, incluso, dentro del matrimonio, en el cual puede darse el delito de violación conforme lo ha determinado la Primera Sala de la Suprema Corte en su jurisprudencia identificada con el número 1a./J. 9/94, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIII, febrero de 2006,

página 616, criterio éste que preserva tal libertad en la mujer casada. Dicha jurisprudencia señala:

"VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.—La institución del matrimonio tiene entre sus finalidades, la procreación de la especie, en virtud de lo cual, los cónyuges deben prestarse a la relación carnal, que como consecuencia lógica sólo concibe la práctica de la cópula normal; de tal manera que si el cónyuge la impusiera de manera anormal y violentamente, lesionaría la moral y la libertad sexual de su pareja, que en ningún momento consintió tales prácticas, y por ende, se configurará el delito de violación."

De igual manera, el artículo 466 de la Ley General de Salud dispone:

"Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge."

Consecuentemente, hablar de embarazos impuestos es desconocer toda la protección que la Constitución y las leyes secundarias dan a la mujer para que ejerza su libertad sexual, de la cual, como lógica consecuencia, pueden resultar embarazos, por lo que no hay posibilidad constitucional ni legal de imposición de embarazos.

Tal libertad sexual que nuestro orden constitucional y legal garantiza se encuentra sujeta a la condición de su ejercicio

responsable e informado, es decir, que la decisión relativa se tome de manera responsable e informada, por lo que no es posible hablar de embarazos impuestos a las mujeres que libremente mantienen y aceptan relaciones sexuales de las cuales pueda derivar un embarazo.

El artículo 4o. constitucional claramente señala en su segundo párrafo que: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos."

Por tanto, es claro que la libertad sexual debe ser responsable e informada.

Consecuentemente, al realizarse la ponderación, debe tomarse en cuenta, por una parte, que no se está ante supuestos de imposición de embarazos sino, en todo caso, ante un ejercicio no responsable de la libertad sexual de la mujer y, por la otra, que la libertad sexual se sujeta constitucionalmente a las condiciones de información y responsabilidad.

Partiendo de lo anterior, debe considerarse que hay derechos constitucionales tanto para el concebido como para la mujer.

Los derechos de la mujer que están en juego son los de sexualidad, maternidad, libre disposición del cuerpo y el de forjarse un plan de vida propio, los que pueden entrar en una supuesta o aparente colisión con el derecho al nacimiento de un nuevo ser humano gestado en su vientre. Los derechos del *nasciturus* son los de la vida y la salud.

Los derechos del *nasciturus* los posee sólo por ser. No tiene obligación alguna para gozar de estos derechos. El concebido simplemente es, pero no puede ser sujeto de ningún deber.

En cambio, el artículo 4o. constitucional contempla obligaciones a cargo de la mujer para disfrutar de sus derechos, a saber, en los términos que han quedado analizados con anterioridad, el de información y responsabilidad.

Se afirma que los embarazos pueden afectar el plan de vida de las mujeres, pero el plan de vida debe relacionarse con el ejercicio de la sexualidad; tiene que ser un plan responsable y no un plan de vida generado de momento, sin previsión alguna en relación con el embarazo. Como ejemplo en este sentido puede citarse la Escuela de Enfermería Militar que prohíbe a sus estudiantes embarazarse durante el plazo de duración del curso: esto es un plan de vida, quien quiera estudiar esta carrera, determina anticipadamente no embarazarse y existen muchas maneras de evitar el embarazo, pues los métodos anticonceptivos son abundantes, publicitados en medios masivos de comunicación social, ofrecidos gratuitamente por las instituciones de seguridad social a la población abierta de mujeres mexicanas.

Se sostiene que la despenalización del aborto permite brindar a las mujeres la atención médica debida en vez de que, clandestinamente, acudan a sitios totalmente inadecuados a practicarse el aborto, problemática a la que se enfrentan básicamente las mujeres que padecen pobreza.

La problemática de pobreza, ignorancia y marginación que se aduce como causa motivadora de la despenalización del

aborto no justifica la disposición de la vida del *nasciturus* que nuestra Constitución protege, además de que con ello no se contribuye a la solución de tales problemas al no constituir una medida que las corrija.

Las mujeres tienen a su disposición diversos medios efectivos para evitar los embarazos no deseados y debe tomarse en cuenta que las disposiciones impugnadas han sido emitidas para el Distrito Federal, entidad que tiene la población urbana mejor informada de la República mexicana, por lo que es claro que en realidad se está alentando la práctica rutinaria e irresponsable de abortos, máxime si se considera que existen diversas alternativas a disposición de la mujer que no desea al hijo que concibió, como se destacó en el proyecto que se sometió a la consideración del Pleno, verbigracia, la adopción, debiendo tenerse presente que el deber primario para con el niño es de los ascendientes, tutores y custodios, pero subsidiariamente también es responsabilidad del Estado y de la sociedad en general, tal como deriva del último párrafo del artículo 4o. constitucional al contemplar la obligación del Estado de otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Debe añadirse que la razonabilidad que se pretende derivar de la existencia de un número significativo de abortos clandestinos —lo que por cierto nunca llegó a acreditarse— también resulta inaceptable. Por una parte, es obvio que, en los términos de la legislación que se analiza, ya no existirán abortos clandestinos en el periodo referido de doce semanas iniciales a partir de la gestación, puesto que jurídicamente, conforme al vocabulario que se introduce, si se interrumpe el embarazo dentro de ese periodo no podrá incurrirse en aborto,

naturalmente cumpliéndose con el requisito de la autorización de la mujer embarazada. En cuanto a las interrupciones, sin el consentimiento de la mujer embarazada, durante todo el embarazo, y aun con su consentimiento después de las doce semanas, así como cuando se produzca el delito de aborto forzado, incluso, durante las repetidas doce semanas iniciales, subsistirán las mismas condiciones anteriores a las reformas de que se trata y no se advierte cómo puede combatirse lo relacionado con los abortos clandestinos.

Las consecuencias de privar a la mujer de la oportunidad de decidir sobre su cuerpo y la vida del producto de la concepción son remediabiles, no así las derivadas de privar de la vida a un individuo en gestación.

Es claro que los derechos de libertad no deben anteponerse a la vida de un ser humano, al ser ésta condición necesaria para la existencia de todos los derechos.

Se aduce en la sentencia plenaria que en el derecho comparado se advierte la tendencia legislativa de establecer hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo o límites a la persecución legal del aborto como resultado de la ponderación entre los bienes en conflicto.

Con independencia de cuál sea la tendencia legislativa de otros países en torno al aborto, lo cierto es que el legislador ordinario debe ajustar su actuar a nuestra Constitución Política, la cual protege la vida del producto de la concepción, por lo que no puede adoptar medidas contrarias a ello. Además, el derecho internacional pugna por la protección y salvaguarda de los derechos humanos, por lo

que éstos no pueden negarse al *nasciturus*, máxime que el Estado mexicano ha suscrito diversos convenios internacionales referidos con anterioridad, en los que ha adquirido el compromiso de proteger al concebido, por lo que adoptar medidas que contradigan dicha protección resulta violatorio de los compromisos internacionales adquiridos.

Por otra parte, debe advertirse que la resolución plenaria, no obstante reconocer que el legislador ordinario en la despenalización de conductas se encuentra sujeto al límite constitucional establecido en el artículo 1o. constitucional, es decir, a no establecer una descriminalización discriminatoria, omite analizar si la distinción que en la tipificación del delito de aborto en razón de la edad gestacional (doce semanas) no constituye una violación a esta preceptiva constitucional, 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, sin analizar la distinción que implica entre los seres humanos en gestación.

La distinción antes aludida tampoco fue examinada en el apartado II de la resolución del Pleno intitulado "¿Violan las disposiciones impugnadas el principio de igualdad?", en el que sólo se analiza la violación a ese principio en relación con el padre al no contemplar su participación en la decisión de interrupción del embarazo y respecto de las menores de edad por no establecerse un régimen especial cuando sean éstas las que deseen interrumpir el embarazo, soslayando la violación al principio de igualdad por lo que se refiere al producto de la concepción al establecerse diferenciación por edad gestacional.

Además, resulta claro que las disposiciones impugnadas, contrario a lo sostenido en la resolución mayoritaria, vulneran los derechos del padre del ser humano en gestación al dar decisión unilateral a la mujer en la determinación de interrumpir el embarazo, concretamente los de igualdad del hombre y la mujer ante la ley y el derecho de ambos a decidir sobre el número de hijos que desean tener, consagrados expresamente en el artículo 4o. constitucional, al privarlo de la oportunidad de proteger al individuo de cuya concepción formó parte.

Por las razones expuestas, la ponderación del supuesto conflicto entre los derechos de la mujer embarazada y los del *nasciturus* es incorrecta, debiendo añadirse lo siguiente:

1. La vida es la condición necesaria para la existencia de todo derecho.

El reconocimiento constitucional del derecho a la vida se encuentra en cada una de las garantías individuales. El derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a la igualdad, a la vivienda, a un juicio justo, a la propiedad, a la libertad, así como el resto de derechos reconocidos en el título primero de la Carta Magna tienen como propósito último procurar las condiciones necesarias para que toda persona pueda vivir adecuadamente. Cada una de esas garantías tiene como propósito influir en un aspecto determinado para que éste garantice o no afecte el desarrollo de una vida humana.

Lo anterior no es una falacia, no es lo mismo que decir que el derecho a la alimentación es más importante porque de éste depende la vida. Al contrario, el mismo ejemplo

corroborar lo dicho anteriormente: la vida es el origen de cada una de las garantías individuales y éstas a su vez tienen como propósito final proteger la vida del ser humano. En el caso de la alimentación, un ser humano se puede alimentar porque está vivo, mientras que el derecho a la alimentación tiene como propósito último proteger su naturaleza viva.

Aun en caso de que esté en peligro el ejercicio de cualquier otro derecho, no se puede privar de la vida a ninguna persona, ya que esta privación sólo puede ser absoluta y permanente mientras que la privación de cualquier otro derecho puede ser restaurada.

Incluso en el caso de la legítima defensa no existe una limitación constitucional al derecho a la vida, solamente estamos ante una excluyente de ilicitud para quien priva de la vida a otro, pero porque del otro lado de esta confrontación está su propia vida.

De esta suerte, la vida no puede ser sopesada en una balanza frente a cualquier otro derecho, dada su naturaleza y la del acto de su privación (permanente, irremediable y absoluta), a diferencia del carácter remediable que tiene cualquier otra situación.

2. El embrión es un ser humano titular de los derechos a la vida e igualdad.

El embrión en etapa de gestación es un individuo, no es medio humano, sino un ser humano en una etapa de crecimiento muy temprana. No importa su apariencia física; no importa si no tiene ojos, corteza cerebral, piernas o manos;

estas circunstancias son sólo producto de su edad, de que apenas se está desarrollando. Así se desprende de las respuestas dadas por los médicos encargados de desahogar la prueba pericial médica en materia de concepción y vida humana en el seno materno. Incluso es relevante destacar la respuesta dada por el doctor Jesús Kumate Rodríguez a la pregunta dos: "A partir de la novena semana se inicia la etapa fetal en la que se manifiestan preponderantemente acciones de crecimiento y no de diferenciación".

Como todo ser vivo, el ser humano está en constante crecimiento, su aspecto físico no puede tomarse en cuenta como elemento para definir si es humano o no. ¿Acaso una persona sin canas o sin arrugas no es humano por la falta de esas características?, definitivamente no, éstas son producto de la edad.

En otras palabras, un embrión de doce semanas, uno de veinticuatro o uno de treinta y seis o un bebé de un año se diferencian de la misma forma que una persona de doce años, una de veinticuatro, una de treinta y seis y una de setenta. Su distinción radica únicamente en su etapa de desarrollo, en su edad, no en su naturaleza. Su información genética permanecerá inmutable durante su gestación, nacimiento, niñez, juventud, vejez y muerte. De ello se derivan dos situaciones:

En primer lugar, que el individuo en etapa de gestación, etapa en la que todos los seres humanos estuvimos, ya que forma parte de nuestro desarrollo natural, es, como el resto de individuos, titular de derechos, entre los que se encuentra el derecho a la vida.

En segundo lugar, que el individuo de once semanas de gestación tiene la misma naturaleza y calidad de ser humano que el individuo que tiene trece semanas de gestación, solamente se diferencian por la etapa de crecimiento en la que se encuentran, dada su edad gestacional, de ahí que permitir la privación de la vida al primero únicamente siguiendo el criterio de edad, se traduce en discriminación hacia el mismo.

3. Las consecuencias de la libertad sexual ejercida con irresponsabilidad deben ser asumidas por su causante.

Todo ser humano debe ser responsable del ejercicio de sus libertades y esta responsabilidad no significa que se limiten sus derechos, simplemente que si el uso de la libertad de uno trasciende a la esfera jurídica de otro, el primero debe responder por esa afectación.

En el caso del embarazo no deseado, distinto a un embarazo forzado producto de una violación, tanto la mujer como el hombre con el que concibe ejercieron su libertad sexual; hoy en día resulta prácticamente imposible negar que los mayores de dieciocho años saben que ese es el camino para la reproducción, por lo que, al ejercerla, saben de las consecuencias que se pueden producir.

Una pareja que ejerce su libertad sexual sin fines de reproducción y que no toma las medidas anticonceptivas necesarias para evitar el embarazo ejerce irresponsablemente esa libertad y, por ende, debe pagar las consecuencias de ello. No es un embarazo forzado, libremente se ejerció la cópula, pero de ese ejercicio se originó un nuevo ser humano, ante quien debe responder.

Legalizar el aborto para proteger estos ejercicios irresponsables de libertad sexual no hace más que incentivarlos y aumentar el número de vidas que se privarán para que la mujer y el hombre no carguen con las consecuencias por el resto de su vida.

Si bien la mujer es la que soporta la mayor carga con estas responsabilidades, existen disposiciones legales mediante las cuales se puede hacer partícipe de éstas al padre, pues ambos se encuentran obligados a la manutención de sus hijos, además de las alternativas con que cuentan, como lo es la adopción.

Si en la práctica las madres son las que mayoritariamente llevan la carga, no corresponde a la ley afectar permanente y absolutamente a un tercero ajeno a la problemática para restaurar el equilibrio social. Si así fuera, se despenalizaría que un culpable de intento de homicidio matara a la víctima para que no lo denuncie, y así evitar que tenga que cargar por el resto de su vida (encarcelamiento) con las consecuencias de sus actos.

Quizás sea cierto que el embarazo sea una especie de esclavitud, ¿pero acaso no todos somos productos de un embarazo?, ¿acaso será válido para una mujer embarazada aniquilar la vida que lleva adentro?

En el mismo tenor, ¿acaso no producirá las mismas consecuencias en la vida de la madre un embrión de doce semanas que uno de trece? ¿Acaso no producen la misma "esclavitud" cualquier tipo de embrión y cualquier bebé recién nacido?

La respuesta a estas preguntas nos demuestra una vez más el trato diferenciado que existe entre un bebé de doce semanas de gestación y uno de trece. Asimismo, nos demuestra que las supuestas causas que utilizó la mayoría para considerar constitucional el texto de las normas impugnadas no son válidas, ya que las mismas aplican para los embriones de cualquier etapa de gestación e incluso para los recién nacidos, pero tan sólo afectan a los individuos que tienen menos de trece semanas de gestación.

4. La decisión unilateral de la madre para interrumpir el embarazo afecta los derechos del padre reconocidos en el artículo 4o. constitucional.

Los artículos 144 y 145 materia de las acciones de inconstitucionalidad crean el derecho unilateral de la madre para destruir la vida del producto de la concepción. Esta circunstancia es violatoria de los derechos del padre para formar una familia y decidir libremente el número de hijos que quiera tener.

En efecto, así como la responsabilidad de manutención de los hijos debe ser compartida entre los padres, también lo es que el derecho para decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos corresponde a ambos.

La posibilidad de la madre de decidir unilateralmente sobre la muerte del producto en gestación menoscaba ese derecho del padre, cuya voluntad no es tomada en cuenta al respecto.

Así como la concepción fue realizada por dos personas, resulta ilógico que el resultado de la misma no sea compartido

entre las dos personas que la produjeron. Si el ejercicio fue irresponsable, ambos debieran cargar con las consecuencias, pero si se decide que es mejor matar a un ser humano a que dos personas carguen con las consecuencias de sus actos libres, por lo menos se debería escuchar a las dos partes que intervinieron en la creación del nuevo ser humano.

Por ello, se considera que las normas impugnadas son violatorias del artículo 4o. constitucional, ya que el derecho de decidir sobre el número de hijos y su espaciamiento no es único de la madre, ya que el Texto Constitucional no hace tal distinción, por lo que el legislador ordinario no la debe realizar.

### **IX. Refutación a los votos concurrentes.**

En relación a los temas tratados, referentes a si la Constitución consagra el derecho a la vida humana, si protege al producto de la concepción, si existe obligación del legislador de penalizar determinadas conductas y, concretamente, la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas de gestación, así como la labor de ponderación entre los bienes en conflicto en el delito de aborto, los Ministros de la mayoría que se pronunciaron por sostener la constitucionalidad de las normas impugnadas, en sus votos concurrentes sostuvieron, en esencia, lo siguiente:

1) Ministro Juan N. Silva Meza: Para enfrentar el estudio de constitucionalidad de las normas impugnadas es indispensable identificar los derechos o bienes constitucionales que se encuentran en conflicto. Los derechos fundamentales son todos de la misma jerarquía, por tanto, el reconocimiento

del derecho a la vida no significa que sea absoluto y que no sea susceptible de ser balanceado con otros derechos o limitado en atención a intereses estatales. Atender únicamente a los derechos del embrión, como lo hace la minoría de los integrantes del Pleno, provoca que sólo en vía de consecuencia se analice la problemática de la mujer, lo que implica demeritar y soslayar sus derechos fundamentales, siendo los que están en juego, en el caso, la vida, salud, igualdad, no discriminación, libertad sexual y reproductiva, autodeterminación e intimidad. La protección constitucional a la continuación del proceso de gestación tiene sustento en los artículos 4o. y 123 constitucionales. Dada la ausencia de definición constitucional expresa del momento en que debe brindarse protección a la vida, el legislador debe ponderar los derechos en conflicto en ejercicio democrático. No existe disposición constitucional que establezca que la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas deba ser sancionado en el ámbito penal. El ejercicio de ponderación realizado por el legislador penal se circunscribe al ámbito penal y es proporcional y racional. Si el Estado no ha cumplido con su obligación constitucional de educar en materia sexual y reproductiva y ha sido insuficiente en garantizar un acceso pleno a los métodos anticonceptivos, además de que no existe un método cien por ciento seguro, no puede reprocharse a la sociedad un ejercicio irresponsable de la libertad reproductiva mediante la penalización absoluta.

2) Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos: La Constitución contiene tres tipos de normas: a) las que crean órganos del Estado y establecen y delimitan sus funciones; b) las que prevén los procedimientos de creación jurídica; y c) las que establecen los contenidos de las normas secundarias. Los dos

primeros tipos configuran la parte orgánica de la Constitución y el tercer tipo su parte dogmática, dentro de la que se encuentran las garantías individuales.

Atendiendo a su contenido, las normas pueden ser: a) de contenido necesario, que suponen situaciones que obligatoriamente debe establecer la norma; b) de contenido prohibitivo, que incluyen en su normatividad alguna prohibición expresamente establecida; y c) de contenido optativo, cuyo contenido queda a la ponderación del legislador, quien tendrá que sopesar la situación económica, social, moral, política, etcétera.

Por garantía individual se entiende el derecho público subjetivo que la Constitución reconoce a favor de los particulares, quienes tienen el derecho de oponer al Estado su respeto a través del juicio de amparo. Así, las garantías surgen de la relación entre gobernado (acreedor) y Estado (deudor), por lo que sólo son las autoridades quienes pueden cometer violaciones a dichas garantías. Los particulares no pueden violar garantías individuales y, por ello, la conducta que éstos adopten no plantea temas de constitucionalidad. Además, salvo preceptos expresos que determinan supuestos de sanción penal expresa, no existe artículo alguno en la Constitución que establezca las conductas que deben ser tipificadas como delitos, por lo que se trata de normas de contenido optativo.

La ponderación a cargo del legislador para determinar qué conductas pueden ser tipificadas como delitos sancionables con pena corporal no puede considerarse constitucional o inconstitucional, pues simplemente no es materia de constitucionalidad.

Los preceptos impugnados no pueden considerarse violatorios de los artículos 14 y 22 de la Constitución, pues la prohibición de la pena de muerte fue establecida para las autoridades y no para los particulares. Si una ley establece que se prive de la vida a una persona, esa ley será violatoria de la Constitución; si un particular priva de la vida a otro no viola la Constitución, sino que comete un acto delictivo al encontrarse tipificada esa conducta.

Por tanto, los conceptos de invalidez son inoperantes porque no plantean un problema de constitucionalidad, sino de legalidad al tratarse de normas de contenido optativo.

3) Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas: El estudio debe partir del reconocimiento de la vida como un derecho y no como un bien constitucional e internacionalmente protegido, por lo que debe atenderse a los precedentes en los que el Pleno ha determinado los requisitos que deben cumplirse para el desarrollo de los límites de los derechos fundamentales y la regulación de sus posibles conflictos. Cuando existe un conflicto entre normas constitucionales que propician soluciones distintas, éste no puede resolverse con los tradicionales criterios de antinomias, pues la Constitución no establece un sistema de prioridades o excepciones absolutas entre sus normas, las que gozan de igual jerarquía y sin que ninguna pueda prevalecer a costa del sacrificio desproporcionado de otras. Las colisiones entre estas normas se superan considerando el peso e importancia de cada una en el caso que se juzga, buscando una solución armonizadora. En la mayoría de los casos este tipo de solución no es posible y, por tanto, el resultado de la ponderación —también llamado juicio de razonabilidad— consiste necesariamente en dar preferencia a uno de los principios en pugna.

En el caso, los derechos fundamentales de la mujer que se encuentran en pugna con el derecho a la vida del *nasciturus* son la salud, la vida, la dignidad, la libertad reproductiva, la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad.

La medida que no criminaliza la interrupción del embarazo resulta idónea o adecuada para salvaguardar los derechos de las mujeres, porque ofrece la oportunidad de decidir sobre la no imposición de un embarazo sin criminalización de su interrupción, implementando, a su vez, medidas que optimicen las condiciones de atención médica que protejan su vida y salud, sin que esta posibilidad sirva al Estado para imponer nada a las mujeres, ni continuar el embarazo, ni interrumpirlo de manera forzada, además de que no faculta a la autoridad para privar de la vida.

La medida que obliga a la culminación del embarazo bajo la amenaza de la penalización de su interrupción, no constituye un medio idóneo para proteger el derecho a nacer del producto de la concepción, porque de cualquier forma las mujeres que no quieran estar embarazadas se someterán a un aborto, pero en condiciones riesgosas para su vida y su salud, por lo que la penalización es totalmente ineficaz.

Por ello, el Estado debe instrumentar políticas públicas integrales y eficaces en materia de salud reproductiva y educación sexual para evitar embarazos no deseados y combatir la discriminación a las mujeres por causas económicas, biológicas y sociales.

Existe una norma ineludible: la protección de la vida, por lo que el aborto consentido es la excepción y se justifica a

partir de la no imposición de un embarazo no deseado en condiciones que perjudiquen la vida y la salud de la mujer y que la lleve a someterse a tratos crueles, inhumanos y degradantes.

La imposición del embarazo a través de la penalización de su interrupción no se ajusta a la pauta de necesidad porque constituye la medida más dañina para los derechos de las mujeres al eliminarlos. La despenalización del aborto hasta la duodécima semana de gestación también es la medida más dañina para el derecho a nacer del producto de la concepción, pero el establecimiento de una temporalidad encuentra sustento científico y resulta menos riesgoso para las mujeres.

El principio *pro homine* es aplicable tanto a los derechos del concebido como a los de la mujer, por lo que debe acudirse a los principios *pro libertate* y *pro legislatore*, que resultan determinantes en cuanto a los derechos de la mujer.

La sociedad democrática asume el pluralismo valorativo y rechaza que algún grupo imponga a otros sus creencias. Las posturas morales o absolutistas plantean el problema del aborto a la luz de un solo valor que no admite excepciones: la vida del producto de la concepción, desconociéndose los derechos de la mujer y las consecuencias no queridas que produce la penalización, además de su ineficacia, lo que resulta inaceptable en un país plural. Desde una ética laica tenemos que pensar en el aborto como un problema complejo y ser sensibles tanto a las consecuencias que ha producido el penalizar el aborto como a las derivadas de su despenalización.

Existe duda razonable sobre el estatus del embrión y del feto y, en cambio, es incontrovertible que la mujer es una persona con derechos consagrados de manera expresa en la Constitución y que la penalización del aborto la coloca en una situación de vulnerabilidad, en la que es víctima al afectarse su salud y su autonomía.

4) Ministro Genaro David Góngora Pimentel: La penalización del aborto equivale a una obligación de hacer, el Estado impone su fuerza para obligar a una mujer a continuar con su embarazo y convertirse en madre. Las razones por las que una mujer se embaraza corresponden a su intimidad o a situaciones adversas que, por tanto, no compete al Pleno evaluar, máxime que ello implicaría conceder al Estado distintos grados de intervención en las decisiones internas o externas de sus gobernados, lo que atenta contra los derechos de libertad e intimidad.

Las razones por las que una mujer arriesga su salud y vida y transgrede la ley penal acudiendo al aborto clandestino se encuentran en el círculo vicioso de la desigualdad, la marginación, la discriminación o diversas circunstancias que sólo pueden resentir las mujeres y sus cuerpos.

La penalización del aborto genera un manifiesto estado de desigualdad entre los varones y las mujeres, porque no pueden existir sanciones que deriven de diferencias biológicas, lo que obliga a evaluar el asunto desde la perspectiva de género.

Desde luego, existe conflicto entre el bien jurídico tutelado embrión menor de doce semanas y la mujer que lo en-

traña en su cuerpo, pero mayor es el conflicto que produce la cifra de mujeres vinculadas con el aborto; éste es un tema de salud pública reconocido por el Estado mexicano, que no debe involucrarse con corrientes o posturas ideológicas; es un tema de derechos humanos y fundamentales de la mujer.

Los cuestionamientos sobre la posición y reconocimiento del embrión no viable o menor de doce semanas es complejo y no existe consenso al respecto, pero no hay duda de que las mujeres son personas, seres humanos a los que debe reconocerse la calidad de ciudadanas responsables de las decisiones que recaen directamente en sus cuerpos, vidas y proyectos, sin que medie sanción penal.

Cuando el Estado mexicano impone por la vía penal la culminación de un embarazo restringe una serie de derechos fundamentales de las mujeres y las coloca en considerable desventaja al no permitirles ejercer su autonomía y ciudadanía plenamente.

La Constitución prohíbe la esclavitud y la discriminación en su artículo 1o. El embarazo forzado, en algunos casos, implica una forma de esclavitud porque impone a la mujer un periodo de gestación en contra de su voluntad, con implicaciones para el resto de su vida.

La penalización de la interrupción voluntaria de un embarazo menor de doce semanas discrimina:

a) En razón de género, al obligarse a la mujer a culminar un embarazo bajo la amenaza de pena criminal.

b) En razón de edad, porque no se respeta el momento biológico y físico en el cual una mujer se siente lista para disfrutar de la maternidad, destacándose el derecho de las niñas de no ser madres.

c) En razón de condición social, pues los problemas de salud que generan los abortos inseguros tienen mayor impacto en las mujeres pobres.

d) Por motivos de salud, pues las mujeres que acuden a un aborto inseguro no cuentan con un control sanitario adecuado ni servicio médico en caso de complicaciones.

e) Por motivos de religión, opinión o preferencia, porque no existen criterios objetivos, consensuados y razonables para valorar al embrión como persona y, no obstante ello, se establece una valoración por el derecho penal.

f) Por el estado civil, pues se promueve un trato diferenciado entre las mujeres casadas y solteras que deciden interrumpir un embarazo, al estimarse que las primeras están obligadas a tener los hijos concebidos en el matrimonio y respecto de las segundas se estimula la crítica social.

Así, la penalización del aborto atenta contra la dignidad de las mujeres y menoscaba sus derechos y libertades. En cambio, no existe justificación lógico-jurídica para determinar que el embrión menor de doce semanas es un individuo-persona que pueda anteponerse y restringir los derechos de las mujeres nacidas. El embrión es un bien jurídico que no queda desprotegido por la ley, salvo cuando la mujer decida no continuar su embarazo.

El programa de interrupción legal del embarazo trasciende a los diferentes sectores de la población, beneficia a sectores vulnerables generándoles un servicio de salud pública, contribuye en la educación de los derechos sexuales y reproductivos al formar parte de una política integral que brinda información a la mujer que solicita la interrupción del embarazo sobre opciones anticonceptivas, por lo que respeta el artículo 3o. de la Constitución.

La penalización de la interrupción del embarazo a petición de la mujer viola los artículos 1o. y 4o. constitucionales, pues desde la perspectiva de género hace una distinción negativa a partir de una diferencia biológica entre el hombre y la mujer.

El derecho de procreación y, concretamente, la maternidad, constituye un ejercicio de libertad que no puede ser inferido o influenciado y, mucho menos, impuesto por la vía penal. No puede otorgarse a un tercero (el padre o la pareja de la mujer embarazada o los padres de una menor), intervención en la decisión de interrupción del embarazo, pues ello atenta contra la intimidad sexual y libre maternidad.

La despenalización del aborto hasta las doce semanas y el servicio público que brinda la interrupción del embarazo constituye un derecho de salud pública vinculado con el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El principio de progresividad obliga al Estado a mejorar la situación en el goce y ejercicio de los derechos humanos y la prohibición de reducir sus niveles de protección vigentes

o de derogar los existentes; por tanto, es principio fundamental en la materia la prohibición de regresividad.

La interrupción legal del embarazo no cumple con este requisito, porque no hay elementos consensuados, jurídicos y fuertemente razonables que determinen la existencia del derecho a la vida del producto de la concepción y obliguen a su defensa por la vía penal.

El artículo 123, apartados A, fracciones V y XV, y B, fracción IX, inciso c), de la Constitución, que prevé los derechos de las mujeres trabajadoras embarazadas, es producto de las luchas de las obreras durante las primeras décadas del siglo XX para exigir la igualdad laboral, por lo que resulta irónico que con base en él se restrinjan los derechos que les permiten ejercer y consolidar su autonomía y verdadera ciudadanía.

Los motivos que propiciaron la reforma constitucional que dio origen al artículo tercero transitorio del decreto que reformó los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución en materia de nacionalidad, publicado en el Diario Oficial de la Federación de veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete, no pueden establecer que se reconoce el derecho a la vida del producto de la concepción, pues la redacción del citado artículo 30 exige el nacimiento como requisito de la nacionalidad.

En relación con los instrumentos internacionales que se citan en el proyecto de resolución sometido a la consideración del Pleno, se destaca que ni el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ni el Sistema Universal de Derechos Humanos

han declarado jamás que el Estado esté obligado a proteger sin excepción la vida desde el momento de la concepción o esté obligado a prohibir y penalizar la interrupción voluntaria del embarazo.

5) Sergio Armando Valls Hernández: Los conceptos de protección a la vida y derecho a la vida no deben utilizarse como sinónimos a efecto de concluir que la Constitución establece una protección absoluta e ilimitada a la vida.

La vida, como bien protegido, deriva del contenido de la Constitución en cuanto que sin ella no pueden existir los derechos fundamentales. El derecho a la vida, como derecho subjetivo, supone la titularidad para su ejercicio, la cual está restringida a la persona humana, en contraposición a la vida en general que comprende a quienes no han alcanzado esa calidad.

La calificación o no del *nasciturus* como persona jurídica y el establecimiento de cuándo inicia la vida no constituyen aspectos sobre los que el Pleno deba pronunciarse, pues la problemática debe centrarse sólo en el aspecto constitucional.

La Constitución protege la vida sólo dentro de los límites de la existencia de una persona y en los procesos biológicos que ocurren dentro de su vida.

El artículo 1o. constitucional establece atribuciones del individuo, como la igualdad ante la ley y la no discriminación, relacionados con la persona susceptible de tener derechos y obligaciones. Los artículos 14 y 22 constitucionales se refieren a la protección de la persona y no a la vida humana.

El artículo 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), establece medidas especiales y obligaciones al patrón respecto de la mujer embarazada que no se traducen en una protección directa del no nacido y, menos aún, absoluta o prevalente sobre la mujer embarazada.

Si la Constitución reconoce el ejercicio de los derechos fundamentales a partir de la existencia del individuo, la protección general de la vida como bien constitucional, en cuanto vida potencial, no es ilimitada ni absoluta frente a tales derechos.

De igual manera, los tratados internacionales no establecen que el *nasciturus* sea una persona humana, titular del derecho a la vida, ni brindan una protección a su vida absoluta o irrestricta.

Consecuentemente, debe ponderarse la protección constitucional de la vida en gestación con los derechos fundamentales de las mujeres que están en juego.

La Constitución no contiene disposición alguna sobre el aborto, ni sobre su penalización o despenalización, por lo que corresponde determinarlo al legislador. La política criminal que adopte debe cumplir con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, además de crearse los tipos penales a través de la ley.

La Suprema Corte de Justicia, como tribunal constitucional, debe limitarse a examinar si tal legislación es constitucionalmente válida, sin pronunciarse sobre los criterios seguidos para determinada política criminal, pues ello sólo compete al legislador.

En los diversos delitos que protegen la vida el legislador establece distintas penas atendiendo a diversos factores, entre ellos, la fase de la vida humana, que en el aborto adquiere gran importancia no sólo para la configuración del tipo penal, sino también en relación con las excluyentes de responsabilidad, a fin de no afectar la salud de la mujer al tiempo que se protege la vida potencial.

En conclusión, si bien el legislador debe proteger la vida en gestación, no puede afectar en forma desproporcionada los derechos de la mujer. No es constitucionalmente válido que el legislador, con la finalidad de proteger la vida en gestación, sacrifique en forma absoluta los derechos fundamentales de la mujer embarazada, considerándola como mero instrumento de la vida en gestación. La regulación que realice debe comprender hipótesis que impidan el excesivo sacrificio de los derechos de la mujer, es decir, los supuestos en los que la interrupción del embarazo no configure el delito de aborto, o bien, su despenalización, como ocurre en los casos de fecundación forzada, violación o cuando se encuentra en riesgo la salud o vida de la mujer o del propio producto.

Sostener que constitucionalmente la protección de la vida en gestación es absoluta y que sólo el Constituyente podría modificar tal cuestión, llevaría a violentar los derechos fundamentales de la mujer reconocidos por la propia Constitución.

Partiendo de lo anterior, los artículos 144 y 145 del Código Penal para el Distrito Federal no resultan inconstitucionales, pues el legislador ha establecido el tipo de aborto buscando una razonabilidad y proporcionalidad y considerando que, de acuerdo a la ciencia médica, existe una

viabilidad o capacidad potencial de vida después de las doce semanas de gestación, buscando con ello un equilibrio que evite que la protección de la vida en gestación se coloque por encima de la libertad de autodeterminación y procreativa, el desarrollo personal, la dignidad y el derecho a la salud física y mental de la mujer.

6) José Fernando Franco González Salas: Para resolver el problema relativo a la constitucionalidad de la actuación de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal al eliminar la sanción penal para la mujer que interrumpe voluntariamente su embarazo durante las primeras 12 semanas, debe resolverse el problema central que consiste en determinar si todo bien jurídico, aun constitucional, debe convertirse en un bien jurídico tutelado y protegido penalmente.

El juicio de constitucionalidad que se realice debe ser a la luz de parámetros jurídico-constitucionales. El cuestionamiento constitucional que se formula es si es correcto, a la luz de nuestro marco constitucional, que le sea impuesta a la mujer una maternidad contra su voluntad y, en caso de ser así, si la mujer que decide voluntariamente interrumpir su embarazo durante las doce primeras semanas debe ser sancionada penalmente.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sí reconoce y protege el derecho fundamental a la vida humana y, más precisamente, de toda persona humana a que se respete su vida. Sin embargo, tal protección no es en forma absoluta o irrestricta, pues, como ocurre con otros derechos y bienes constitucionalmente tutelados, puede estar sujeto a otras restricciones o limitaciones, en congruencia con el primer párrafo del artículo 1o. constitucional.

El derecho fundamental a la vida no es absoluto pues, por principio, todos los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás. En el caso de la protección a la vida hay, al menos, una restricción constitucional expresa, que es la contenida en el artículo 10 constitucional que prevé la figura de la legítima defensa.

La legítima defensa constituye, en sí misma, por un lado, el reconocimiento expreso al derecho y protección de la vida humana y, por el otro, una causa de justificación que convierte el hecho de privar de la vida a otro, en sí típico, en un hecho lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con las causas de inculpabilidad, no sólo impiden que se pueda imponer una pena al autor del hecho típico, sino que convierten al hecho en lícito. Por ello, constituye una causa de exclusión del delito en términos del artículo 29, fracción IV, del Código Penal del Distrito Federal.

Partiendo de que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es competente para legislar en materia penal y, dentro de este ámbito, para legislar sobre el aborto, debe procederse a analizar si legisló razonablemente a la luz de los bienes jurídicos en juego, dado que si bien la presencia de un bien jurídico es una condición necesaria, no siempre es suficiente para una reacción punitiva a través del ejercicio del *ius puniendi* de carácter estrictamente penal.

La vida del no nacido constituye un bien jurídico, pero ello no se traduce en que sea necesaria e indefectiblemente, en cualquier etapa de su desarrollo intrauterino, un bien jurídico penalmente relevante. Sostener lo opuesto implicaría hacer una inferencia ilegítima, pues no existe norma constitucional

o derivada de algún tratado internacional que obligue a sancionar penalmente. Consecuentemente, ello queda a la determinación del legislador competente, el que tiene que hacer una valoración sobre los bienes jurídicos protegidos.

En el proyecto del Ministro instructor se planteó una premisa que se comparte, a saber, que no existe unanimidad en los criterios éticos, morales, científicos y legales sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana y debe protegerse por el Estado.

En el otro extremo, de conformidad con los artículos 1o. y 4o. constitucionales, se reconoce el derecho exclusivo a las mujeres a la autodeterminación en materia de maternidad.

La prohibición y la sanción penal del aborto equivale a establecer una obligación para la mujer de convertirse en madre una vez embarazada, lo que contrasta con los principios y reglas del derecho penal en el cual sólo aquellas conductas en extremo reprochables socialmente deben ser sancionadas penalmente.

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal realizó un juicio ponderativo que razonó a lo largo de sus trabajos legislativos y que resulta constitucionalmente válido.

Es importante destacar que en el decreto impugnado no sólo se reformaron los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, sino que también se adicionó un tercer párrafo al artículo 16 Bis 6 y el artículo 16 Bis 8 a la Ley de Salud para el Distrito Federal, los que, de igual manera, resultan constitucionalmente válidos, pues son

los que permiten que la despenalización de la interrupción del embarazo antes de las doce semanas por voluntad de la mujer tenga un mayor sustento y cumpla las finalidades que se buscaban con la medida.

Se estima relevante destacar lo infundado del planteamiento relativo a que el artículo tercero transitorio de la reforma de marzo de mil novecientos noventa y siete a la Constitución evidencia la protección que ésta otorga al no nacido desde la concepción. Lo anterior, porque se trata de una disposición que dio protección a una determinada clase de sujetos normativos, para ciertos efectos y por un tiempo determinado. Los sujetos normativos son los nacidos y concebidos con anterioridad a la entrada en vigor del decreto por el que se reformaron los artículos 30, 32 y 37 constitucionales, es decir, el veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho. El efecto específico de la disposición fue que se siguieran aplicando ciertas normas, en materia de nacionalidad mexicana, a dichos sujetos normativos, acotado en los términos del artículo quinto transitorio de la Ley de Nacionalidad, que estableció que se presumirán concebidos los nacidos vivos y viables dentro de los trescientos días posteriores a la entrada en vigor de esta ley, es decir, los nacidos vivos y viables a partir del veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y ocho (día siguiente al en que entró en vigor la ley) y hasta el día catorce de enero de mil novecientos noventa y nueve (día trescientos posterior a la entrada en vigor). Así, el artículo tercero transitorio referido, conforme al acotamiento que hizo el legislador federal ordinario, no tuvo alcances universales y absolutos.

7) José de Jesús Gudiño Pelayo: En relación a la consagración en nuestra Constitución del derecho a la vida humana,

se principia por señalar que nuestra Constitución no realiza una consagración de los derechos públicos subjetivos de manera abstracta, sino que adopta un sistema en el que limita la actuación del Estado en situaciones específicas, expresamente señaladas en la Constitución, para salvaguardar lo que en la Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete se denominaron derechos del hombre, que no son sino valores abstractos que ni aquella Constitución, ni la vigente enumeran, sino que los dan por supuestos al ser naturales. El Constituyente, tanto en mil ochocientos cincuenta y siete como en mil novecientos diecisiete, no pretendió garantizar todos los derechos del hombre, sino sólo ordenar su respeto ante situaciones que en forma expresa se previeron en su texto, situaciones que surgían de la experiencia histórica por ser los valores que con más frecuencia se violaron o infringieron.

Sentado que la Constitución no postula de manera textual y expresa la gama de derechos fundamentales susceptibles de existir, es necesario acudir a lo que de manera implícita está en ella.

Del artículo 1º. constitucional deriva que lo que se garantiza son los derechos del hombre, los cuales son valores abstractos, y las garantías son las disposiciones para protegerlos en las situaciones concretas y determinadas que establece. La interpretación de este precepto debe partir de la existencia de principios, valores y reglas. Los valores son los que en la Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete se denominaban derechos del hombre, emanados en forma directa de la naturaleza del hombre, pero que en verdad constituyen principios y valores. Las reglas son las garantías individuales.

Bajo este contexto, no puede sostenerse que la Constitución no establece como un valor constitucional el derecho a la vida.

Sin embargo, dentro de las reglas no existe una sola que establezca una protección directa al producto de la concepción, con independencia o en contra de la voluntad de la madre. El artículo 123, apartado A, fracción V, si bien protege al producto de la concepción lo hace en función de la mujer embarazada, es decir, se dirige en forma directa a la mujer embarazada y, como consecuencia, sólo de manera indirecta, al producto de la concepción.

El derecho a la vida que como valor establece la Constitución no es absoluto. En una Constitución, cualquiera que ésta sea, no pueden preverse derechos absolutos, porque la propia naturaleza del régimen constitucional exige conciliar una serie de valores que no necesariamente son compatibles.

El valor relativo a la vida humana puede entrar en conflicto con otros valores, también constitucionales, como la libertad de la mujer a decidir sobre su cuerpo, el no imponerle una maternidad, entre otros. Cuando los valores entran en conflicto corresponde al legislador resolver y ponderar cuál debe predominar. La solución a estos conflictos de intereses le corresponde al legislador ante la imposibilidad de que el Constituyente conozca de antemano la gama de conflictos que pueden presentarse y analice cada caso concreto.

En relación con los votos concurrentes que se acaban de resumir nos ocuparemos solamente de los argumentos jurídicos, prescindiendo de afirmaciones que se alejan del derecho

y cuyo cuestionamiento correspondería a otros campos del conocimiento.

No existe regla constitucional que obligue al legislador a penalizar conductas de particulares, de tal modo que no puede considerarse inconstitucional la falta de penalización de la interrupción del embarazo antes de la doceava semana, contada a partir de la implantación del embrión en el endometrio.

Por lo que se refiere a la consagración constitucional del derecho a la vida humana, todos los Ministros que formularon voto concurrente, así como los que suscribimos el presente voto de minoría, reconocemos que nuestra Constitución protege la vida humana ya sea como derecho o como valor (en el caso del Ministro Gudiño Pelayo), pues si bien el Ministro Góngora Pimentel no se pronuncia en su voto expresamente sobre lo anterior, de su análisis concatenado con su intervención durante la discusión del asunto se advierte que sólo controvertió que se le otorgara carácter absoluto, mas no que fuera un derecho o valor reconocido constitucionalmente, apoyando únicamente en ello su afirmación en el sentido de que no debía confirmarse la jurisprudencia plenaria 13/2002.

Ahora bien, en relación con el producto de la concepción, el Ministro Valls Hernández distingue a la vida, como bien protegido, del derecho a la vida, que considera está restringido a la persona humana, sosteniendo que la Constitución protege la vida sólo dentro de los límites de la existencia de una persona y en los procesos biológicos que ocurren dentro de su vida, por lo que el *nasciturus* constituye

un bien protegido pero no es titular del derecho a la vida y que la Constitución no precisa a partir de cuándo se protege al producto de la concepción, lo que es tarea del legislador ordinario determinar. Los Ministros Gudiño Pelayo y Góngora Pimentel no lo consideraron como objeto de protección expresa por la Constitución, sino sólo indirectamente como consecuencia de la protección que se brinda a la mujer embarazada en el artículo 123 constitucional. El Ministro Franco González Salas aclaró que la reforma constitucional en materia de nacionalidad no otorga protección al *nasciturus* desde el momento de la concepción y el Ministro Góngora Pimentel que tal reforma no reconoce personalidad al producto de la concepción.

Con independencia de que resulta irrelevante determinar si el *nasciturus* es o no titular del derecho a la vida o si constituye sólo un bien constitucionalmente protegido en tanto los Ministros de la mayoría no hicieron descansar en tal distinción su postura de constitucionalidad de las normas impugnadas, pues incluso quienes lo consideraron como un bien protegido, no sustentaron en ello la prevalencia de los derechos de la mujer sino en que era facultad del legislador ordinario realizar la ponderación de los bienes en conflicto y que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal se ajustó a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la medida, los Ministros que formulamos el presente voto queremos hacer constar nuestra postura en el sentido de que constitucionalmente el *nasciturus* es persona y es titular del derecho a la vida.

En efecto, para determinar si la Constitución considera al producto de la concepción como un bien jurídicamente tutelado o como una persona titular del derecho a la vida,

debe atenderse a las disposiciones de la propia Ley Fundamental y a los antecedentes que las informan y no a la normatividad secundaria, como lo determinó el Pleno en la tesis P. LVII/2006, que lleva por rubro: "INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. EL ALCANCE DE UN PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE BASARSE, ESENCIALMENTE, EN LO DISPUESTO EN ÉSTA Y NO EN LAS DISPOSICIONES GENERALES EMANADAS DE ELLA.", publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIV, agosto de 2006, página 13, en la que se establece el criterio consistente en que la interpretación y alcance de una norma constitucional debe fijarse atendiendo a sus propias prescripciones y no a las normas generales emanadas de ellas, pues ello implicaría aceptar que las autoridades sujetas al orden constitucional, al ejercer sus atribuciones delimitadas en la propia Ley Suprema, estuvieran en posibilidad de ampliar o reducir su esfera constitucional o, incluso, la conferida en esa misma sede a otros órganos del Estado o a entidades políticas diferentes a la que integran, sin desconocerse que el acudir a las disposiciones de rango inferior puede ser útil únicamente para corroborar la conclusión alcanzada.

Además, acudir a la legislación secundaria supondría aceptar que el legislador ordinario pudiera alterar, disminuir o anular el contenido del derecho fundamental, o bien, establecer limitaciones o restricciones al mismo más allá de las previstas en la Carta Magna, en contravención a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1o. de la misma.

La norma constitucional citada, también en su primer párrafo, otorga, en un plano de igualdad, la titularidad de los

derechos fundamentales a todos los individuos que se encuentren en el territorio nacional; en su segundo párrafo prohíbe la esclavitud y en el tercero toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, las condiciones social y de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil, o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

La Norma Suprema no está refiriendo conceptos diferentes al utilizar los términos de "individuos" y "personas" en el primer y tercer párrafos, respectivamente, sino que otorga a ambos un mismo significado, el de ser humano, tanto para referir, en general, al titular de los derechos fundamentales como para aludir, concretamente, al titular del derecho a la no discriminación.

De igual manera, la propia Constitución en otras disposiciones, en especial en aquellas en las que consagra otros de los denominados derechos humanos, que la doctrina conceptúa como innatos o inherentes al ser humano como tal, por corresponder a su esencia humana y que se entienden como primarios o indispensables a la naturaleza humana por derivar de la misma y garantizar una vida digna, comprende indistintamente a los términos "individuo" o "persona" para significar al ser humano.

Así, por ejemplo, en los artículos 3o., primer párrafo, 18, cuarto párrafo y 25, primer párrafo, se hace referencia al "individuo" al aludir al titular de los derechos a la educación, a un sistema integral de justicia para menores que garantice sus derechos fundamentales, al crecimiento económico y del

empleo y a la justa distribución del ingreso y la riqueza que aseguren el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad, mientras que en los artículos 3o., fracción II, inciso c), 4o., párrafos segundo, tercero y cuarto, 5o., primer párrafo y 6o., fracción III, se refiere al término "persona" para establecer la obligación de una educación que asegure la dignidad de aquélla, así como al consignar al titular de los derechos a la protección de la salud, a un medio ambiente adecuado para el desarrollo, a una vivienda digna y decorosa, a la libertad de profesión, industria, comercio o trabajo, y de acceso gratuito a la información pública.

No hay duda entonces de que nuestra Constitución otorga la titularidad de los derechos humanos fundamentales al ser humano, refiriéndose al mismo, de manera indistinta, como "individuo" o "persona" o, incluso citando a un determinado grupo de seres humanos, como "varón" y "mujer", al consignar el derecho a la igualdad de género, o como "niños" y "niñas" al prever su derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, en el artículo 4o., párrafos primero y sexto, respectivamente.

En consecuencia, si como quedó determinado con anterioridad, la protección constitucional del derecho a la vida del ser humano comprende a aquélla en su integridad, desde que inicia el proceso continuo de su desarrollo y hasta su conclusión, esto es, desde la concepción y hasta la muerte, sin restricciones ni limitaciones, necesariamente debe concluirse que el titular de ese derecho a la vida lo es el ser humano, tanto el nacido como el concebido no nacido.

La calidad de persona que la Constitución otorga al *nasciturus* deriva, además, del artículo tercero transitorio del decreto que reformó los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución, publicado en el Diario Oficial de la Federación de veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete, así como su modificación mediante decreto publicado en ese medio de difusión el veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve, que se refiere a los nacidos y a los concebidos como sujetos de un atributo propio de la personalidad, como lo es la nacionalidad.

Efectivamente, el artículo transitorio original establece que las disposiciones vigentes con anterioridad a la fecha en que el decreto de modificaciones entrara en vigor, "seguirían aplicándose, respecto a la nacionalidad mexicana, a los nacidos o concebidos durante su vigencia", mientras que la reforma a ese artículo transitorio prevé que las referidas disposiciones vigentes con anterioridad al decreto de modificaciones constitucionales en materia de nacionalidad, "seguirían aplicándose a los nacidos o concebidos durante su vigencia, únicamente en todo aquello que los favorezca, sin perjuicio de los beneficios que les otorga la reforma".

Así, las normas transitorias, al otorgar al concebido un atributo propio de la personalidad, lo consideran persona titular de derechos y no sólo como un bien constitucionalmente protegido, como lo serían, por ejemplo, los recursos naturales, el medio ambiente, etcétera.

Sostener lo contrario implicaría desatender los principios *pro-homine* en su vertiente de preferencia interpretativa, de mayor protección de los derechos y de fuerza expansiva de los

derechos, que derivan del propio artículo 1o. constitucional y que exigen interpretar las normas para proteger en la mayor medida posible y al mayor número de individuos a través de los derechos fundamentales y que suponen, en el caso del *nasciturus*, interpretar las normas supremas para protegerlo de la manera más amplia haciéndolo titular del derecho a la vida con el fin de asegurar el pleno goce de ese derecho.

Por tal motivo, carece de sustento lo sostenido por el Ministro Góngora Pimentel en torno a que de la reforma constitucional aludida no deriva un reconocimiento del derecho a la vida del producto de la concepción al exigir el artículo 30 constitucional el nacimiento como requisito de la nacionalidad, en virtud de que la disposición transitoria claramente otorga a los concebidos los mismos derechos que a los nacidos.

De igual manera, carece de razón el Ministro Franco González Salas al sostener que el artículo tercero transitorio referido, conforme al acotamiento que hizo el legislador federal ordinario, no tuvo alcances universales ni absolutos, pues se limitó a una determinada clase de sujetos normativos, para ciertos efectos y por un tiempo específico.

Lo anterior, en primer término, porque se está realizando la interpretación de normas constitucionales a partir de la legislación secundaria, como lo es la Ley de Nacionalidad, en contravención al criterio plenario contenido en la tesis LVII/2006 citada con anterioridad. En segundo término, porque si bien la reforma constitucional de que se trata fue en materia de nacionalidad, revela la clara intención del Constituyente de proteger al *nasciturus* sin distinción alguna con los nacidos ni en etapas gestacionales, esto es,

desde la concepción, otorgándole derechos en los mismos términos que a los nacidos.

Por otra parte, debe destacarse que además de la Constitución, también los diversos instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la vida de todo ser humano consideran a éste como titular de ese derecho, sin hacer distinción alguna, por lo que el *nasciturus* es de igual forma titular del derecho.

Efectivamente, la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 1o. y 2o., punto 1, en relación con el preámbulo, hace al niño titular de los diversos derechos a que se refiere, entre ellos, el de la vida, y entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción hasta la edad de dieciocho años, salvo que antes haya alcanzado la mayoría de edad en virtud de la ley que le sea aplicable.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el punto 1 de su artículo 6o., considera como titular del derecho a la vida tanto al nacido como al concebido al prescribir que nadie pueda ser privado de ella arbitrariamente, sin hacer ninguna distinción.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisa en el punto 2 de su artículo 1o. que por persona se entiende a todo ser humano, y en su artículo 4o., punto 1, establece que la vida de toda persona se protegerá por la ley, en general, a partir de la concepción, considerando así al *nasciturus* como persona titular del derecho a la vida.

Establecido que tanto constitucionalmente como en los tratados internacionales el producto de la concepción tiene

el carácter de persona titular del derecho a la vida, cabe destacar que así lo ha entendido el legislador ordinario, como se advierte de algunas disposiciones, entre ellas, las que a continuación se mencionan.

El artículo 22 de los Códigos Civiles Federal y del Distrito Federal, inicialmente disponen que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero agregan que 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 propio código.

Conforme a lo anterior y aunque sea para determinados efectos, la legislación civil otorga al concebido el carácter de persona al tenerlo como nacido y hacerlo titular de derechos y obligaciones, como ocurre al establecer los artículos 1314 y 2357 del Código Civil Federal, que pueden ser designados herederos o donatarios.

La Ley General de Salud señala en sus artículos 320, 323, fracción I y 326, fracción II, lo siguiente:

"Artículo 320. Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente título."

"Artículo 323. Se requerirá el consentimiento expreso:

"I. Para la donación de órganos y tejidos en vida, y ..."

"Artículo 326. El consentimiento tendrá las siguientes restricciones respecto de las personas que a continuación se indican:

"...

"II. El expreso otorgado por una mujer embarazada sólo será admisible si el receptor estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción."

Conforme a los anteriores preceptos transcritos, toda persona puede disponer de su cuerpo y donarlo total o parcialmente, para los fines y con los requisitos establecidos en la propia Ley, entre ellos, el consentimiento expreso tratándose de donación de órganos y tejidos en vida; previéndose que en el caso de este tipo de consentimiento otorgado por una mujer embarazada, sólo será admisible si el receptor estuviere en peligro de muerte y siempre y cuando la donación no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción. Es decir, la admisión del consentimiento otorgado por una mujer embarazada para donar parte de su cuerpo está sujeto a requisitos especiales, a saber: a) que el receptor se encuentre en peligro de muerte; b) que no exista riesgo para la salud de la madre; y c) que no exista riesgo para la salud del producto de la concepción. El último requisito aludido revela que la vida humana se protege desde el momento de la concepción, pues de lo contrario sólo se hubieran establecido como condiciones las precisadas en los incisos a) y b).

Es claro que la Ley General de Salud no autoriza que se lleven a cabo actos que puedan implicar un riesgo para el

producto de la concepción, ni siquiera actos que se consideran personalísimos, como la donación de partes del cuerpo de la madre. Si una mujer embarazada no puede disponer libremente de su cuerpo —porque tal disposición está limitada por razones de conservación de salud de la madre y del producto de la concepción—, por mayoría de razón no puede disponer de la vida de éste, sin distinción alguna en cuanto al periodo gestacional en que se encuentre, por lo que es claro que la Ley General de Salud, siguiendo el criterio constitucional, da protección al *nasciturus* desde la concepción.

Importa resaltar que la Ley General de Salud fue expedida por el Congreso de la Unión en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 4o., párrafo tercero, constitucional, por lo que sus disposiciones deben ser observadas por las de carácter estatal cuando aborden la misma materia o se relacionen, interfieran o tengan algún punto de intersección con la misma, al tener aquélla el carácter de general, conforme a la tesis del Tribunal en Pleno intitulada: "LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL."

En el engrose plenario se señala que este precedente no es aplicable en el caso, pero tal determinación sólo se hizo en cuanto a la definición de embarazo porque ésta no se contenía en dicha ley, sino en un reglamento federal delimitado a la materia específica de investigación de la salud. Sin embargo, en los aspectos que la propia Ley General de Salud define, como lo es la protección al *nasciturus* en todo el embarazo sin distinción alguna, sus disposiciones deben ser observadas por las de carácter estatal cuando aborden la misma materia o se relacionen, interfieran o tengan algún punto de intersección con la misma, al tener aquélla el carácter de general, resultando plenamente aplicable el precedente plenario.

Consecuentemente, es claro que tanto la Constitución como los tratados internacionales y la legislación secundaria protegen al producto de la concepción sin distinción alguna por edad gestacional.

Por otro lado, los Ministros que formulan los votos concurrentes en análisis sostienen que el derecho a la vida o la protección a la vida del producto de la concepción no es de carácter absoluto o ilimitado.

Los Ministros Silva Meza, Sánchez Cordero y Valls Hernández afirman que los derechos fundamentales tienen la misma jerarquía y no son absolutos, por lo que son susceptibles de ser balanceados con otros derechos. La misma postura sostiene el Ministro Gudiño Pelayo, quien afirma que en la Constitución no pueden preverse derechos absolutos, porque la propia naturaleza del régimen constitucional exige conciliar una serie de valores que no necesariamente son compatibles, así como el Ministro Franco González Salas, que añade que en la Constitución hay, al menos, una restricción expresa, que es la contenida en el artículo 10 constitucional, que prevé la figura de la legítima defensa.

Las anteriores posturas confunden la existencia de límites constitucionales a un derecho fundamental o a un valor protegido por la Constitución conforme al criterio del Ministro Gudiño Pelayo, con la posibilidad de ponderación de conductas que son las que en realidad chocan entre sí, como con anterioridad se analizó en el apartado III del presente voto.

En efecto, partiendo de que los derechos fundamentales protegen valores esenciales para el hombre y su desarrollo pleno

y digno, es claro que entre ellos no puede existir conflicto. Lo que choca entre sí son los hechos, las conductas de las personas que intentan ampararse en una apariencia de derecho, correspondiendo ya sea al legislador o al Juez, de acuerdo con sus facultades, delimitar la conducta que se sustenta en un derecho auténtico o en una apariencia de derecho. Tratándose del legislador, al regular en las normas que emita las diversas conductas, deberá buscar la convivencia armónica atendiendo a la teleología y naturaleza de los derechos y, en el caso de derechos fundamentales, sujetarse a los límites que el Constituyente haya previsto para los derechos.

En el caso del delito de aborto, el legislador debe atender a que el derecho a la vida, por su propia naturaleza, no tiene límites, pues a nadie se le condiciona ni limita su existencia; se es sin condición alguna y nadie tiene derecho a impedir que alguien sea, que alguien exista. En cambio, los derechos de la mujer de autodeterminación de su cuerpo, de libertad sexual y reproductiva y de desarrollo de un plan de vida en relación con la maternidad sí encuentran en la Constitución límites para su ejercicio, pues prevé el derecho de toda persona "a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos", por lo que no se trata de derechos que puedan ser ejercidos arbitrariamente.

Consecuentemente, atendiendo a la propia naturaleza de los derechos, puede arribarse a la conclusión de que la conducta de la mujer en el aborto pretende fundarse sólo en supuestos derechos de la mujer a su libertad sexual y reproductiva, al desarrollo de un plan de vida y a la autodeterminación de su cuerpo, pero que no son derechos auténticos en tanto el límite del ejercicio responsable de la sexualidad le impone el respeto de la vida del ser en gestación.

Así, en el aborto no se está en realidad ante un conflicto de derechos sino ante un conflicto en la conducta de la mujer que pretende sustentarse en supuestos derechos para hacerlos prevalecer sobre el derecho auténtico de la vida del *nasciturus*, por lo que al regularse tal conducta por el legislador necesariamente debe privilegiarse este último derecho, no por razón de jerarquía, sino porque en la conducta en análisis es el que constituye el derecho auténtico frente a derechos supuestos de la mujer, atendiendo a la naturaleza misma de estos derechos y a la configuración que de los mismos hizo el Constituyente.

Bajo este contexto se afirma que el derecho a la vida no tiene límite alguno, debiendo advertirse que el derecho a la legítima defensa que deriva del artículo 10 constitucional, como se analizó con anterioridad, no constituye un límite propio del derecho a la vida, en los términos expresados por el Ministro Franco González Salas.

En efecto, el artículo 10 constitucional prevé el derecho de los gobernados a poseer armas para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley general y de las reservadas para el Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional, así como el de portar armas previa autorización que se sujetará a los casos, condiciones, requisitos y lugares que regule la ley respectiva. Por su parte, el artículo 29, fracción IV, del Código Penal para el Distrito Federal, que invoca el Ministro Franco González Salas, dispone:

"Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

" ...

"IV. (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

"Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión. ..."

La legítima defensa derivada del derecho que consagra el artículo 10 constitucional, contempla la hipótesis de una agresión real, actual, inminente y sin derecho en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos.

Es claro que la citada hipótesis de exclusión del delito no implica un límite propio y específico al ejercicio y titularidad del derecho a la vida, pues no otorgan el derecho a matar o a disponer de la vida de individuo alguno sino un derecho o facultad de defensa que pueda llevar, como consecuencia, a la privación de la vida del agresor.

Consecuentemente, no tienen razón los Ministros de la mayoría al sostener que no existe mandato constitucional para el legislador de penalizar el aborto en las doce primeras semanas de embarazo, en virtud de que éste debe proteger los bienes esenciales de la sociedad, como es la vida, sin prever restricciones o limitaciones a este derecho al no haber sido consignadas por el Constituyente, en términos de lo dispuesto en su artículo 1o.

En este sentido, cabe resaltar la incongruencia de los Ministros que reconocen la protección que nuestra Constitución brinda al producto de la concepción, pero sostienen que ello no se traduce en que necesaria e indefectiblemente sea un bien jurídico penalmente relevante en cualquier etapa de su desarrollo intrauterino, pues esto implica aceptar la posibilidad de establecer diferenciaciones en la protección penal a un bien constitucionalmente relevante en razón de edad gestacional, en contravención directa a lo establecido por el artículo 1o. constitucional, tanto en la imposibilidad del legislador ordinario de imponer límites no establecidos expresamente en la Constitución, como en la prohibición de discriminar por razón de edad.

¿Por qué razón resultaría penalmente relevante la vida del concebido a las trece semanas de gestación y no a las doce? ¿Podría el legislador prever la tipificación del delito de aborto a partir de los ocho meses y medio de embarazo? ¿Cuál sería el criterio para determinar a partir de cuándo se convierte en penalmente relevante la vida del embrión?

Si es penalmente relevante proteger la vida del concebido, lo debe ser sin distinción alguna, pues cualquiera que se haga

al respecto será arbitraria y es claro que si la Constitución no distingue no es dable al legislador distinguir, máxime ante la prohibición expresa de discriminar por razón de edad.

El Ministro Góngora Pimentel sostiene que el embrión es un bien jurídico protegido por las disposiciones impugnadas, salvo cuando la mujer decide interrumpir su embarazo. ¿Es esto realmente una protección legal? ¿La protección penal de un bien jurídico puede quedar a la voluntad de un sujeto que no es titular del mismo? ¿Cuál es la protección legal del concebido menor de doce semanas cuando su madre decide abortarlo o en los términos de los artículos debatidos "interrumpir el embarazo"?

El Ministro Gudiño Pelayo sostiene que la Constitución sólo contiene como valores o principios los que en la Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete se denominaron como derechos naturales del hombre y reglas específicas de limitación de la actividad estatal para salvaguardar tales derechos, por lo que si dentro de esas reglas no se contiene un mandato expreso al legislador para penalizar determinadas conductas, queda dentro de sus facultades la decisión relativa.

Al respecto, cabe añadir lo que con anterioridad se contestó en relación con tal postura, que constituye una interpretación inversa a lo expresamente ordenado en el artículo 1o., párrafo primero, de la Constitución, en el sentido de que las garantías que otorga "no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece", unido a lo que señaló la comisión dictaminadora del proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza

en la octava sesión ordinaria del Congreso Constituyente, celebrada el once de diciembre de mil novecientos dieciséis, en el sentido de que el artículo 1o. contiene dos principios capitales: el primero, consistente en que la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República y, el segundo, relativo a la obligación de no restringir ni modificar la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución. Esto es, el artículo 1o. constitucional impone a la autoridad estatal no sólo una obligación de respeto a los derechos fundamentales en los términos expresamente previstos en la Constitución, esto es, sujeto a los límites o restricciones expresamente establecidos, sin poder prever otros, sino además, la obligación de actuar en el ejercicio de sus funciones garantizando el goce efectivo de los derechos naturales del ser humano.

La postura del Ministro Gudiño Pelayo es inversa a lo anterior, porque supone que la autoridad sólo está obligada a actuar ante regla expresa del Constituyente.

Por tanto, el legislador ordinario sí tiene obligación constitucional de realizar su labor legislativa garantizando el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República, lo que se traduce en la obligación de penalizar aquellas conductas que atenten contra tales derechos esenciales del hombre, como lo es la vida.

En atención a ello, ante el deber del Estado de actuar para garantizar el pleno goce de los derechos naturales del ser humano, resulta también inadmisibles lo sostenido por la Ministra Luna Ramos respecto a la inoperancia de los conceptos

de invalidez por constituir, en su concepto, cuestiones de mera legalidad y no de constitucionalidad, dada la ausencia de norma constitucional que obligue al legislador ordinario a penalizar el aborto por tratarse de conductas de particulares que no violan garantías individuales, pues éstas sólo operan frente a la autoridad. Como se señaló, existe norma constitucional expresa que impone el deber a las autoridades de realizar sus funciones garantizando los derechos esenciales del hombre, como es la vida, por lo que no se trata de cuestiones de mera legalidad.

Como se destacó con anterioridad, la Ministra Luna Ramos sostiene que la posibilidad de interrumpir el embarazo hasta la décima segunda semana de gestación, que deriva de los preceptos que se impugnaron en las acciones de inconstitucionalidad acumuladas, no genera un problema de constitucionalidad en atención a que la Ley Fundamental no establece tipos penales, por lo que el legislador goza de total libertad para determinar si los fija o no. Afirma que, en el caso, el legislador consideró que debía establecer el tipo penal del delito de aborto en los términos en que lo hizo, y aquél está dirigido a regular la conducta de los particulares y no de las autoridades. Luego, dado que la Constitución no regula conducta de particulares es claro que no puede generarse un problema de constitucionalidad.

El anterior argumento, se insiste, resulta jurídicamente inaceptable. Es inexacto que la Constitución no regule la conducta de los particulares, pues basta hacer un somero examen de su texto para concluir que en varios preceptos les impone a éstos diversas obligaciones. Así, por ejemplo, el artículo 123 constitucional de manera expresa les impone a los patrones

(particulares), entre otras, la obligación de mantener en los centros de trabajo condiciones de seguridad e higiene; el artículo 17 de la Constitución impone a todos los particulares la prohibición de hacerse justicia por sí mismos y el diverso artículo 28 les impide llevar a cabo prácticas monopólicas.

Por otra parte, tampoco es verdad que los preceptos impugnados únicamente regulen conductas de particulares por lo que no pueda generarse un problema de constitucionalidad, pues es claro que el nuevo tipo penal permite que las mujeres acudan a los órganos de gobierno competentes a efecto de interrumpir su embarazo siempre que éste no rebase las doce semanas de gestación contadas a partir de la implantación del embrión en el endometrio. Dicha interrupción no involucra únicamente a particulares, al contrario, se trata de una práctica que regula el Gobierno del Distrito Federal, pues no debe pasar inadvertido que en las acciones de inconstitucionalidad acumuladas también se impugnó, entre otros, el artículo 16 Bis 6 de la Ley de Salud para el Distrito Federal, que en lo conducente dispone:

"Artículo 16 Bis 6. ... Las instituciones de salud del gobierno del Distrito Federal atenderán las solicitudes de interrupción del embarazo a las mujeres solicitantes aun cuando cuenten con algún otro servicio de salud público o privado."

Como se ve, es el Estado —a través de las instituciones de gobierno del Distrito Federal— el que está obligado a atender las solicitudes de interrupciones de embarazos, esto es, aquéllas deben actuar positivamente en la prestación de un servicio que se denominó de salud y que consiste en practicar tales interrupciones. Así, es claro que las normas impug-

nadas no únicamente involucran a los particulares, sino que comprenden también a las autoridades. Ahora bien, si como se vio, la vida es un valor constitucionalmente protegido y la consecuencia de las normas impugnadas es que se anule dicho valor, es claro que para determinar si éstas son o no constitucionales necesariamente deben confrontarse con el Texto Constitucional. Sostener lo contrario, es decir, que tales normas no generan un problema de constitucionalidad, conduciría al absurdo de considerar que todas las normas que establecen tipos penales están fuera del control abstracto de la constitucionalidad, con lo que los Poderes Legislativos podrían establecer tipos penales que infringieran claramente garantías constitucionales sin tener que someterse a un examen de regularidad constitucional, lo que es contrario a la teleología del artículo 105 de la Constitución.

Consecuentemente, es claro que sí existe obligación constitucional para el legislador ordinario de penalizar las conductas que atenten contra los valores esenciales de la sociedad, concretamente el derecho natural a la vida del *nasciturus*, y que al encontrarse impedido para establecer una limitación a este derecho, son inconstitucionales las normas emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal que desprotegen al producto de la concepción en las primeras doce semanas de embarazo.

Lo anterior no significa desconocer los derechos de la mujer en los términos señalados por los Ministros de la mayoría, los que fueron ampliamente analizados en el proyecto presentado por el Ministro instructor, en el que también se examinaron las diversas razones argüidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en la ponderación que realizó de los bienes

jurídicos en conflicto, y se desestimaron con base en los argumentos ahí expuestos, a los que se remite en obvio de repeticiones al formar parte del presente voto dicho proyecto.

Resta añadir a ello lo improcedente de las siguientes afirmaciones contenidas en los votos concurrentes:

1. La penalización del aborto genera un manifiesto estado de desigualdad entre los varones y las mujeres, porque no pueden existir sanciones que deriven de diferencias biológicas, lo que obliga a evaluar el asunto desde la perspectiva de género.

Sin desconocer que la problemática relativa a la penalización o despenalización del aborto exige analizarse bajo la óptica de una perspectiva de género, debe resaltarse que la protección al *nasciturus* desde la concepción responde a la exigencia constitucional de proteger la vida humana, sin posibilidad de restricción o limitación alguna, como ha quedado ampliamente analizado.

Es inexacto que la penalización del aborto genere un estado de desigualdad entre hombres y mujeres y que se traduzca en el establecimiento de sanciones derivadas de las diferencias biológicas entre unos y otras. La sanción penal no se establece en virtud de tratarse de una mujer o de un varón, pues también será sancionado el varón que ayude a la interrupción del embarazo. Si bien por las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, es ésta la que resulta afectada en su cuerpo con motivo de un embarazo, ello responde a una situación de la naturaleza que el legislador no puede modificar.

El principio de igualdad entre el hombre y la mujer ante la ley contemplado en el artículo 4o. constitucional exige al legislador tanto el no establecer distinciones injustificadas por razón de género como el contemplar las distinciones que exija la diferente realidad biológica entre uno y otro, precisamente para reducir las consecuencias que esa realidad trae aparejada en la vida familiar, social, laboral, cultural y política, lo que fue expresamente reconocido durante el proceso de reforma constitucional que culminó con el reconocimiento concreto del derecho de igualdad de género, al razonarse que "la única diferencia que puede establecerse válidamente entre los derechos de la mujer y del varón, será aquella que se derive de la protección social a la maternidad, preservando la salud de la mujer y del producto en los periodos de gestación y la lactancia."

La despenalización del aborto no implica otorgar un trato de igualdad de género, sino desconocer la realidad biológica de unión durante el periodo gestacional entre la madre y el hijo en detrimento de este último al colocarlo en situación de total desprotección.

La despenalización del aborto no constituye una medida adecuada, proporcional y razonable para lograr la igualdad de la mujer y su participación en todos los ámbitos de la vida nacional; por el contrario, desconoce el mandato constitucional de protección a la vida humana desde la concepción, además de resultar contraria al artículo 4o. de la Constitución que obliga al legislador a proteger la organización y desarrollo de la familia, al permitir la destrucción de uno de sus miembros, como lo es el ser en formación.

2. Existe duda razonable sobre el estatus del embrión y del feto y, en cambio, es incontrovertible que la mujer es una persona con derechos consagrados de manera expresa en la Constitución, por lo que la penalización del aborto la coloca en una situación de vulnerabilidad, en la que es víctima al afectarse su salud y su autonomía.

Como ha quedado analizado, el hecho de que el status jurídico del embrión en cuanto a la titularidad o no de derechos y a su personalidad sea controvertido, no significa que no se trate de una vida humana en gestación que está constitucionalmente protegida, como la mayoría de Ministros lo ha reconocido, aunque incongruentemente establezcan distinciones por edad gestacional no obstante que la Constitución no establece restricciones ni limitaciones a su protección y expresamente prohíbe la discriminación por razón de edad, por lo que resulta inadmisibile hacer prevalecer los derechos de la mujer sobre la vida del *nasciturus* producto de una sexualidad libremente ejercida.

3. El embarazo forzado, en algunos casos, implica una forma de esclavitud, porque impone a la mujer un periodo de gestación en contra de su voluntad, con implicaciones para el resto de su vida.

En relación a lo anterior, debe resaltarse, en primer término, que no se está ante el supuesto de embarazos forzados sino, como se señaló, producto de relaciones sexuales libremente ejercidas y, en segundo término, que si bien la continuación de un embarazo no deseado afecta a la mujer durante ese periodo, ello es consecuencia de un acto por ella realizado respecto del ejercicio de una sexualidad que

en términos del artículo 4o. constitucional debe ser responsable, lo que significa afrontar las consecuencias a que el ejercicio de tal libertad dé lugar y que el aborto contradice frontalmente al implicar la liberación de tales consecuencias, además de que el embarazo constituye una afectación temporal al cuerpo de la mujer e, inclusive, su plan de vida puede también verse alterado sólo temporalmente dado que existen alternativas a su alcance como sería, por ejemplo, la adopción, por lo que ello de manera alguna puede justificar la privación de la vida del ser en gestación que nulifica en forma absoluta su derecho a existir.

4. La interrupción legal del embarazo no cumple con el principio de progresividad que obliga al Estado a mejorar la situación en el goce y ejercicio de los derechos humanos y prohíbe reducir sus niveles de protección vigentes o derogar los existentes.

La progresividad que se aduce atiende a una visión unilateral de los derechos de la mujer y a una visión contraria de los términos en que tales derechos se encuentran consagrados en la Constitución. Esta postura implica también regresividad respecto de los derechos del embrión. ¿Cuál sería lo postura progresiva en relación al derecho a la vida del ser en gestación?

5. La medida que obliga a la culminación del embarazo bajo la amenaza de la penalización de su interrupción no constituye un medio idóneo para proteger el derecho a nacer del producto de la concepción, porque de cualquier forma las mujeres que no quieran estar embarazadas se someterán a

un aborto, pero en condiciones riesgosas para su vida y su salud, por lo que la penalización es totalmente ineficaz.

La realidad de la comisión de delitos no puede llevar a eliminar la tipificación de éstos, máxime tratándose de valores esenciales de la sociedad como es la vida. Cabe preguntarse si ante el hecho irrefutable de la existencia de conductas que atentan contra la vida e integridad corporal de las personas o su libertad, ¿deben despenalizarse el homicidio, las lesiones, el secuestro, etcétera? ¿La represión por la vía penal no es apta para desincentivar estas conductas que atentan contra los derechos naturales del ser humano?

6. Si el Estado no ha cumplido con su obligación constitucional de educar en materia sexual y reproductiva y ha sido insuficiente en garantizar un acceso pleno a los métodos anti-conceptivos, además de que no existe un método cien por ciento seguro, no puede reprocharse a la sociedad un ejercicio irresponsable de la libertad reproductiva mediante la penalización absoluta.

Sin desconocerse que la labor del Estado en la materia de educación sexual y reproductiva no es aún suficiente para garantizar un acceso pleno a los métodos anticonceptivos, debe tomarse en cuenta, por una parte, que el artículo 4o. constitucional establece también una obligación para los gobernados de ejercer su sexualidad y maternidad de manera libre, informada y responsable, por lo que no constituye sólo obligación estatal el velar por la educación en la materia, sino que se trata de una responsabilidad compartida; por otra parte, que las normas impugnadas se emiten para regir en el territorio del Distrito Federal, que constituye una

de las entidades cuya población está mejor informada y, finalmente, que si se parte de que ningún método anticonceptivo es cien por ciento seguro, como se aduce en el argumento que se contesta, nunca podrá el Estado reprochar en la vía penal el ejercicio irresponsable de la libertad reproductiva, lo que torna nugatoria la condicionante a que se sujeta el ejercicio de esa libertad.

Además, este argumento alude a la imposibilidad de una penalización "absoluta", lo que se entiende referido a hacer diferenciaciones por razón de edad gestacional, en contravención al artículo 1o. de la Constitución, como ha quedado ampliamente analizado.

7. Las posturas morales o absolutistas plantean el problema del aborto a la luz de un solo valor que no admite excepciones: la vida del producto de la concepción, desconociéndose los derechos de la mujer y las consecuencias no queridas que produce la penalización.

La penalización del aborto, sin diferenciación arbitraria de etapas gestacionales, no constituye una postura moral o absolutista que atienda sólo a la vida del producto de la concepción y desconozca los derechos de la mujer, sino una postura jurídica derivada de la protección que la Constitución otorga a la vida en gestación y que obliga al legislador ordinario a no desampararla. Esto no significa hacer prevalecer un solo valor sin excepciones, pues como también ha quedado señalado, el legislador se encuentra en posibilidad de establecer excluyentes de responsabilidad o excusas absolutorias para casos especiales, así como de prever sanciones diversas y no necesariamente una privativa de la libertad.

8. La despenalización del aborto hasta las doce semanas de gestación y el servicio público que brinda la interrupción del embarazo constituye un derecho de salud pública, además de que trasciende a los diferentes sectores de la población y beneficia a sectores vulnerables.

Es inadmisibles otorgar la naturaleza de derecho a una conducta violatoria de la vida del producto de la concepción protegido por la Constitución y que en tal conducta, además, participe el Estado, el cual conforme al artículo 1o. de la Ley Fundamental tiene la obligación de salvaguardar las garantías individuales.

El derecho a la salud supone la protección de la salud de la mujer embarazada y del ser en gestación, no así el brindar servicios de interrupción del embarazo, pues es un hecho científicamente comprobado que el embarazo no es una enfermedad, sino parte del proceso biológico de reproducción de la especie humana. Aún más, en el proceso legislativo que dio lugar al decreto impugnado se reconoce el peligro que corre la salud de la madre con la práctica de la interrupción del embarazo, al señalarse que la mortalidad materna con motivo de esa práctica es extremadamente baja en el primer trimestre de la gestación, siendo ésta la razón por la que se opta por hacer la distinción a partir del vencimiento de las doce semanas de embarazo, a pesar de que, con independencia de que el riesgo sea mayor o menor, la interrupción del embarazo constituye un riesgo a la vida y a la salud de la mujer embarazada.

Por tanto, si el embarazo no es una enfermedad y su interrupción pone en riesgo la vida y salud de la madre, es claro

que su licitud atenta contra esos derechos fundamentales de la mujer.

El hecho social consistente en la práctica de abortos clandestinos no puede tampoco dar lugar a un derecho social a interrumpir el aborto para evitar los riesgos a la salud que implica la práctica de abortos inseguros, especialmente de las mujeres económicamente desfavorecidas, pues si bien este hecho no se desconoce, no puede justificar la afectación a la vida del producto de la concepción constitucionalmente protegido. En todo caso, sería el Constituyente quien tendría que establecer estas excepciones al derecho a la vida del ser en formación.

A lo anterior debe añadirse que existen otras medidas pertinentes para dar solución a la problemática social del aborto clandestino, sin incurrir en conductas contrarias al orden constitucional. El Estado debe hacer todo lo necesario para evitar la práctica de abortos, lo que supone programas específicos de tipo positivo a fin de que no se cometan hechos considerados socialmente inconvenientes. Por el contrario, la legalización del aborto y su práctica por el Estado provoca que lo estimado indebido pase a considerarse debido y que los programas, en lugar de dirigirse a evitar que se cometan y reiteren esas conductas, promuevan la irresponsabilidad al evitar que se sufran las consecuencias a las que conducen los comportamientos antes prohibidos, fomentándose así una cultura de libertad sexual irresponsable.

La planificación familiar y la educación sexual deben orientarse a fomentar los valores establecidos en nuestra Carta

Magna. Las disposiciones impugnadas lejos de dirigirse a ello, fomentan su contravención.

### **X. Los artículos 144 y 146 del Código Penal para el Distrito Federal violan el principio de certidumbre y exacta aplicación de la ley.**

En relación con este punto, el presente voto de minoría sólo es compartido por los Ministros Aguirre Anguiano y Azuela Güitrón y no por el Ministro Ortiz Mayagoitia.

En el punto I del considerando noveno del engrose plenario, titulado "Violación a los principios de legalidad, certidumbre y exacta aplicación de la ley penal", se sostiene, en esencia, lo siguiente:

a) De un contraste entre el texto anterior y el vigente del artículo 144 se advierte que no ha operado ningún cambio en el bien jurídico tutelado, esto es, el bien jurídico tutelado sigue siendo la vida en gestación, cambiando únicamente las circunstancias o condiciones en que dicho bien se protege.

b) El artículo 144, en relación con el 145, primer párrafo, última parte, establece que el delito de aborto sólo se sancionará cuando se consume. La idea de consumación del aborto corresponde, entonces, a la muerte del producto de la concepción, lo que se apoya en lo dispuesto en el artículo 4o. del propio Código Penal, que prevé el principio de afectación al bien jurídico para la actualización de un delito.

c) El artículo 144 no es en sí mismo un tipo penal, sino que sólo cumple la función de dar contenido cierto a los con-

ceptos de aborto y embarazo, los que constituyen elementos normativos de la valoración jurídica de los tipos penales de: 1) aborto autoinducido (artículo 145, primer párrafo); 2) aborto consentido (segundo párrafo); y 3) aborto forzado (artículo 146).

d) La Primera Sala de la Suprema Corte, al resolver el amparo directo en revisión 866/2007, elaboró un análisis de los componentes que integran el núcleo normativo y los que están fuera de él.

Aplicando tal análisis a las disposiciones impugnadas, se advierte que el artículo 145, en relación con el 144, contemplan la totalidad de los elementos que integran el núcleo de la norma, a saber, carácter, contenido y condición de aplicación, resaltándose que, incluso, resulta innecesario acudir a otra ley a efecto de colmar algún elemento, es decir, no sólo se contemplan todos los elementos que deben formar parte del núcleo normativo, sino también aquellos que no lo son.

En efecto, se describen con precisión las conductas que están prohibidas, así como sus elementos constitutivos: forma de comisión, calidad de sujetos, elementos objetivos, subjetivos y normativos, objeto del delito, bien jurídico, etcétera.

El núcleo de los tipos penales son las conductas que actualizan cada uno de ellos, a saber: 1) que la mujer por sí misma se procure su aborto; 2) que consienta que alguien más se lo realice; y 3) que cualquier persona haga abortar a una mujer en contra de su voluntad.

El artículo 144 establece la condición temporal que actualiza un aborto, no siendo la definición de embarazo el núcleo

de los tipos penales sino sólo uno de sus elementos normativos. El artículo 145 se refiere al instante en que se actualiza el embarazo, que comienza con la implantación en el endometrio. Estos dos momentos constituyen las condiciones normativas para colmar el tipo penal.

e) Por tanto, los artículos impugnados cumplen con el principio de tipicidad, porque describen con claridad los elementos que lo constituyen y actualizan, por lo que no existe vaguedad o ambigüedad que se traduzca en incertidumbre o provoque una inexacta aplicación.

No se comparte la postura de la resolución plenaria, pues como se señaló en el proyecto del Ministro instructor, los artículos 144 y 146 del Código Penal para el Distrito Federal vulneran el principio de exacta aplicación de la ley o de taxatividad penal, consagrado en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, al establecer como núcleo de los tipos de aborto y aborto forzado, una acción que no se corresponde con el bien jurídico tutelado y, por ende, provocar un estado de inseguridad jurídica para los destinatarios de la norma.

Lo anterior, porque al definir el delito de aborto y aborto forzado, las disposiciones legales cuestionadas sólo aluden a la interrupción del embarazo, pero sin relacionar tal interrupción con la muerte del producto de la concepción, lo que ocasiona incertidumbre, pues cualquier interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación actualizaría dicho ilícito, o bien, la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer, entendiendo el embarazo a partir de la implantación del embrión en el endometrio, verbigracia la cesárea.

En el engrose se sostiene que si la normativa exige la consumación del delito de aborto para que éste sea sancionable, la idea de consumación corresponde a la muerte del producto de la concepción, lo que se apoya en lo dispuesto en el artículo 4o. del propio Código Penal para el Distrito Federal, que prevé el principio de afectación al bien jurídico para la actualización de un delito, por lo que no existe incertidumbre alguna por no aludirse a la muerte del producto de la concepción en la tipificación de los delitos de aborto.

Al respecto, debe precisarse que el primer párrafo del artículo 145, al establecer la penalidad aplicable a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, exige la consumación del delito para que proceda la imposición de la sanción. Esa exigencia no se contempla para la procedencia de sancionar a quien practica el aborto a la mujer con su consentimiento o sin él.

En efecto, este precepto, que es el único que alude a la necesidad de que el delito de aborto se haya consumado, dispone:

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

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

Como se advierte del precepto transcrito, la consumación del delito de aborto sólo se exige para la procedencia de la aplicación de la sanción que se prevé para la mujer en los delitos que la resolución mayoritaria identifica como aborto autoinducido y aborto consentido; esto es, la exigencia de la consumación no se presenta respecto del sujeto activo del delito diverso a la mujer embarazada, ni respecto del delito de aborto forzado previsto en el artículo 146.

Por tanto, es inexacto que la idea de consumación en el delito de aborto en los tres tipos que identifica el engrose plenario, pueda ser considerado como la integración del concepto de muerte a la tipificación del delito, pues sólo está referido a la procedencia de la sanción para la mujer embarazada, ya sea en el aborto autoinducido o en el consentido, y no así a la actualización de las hipótesis tipificadas como delitos en los tres tipos referidos.

El artículo 4o. del Código Penal para el Distrito Federal, al que alude la resolución mayoritaria, que prevé el principio de afectación al bien jurídico para la actualización de un delito, lejos de apoyar la postura de esa resolución, confirma la vulneración al principio de taxatividad, porque al tipificarse el aborto sólo como la interrupción del embarazo, el delito no se corresponde, de manera precisa e indubitable, con una acción que cause un daño a la vida en formación, o a la integridad física de la mujer, pues interrumpir un proceso biológico no necesariamente lesiona o pone en peligro los bienes jurídicamente tutelados en el título primero del Código Penal para el Distrito Federal (vida e integridad corporal), desconociéndose con ello la obligación constitucional del legislador de construir los tipos penales lo más claros y exactos posibles,

para garantizar la seguridad jurídica de los justiciables y evitar la arbitrariedad de las autoridades en la aplicación de la ley penal.

Dicho de otra manera, la construcción legislativa del tipo de aborto no puede desvincularse del bien jurídico tutelado, esto es, de la vida en formación o la integridad física de la mujer y, por ende, sólo puede ser entendida como aquella acción que provoca la muerte del producto de la concepción, motivo por el cual, el legislador, en acatamiento estricto al principio de taxatividad penal y para evitar la inseguridad jurídica y la discrecionalidad en la aplicación de la ley penal, estaba obligado a escoger los términos que con mayor precisión y exactitud describan la conducta susceptible de reproche penal.

Esta inseguridad se advierte claramente con el hecho de que una cesárea quedaría comprendida dentro de la definición legal del delito pues constituye una interrupción del embarazo, por lo que todos los médicos que practiquen cesáreas podrían ser probables responsables del delito de aborto.

La resolución plenaria se basa en un precedente sustentado por la Primera Sala, que cita como el amparo directo en revisión 866/2007. Tal cita es incorrecta pues el amparo directo en revisión que examina los componentes de la norma a la luz del tratadista Georg Henrik von Wright, es el identificado con el número 886/2007.

Conforme a dicho precedente, el núcleo normativo se integra por el carácter de la norma, su contenido y las condiciones de su aplicación. El carácter de la norma puede ser

obligatorio, permisivo o prohibitivo (ubicándose el delito de aborto en este último). El contenido, tratándose de las normas de carácter prohibitivo, es aquella acción u omisión que se prohíbe. Las condiciones de aplicación son el conjunto de circunstancias que deben darse para que la norma deba ser cumplida.

Se sostiene en el proyecto que no se viola el principio de taxatividad, porque en los tres tipos de delito de aborto se contienen las conductas del núcleo de dichos tipos, a saber: 1) que la mujer por sí misma se procure su aborto; 2) que consienta que alguien más se lo realice; y 3) que cualquier persona haga abortar a una mujer en contra de su voluntad. Las definiciones de aborto y embarazo contenidas en el artículo 144 sólo cumplen la función de dar contenido cierto a esos conceptos.

Si conforme al precedente de la Primera Sala referido, el contenido del núcleo de la norma penal es la acción que se prohíbe y si, como se reconoce en el proyecto, esa acción la constituye el aborto en los tres tipos, pues la diferenciación en cada uno de ellos no es la acción sino la persona que lo realiza y el consentimiento de la mujer embarazada, es claro que la definición de aborto contenida en el artículo 144 es la conducta que integra el contenido de la norma del tipo penal.

Consecuentemente, si en la definición de aborto, que constituye la conducta de los tipos penales, no se comprende la muerte del producto de la concepción, es claro que incurre en ambigüedad y provoca incertidumbre conforme al propio precedente de la Primera Sala en que se apoya la resolución

plenaria, porque, contrariamente a lo ahí sustentado, no se contienen con claridad todos los elementos que integran el núcleo normativo, específicamente, la conducta reprochada penalmente, al no corresponder al bien jurídico protegido.

En el voto concurrente del Ministro Gudiño Pelayo (único que formuló consideraciones en relación al principio de taxatividad), a diferencia de la resolución mayoritaria del Pleno y coincidiendo con el proyecto que presentó el Ministro instructor, se sostiene que la Asamblea Legislativa creó dos tipos de aborto: 1) el aborto consentido o voluntario; y 2) el aborto forzado o sufrido.

Afirma que en el primero el bien jurídico tutelado es la vida del ser en formación y no así el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo y fecundidad, y en el segundo es, en todo momento, el derecho de la mujer a la maternidad, pero si el delito se comete después de la doceava semana de gestación, también lo es la vida del ser en formación.

Partiendo de estos bienes jurídicos tutelados, afirma que las normas impugnadas no violan el principio de exacta aplicación de la ley penal por omitir incluir la muerte del producto de la concepción en la tipificación de los delitos de aborto, pues ello no puede llevar a considerar incluidas aquellas interrupciones de embarazo que no tengan como resultado la muerte del producto de la concepción, en virtud de que si una interrupción de embarazo no atenta contra los bienes jurídicos protegidos no se actualiza el delito conforme al artículo 4o. del Código Penal para el Distrito Federal.

Lo infundado de tal aseveración se advierte claramente de la afirmación del Ministro Gudiño Pelayo en el sentido de

que el bien jurídico tutelado no siempre lo es la vida del ser en formación, concretamente en el aborto forzado practicado antes de las doce semanas de embarazo, ya que de lo anterior se sigue que la muerte del producto de la concepción no será un resultado exigido para la actualización de este delito, aunque se relacione con el bien jurídico protegido.

Consecuentemente, sí existe violación al principio de taxatividad por la incertidumbre que crea la construcción legislativa del tipo de aborto, al omitir aludir a la muerte del producto de la concepción, como resultado que debe provocar la conducta que tipifica el delito.

No obstante lo anterior, los Ministros que suscribimos el presente voto, incluyendo este último tema, consideramos que la violación al principio de taxatividad no podía llevar a declarar la invalidez de los artículos 144 y 146 impugnados, porque implicaría la supresión del delito mismo, lo que, lejos de restaurar el orden constitucional vulnerado, provocaría la desprotección absoluta de un bien jurídico constitucionalmente protegido; motivo por el cual optamos por realizar una interpretación conforme del texto de los preceptos impugnados, según la cual, la correcta intelección de éstos supone, necesariamente, que la interrupción del embarazo tiene que provocar la muerte del producto de la concepción para que se configure el delito de aborto.

## **XI. Conclusiones.**

De todo lo razonado se concluye lo siguiente:

1) El derecho a la vida está consagrado implícitamente en nuestra Constitución.

2) El producto de la concepción se encuentra expresamente protegido por la Constitución, así como por los tratados internacionales y la Ley General de Salud, que integran junto con ella la Ley Suprema de la Unión.

3) Subsisten las jurisprudencias 13/2002 y 14/2002 del Tribunal en Pleno, pues sus criterios no fueron interrumpidos sino confirmados por la mayoría de los Ministros integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

4) El artículo 1o. constitucional contiene dos principios de salvaguarda de los derechos fundamentales, a saber: 1) la autoridad debe garantizar su goce para todos los habitantes; y 2) las garantías individuales no pueden restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que la propia Constitución establece.

5) Nuestra Constitución no establece límite o restricción alguna al derecho a la vida humana; por tanto, su protección se da desde que ésta inicia, a saber, desde la concepción.

6) El legislador ordinario no puede imponer límites al derecho a la vida.

7) El legislador ordinario está obligado a proteger desde el ámbito penal los bienes jurídicos que son esenciales para la sociedad, entre ellos, la vida humana como derecho natural del ser humano.

8) La tipificación del delito de aborto a partir del vencimiento de la décimo segunda semana de embarazo, computadas éstas a partir de la implantación del embrión en el

endometrio, así como el embarazo definido a partir de tal implantación, en los términos establecidos por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en el artículo 144 del Código Penal para la entidad, así como el 145 al establecer la penalidad sólo para el aborto practicado después de las doce semanas de embarazo, incurren en la desprotección total del producto de la concepción en la primera etapa gestacional referida.

9) Tal desprotección implica violación al derecho a la vida, dado que significa la imposición de un límite o restricción a este derecho fundamental, no previsto por el Constituyente.

10) La referida desprotección también implica violación a los principios de igualdad y no discriminación, al establecerse distinciones en razón de edad gestacional.

11) En el supuesto no admitido de que el legislador ordinario estuviera facultado para ponderar el derecho a la vida del producto de la concepción frente a los derechos de la mujer a la salud, libertad sexual, maternidad, autodeterminación de su cuerpo y al de forjarse un plan de vida propio, tendría que prevalecer el primero. Lo contrario implicaría anular el derecho a la vida del *nasciturus* dando prevalencia a derechos que se afectan sólo temporalmente y que tienen alternativas de solución, máxime que se está ante supuestos de embarazos producto de relaciones sexuales libremente decididas, libertad que el artículo 4o. constitucional condiciona a su ejercicio responsable e informado.

12) La Asamblea Legislativa del Distrito Federal incumple los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la pon-

deración que realiza, así como el de progresividad de los derechos humanos al establecer un límite al derecho a la vida del *nasciturus*.

13) La tipificación del delito de aborto en las normas impugnadas viola el principio de taxatividad al omitir aludir a la muerte del producto de la concepción como resultado que debe provocar la conducta que actualiza el ilícito. No obstante, debe hacerse una interpretación conforme porque la supresión del delito mismo, lejos de restaurar el orden constitucional vulnerado, provocaría la desprotección absoluta de un bien jurídico constitucionalmente protegido.

14) Como consecuencia, debió declararse la invalidez de las porciones normativas de los primeros párrafos de los artículos 144 y 145 del Código Penal para el Distrito Federal, en cuanto precisan el delito de aborto y su penalidad, respectivamente, a partir de la décimo segunda semana de gestación, así como la del segundo párrafo del citado artículo 144, que establece el concepto de embarazo.

## XI. CONCLUSIONES

---

1. Conforme a la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de agosto de 1996, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene, entre otras facultades, legislar en diversas materias como son la penal y de salud.

2. De la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, que se analiza en el presente folleto, se determinó lo siguiente:

a) En el derecho constitucional a la salud hay concurrencia entre la Federación y las entidades federativas; así, la Ley General de Salud distribuye las competencias en materia de salubridad general entre dichos ámbitos, y establece que la atención materno-infantil es competencia de las autoridades locales dentro de sus respectivas jurisdicciones.

- b) La definición de embarazo que establece el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, sólo es aplicable en ese rubro y no respecto a la de salubridad general.
- c) La facultad reglamentaria del Presidente de la República puede ejercerse respecto de los conceptos establecidos en la Ley General de Salud, pero su desarrollo no puede considerarse aplicable a las entidades federativas, pues ellas lo pueden hacer de manera concurrente.
- d) La Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene facultad para legislar en materia penal, por lo que la definición de embarazo ahí establecida debe darse por buena dentro del ámbito de su competencia y para efectos de sancionar el delito de aborto.
- e) Que si bien la vida es una condición necesaria de la existencia de otros derechos, no puede considerársele como más valiosa que cualquiera de éstos, ya que respecto de la Constitución, todos sus preceptos son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás.
- f) No es discriminatorio negar al participante masculino la capacidad para tomar la decisión de que la mujer lleve a cabo el aborto, porque esa decisión tiene consecuencias distintas, permanentes y profundas para ésta respecto al hombre.
- g) No existe obligación constitucional alguna para que el legislador local establezca un régimen especial cuando

quien desea interrumpir el embarazo fuera menor de edad, en virtud de que la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución no son necesariamente los mismos que rigen el ejercicio de todos los derechos, en particular la capacidad civil.

h) Que la reforma impugnada no operó cambio alguno en el bien jurídico tutelado, el cual consiste en la vida en gestación, y que lo único que cambió, en dado caso, son las circunstancias o condiciones en que dicho bien se protege.

i) Que la descripción de los elementos del delito del aborto son claros, por lo que no existe vaguedad o ambigüedad que indique incertidumbre o provoque inexacta aplicación de la ley.

j) La norma impugnada no viola el principio de proporcionalidad de las penas en virtud de que resultan proporcionales en relación con la conducta prohibida y el bien jurídico tutelado.



## **XII. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

*Dr. Juan Luis González Alcántara\**

### **1. DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO**

#### **a) Introducción**

*Dura lex, sed lex* (la ley es dura, pero es la ley), aforismo latino que se remonta al derecho romano antiguo, pero que bien puede ilustrar este momento, en que se ventila —una vez más— el controvertido tema del aborto. Acción considerada un delito y, por consiguiente, penada por el código respectivo. Las leyes son la expresión de los valores fundamentales de la sociedad, por tanto, que se puede sostener que su función es, además de vincular a los ciudadanos, garantizar el orden y el fortalecimiento de la comunidad.

Ahora, conforme a los tiempos y costumbres las leyes son consideradas insuficientes, rígidas o mal interpretadas,

---

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

corresponde a las instituciones legislativas modificarlas o adecuarlas a fin de que, previa aprobación, sean entregadas para su aplicación en el ejercicio judicial. Y así son creadas normas preventivas, sociales, urbanas, etcétera, encaminadas a disminuir el delito proveniente de causas directas o indirectas. Con esa finalidad, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal permite el aborto dentro del periodo de doce semanas de gestación.

El país tiene leyes que prevén casos específicos para las víctimas de violación y su descargo de culpa; así también, el juzgador dictamina el examen y detección de la parte lastimada, en prevención de una secuela aflictiva. Pero ahora la alarma cundió al ser presentada, en un Congreso estatal, una iniciativa de reforma que extrema la severidad de la ley correspondiente, con el objeto de que se castigue el aborto, sin que medie justificación, hasta con sanción penal.

Y han considerado que al provenir del mismo partido que el mandatario nacional, podría extenderse a todo el país tal reforma legislativa que consideran retrógrada y atentatoria a la integridad de la mujer. Y mientras unos pugnan por una ley más severa, otros la desean parcial y benévola; sin embargo, descuidan el castigo que merece, también, quien incurre en la práctica criminal del aborto clandestino, ilegal, con las frecuentes consecuencias fatales.

La liberalidad sin limitantes y la instrucción deficiente de adolescentes y jóvenes, exige prever conductas necias y caprichosas, sin mayor finalidad que la satisfacción de los sentidos. Algunos profesores creen que con recomendar únicamente el uso de preservativos cumplen con la educación sexual

escolar; omiten hablar de ética y valores morales, al igual que del compromiso y la obligación que contraen quienes por tentación, curiosidad o audacia engendran una vida que no están dispuestos a recibir, ni preparados para responsabilizarse de ella, y a la que después intentarán destruir como sea posible.

En todos los centros de enseñanza debe recalcárseles a los y las jóvenes a evitar problemas y consecuencias por actos irresponsables, que a la postre les traerán efectos no deseados, ya que por sobre cualquier alegato, no obstante que la ley despenalice el proceder inicuo de suprimir la vida en el vientre materno, el aborto será siempre y cuando se argumente un asunto que demande reflexión.

En los últimos años, la discusión sobre el aborto ha ido —como ciertos pasajes musicales de particular dramatismo— en *crescendo*. La peculiar evolución de las condiciones socioeconómicas y el relajamiento ético que caracteriza nuestra época, ha determinado que sean cada vez más numerosas las personas que se declaran a favor del mismo y que casi no exista país del mundo en el que no se encuentren en marcha campañas en pro de su legalización.

Son múltiples las razones que se aducen a favor del aborto, desde las de orden eugenésico (evitar el nacimiento de niños con deficiencias físicas o mentales), hasta las de tipo terapéutico (salvar la vida de la madre puesta en grave peligro por el embarazo), las relacionadas con el honor (destruir el fruto de violaciones o relaciones incestuosas), la estabilidad emocional y social (liberar del injusto estigma social a las madres solteras), la higiene (eliminar los graves incon-

venientes de los abortos clandestinos) y el control de la natalidad (contribuir a la reducción del explosivo crecimiento demográfico). De todas ellas, la razón que nos parece más deleznable es la última. Y nótese que hablamos de control natal y no de planificación familiar, porque ésta, a diferencia de aquél, no implica, en exclusiva el aspecto negativo de evitar la procreación de los hijos, sino también aspectos positivos como la determinación de su número, el espaciamiento entre ellos y, en un futuro no muy lejano, la selección de su sexo. Por ello, el aborto puede relacionarse de manera sustancial con el control de la natalidad, y sólo eventualmente con la planificación familiar.

Muchos de los argumentos esgrimidos en apoyo de la total despenalización del aborto revelan esa inmemorial tendencia del hombre a la obtención de la máxima comodidad con el mínimo esfuerzo, que en la cuestión que nos ocupa resulta perjudicial para la dignidad humana y es agravada por la flojera espiritual y la laxitud moral típicas de nuestro tiempo. En lugar de esforzarse por erradicar las causas —sobre todo socioeconómicas y educacionales— que conducen a situaciones desesperadas en las que, con facilidad, se cae en la tentación de justificar el aborto, se recurre al cómodo expediente de destruir esa pequeña vida que de momento se considera nociva o por lo menos estorbosa, y que, además, se encuentra oculta y en un estado de absoluta indefensión física.

Hay que reconocer que algunos argumentos —sobre todo de índole terapéutico— reflejan situaciones en verdad conflictivas que producen perplejidad en la conciencia y merecen el mayor respeto, aunque al final de cuentas se les acepte o se les rechace. Sin embargo, donde se llega al colmo de la

indiferencia moral es en el vergonzoso intento de consagración del aborto como medio de control de la natalidad. Hay muchos caminos a tomar para el logro de ese fin y, aparte, de las distintas apreciaciones éticas de que pueden ser objeto, es posible afirmar, con certeza, que ninguno de ellos es tan aberrante como el aborto, porque es abismal la diferencia que media entre evitar la formación de una nueva vida y destruir una ya existente, por mucho que se encuentre apenas en las primeras etapas de su gestación.

Es por ello que, sin temor de ninguna especie, nos declaramos preocupados por el tema del aborto, sobre todo cuando se le pretende utilizar como medio de control natal; la objeción más fuerte en su contra, en principio, ni siquiera es de carácter religioso, sino ético y se identifica con la maldad intrínseca del homicidio. En materia de aborto se enfrentan creencias y valores, ya que no existe criterio alguno seguro para determinar en qué momento preciso de la gestación el feto adquiere la calidad de ser humano —como lo sostenía el proyecto original de sentencia—, por lo que se le debe considerar como tal, a lo largo de todo el embarazo. De ahí, la importancia de conocer los puntos debatidos, con los que podríamos estar o no de acuerdo y más si tenemos en cuenta la complejidad del tema.

### **b) Argumentos de carácter científico**

Nos encontramos en una época de logros extraordinarios en los campos de la biología molecular y de la embriología humana, que tendrán repercusiones tanto en la práctica médica del futuro como en la legislación por venir.

A través de la embriología humana se explica el desarrollo embrionario, que comienza con la formación de los gametos y termina con la de los órganos y sistemas fundamentales, así como con su maduración.

Desde el punto de vista embriológico, se dice que el desarrollo humano es un proceso continuo que comienza cuando el ovocito (óvulo) de la mujer es fecundado por el espermatozoide masculino. Con la fecundación se inicia la división celular, la migración celular, la muerte celular programada, la diferenciación, el crecimiento y la reordenación de las células; actos que transforman al ovocito fecundado, célula muy especializada y pluripotencial, un cigoto, en un ser humano multicelular. El desarrollo humano no se detiene al nacer, pues luego del nacimiento, el ser humano sigue sufriendo cambios esenciales, como: el crecimiento, desarrollo de los dientes y características sexuales secundarias, etcétera, y al final, los signos correspondientes a la degeneración de los tejidos en la edad avanzada.

Es costumbre dividir el desarrollo humano en las etapas prenatal (antes de nacer) y postnatal (después del nacimiento). El desarrollo prenatal se divide en dos periodos: el embrionario y el fetal; el primero se desenvuelve desde la concepción hasta la octava semana, el segundo, se extiende a partir de la novena semana y hasta el nacimiento. El primer ciclo mencionado se caracteriza por la división celular a partir del cigoto, célula que se forma con la unión entre un ovocito y un espermatozoide durante la fecundación y representa el comienzo del desarrollo de un nuevo ser humano. Este suceso termina cuando aparecen los esbozos, indicios de las estructuras esenciales del ser en desarrollo.

El segundo campo (fetal) se extiende desde la novena semana hasta el nacimiento y en él tiene lugar la diferenciación y el crecimiento de los tejidos y órganos esbozados en el periodo embrionario. Cabe indicar aquí que el doctor Keith I. Moore, en su obra de embriología clínica, afirma que los fetos resultan viables, esto es, que son capaces de sobrevivir fuera del útero, veintidós semanas después de la fecundación, pero que sus posibilidades de supervivencia no son buenas sino hasta que se cumplen algunas semanas más, sin precisar cuántas.

Algunos especialistas sostienen que un ser humano es un individuo de la especie apto para desarrollarse y sobrevivir fuera del seno (útero) materno. De ahí que hay quien afirma que el ser humano, lo es, hasta que nace vivo y viable y que, en caso contrario, se trata de un ser en desarrollo (feto) pero no de un ser humano, ya que no fue capaz de individualizarse y sobrevivir.

Ahora bien, la interrupción prematura del desarrollo prenatal con la consiguiente expulsión del embrión o feto, antes de que resulte viable (capacidad para vivir fuera del útero), se denomina aborto.

Existen varios tipos de aborto: 1) Espontáneo, el que sucede de forma natural, con frecuencia durante las doce primeras semanas de gestación; 2) Habitual, expulsión espontánea de un embrión o feto muerto, o no viable, durante tres o más embarazos consecutivos; 3) Inducido, expulsión del embrión o feto por voluntad propia provocada con medicamentos o con medios mecánicos, antes de las veinte semanas, es decir, antes de que el feto sea viable; 4) Completo, aquel en el que

todo el fruto de la concepción es expulsado fuera del útero, y 5) Retenido, consiste en la conservación del producto de la concepción dentro del útero después de la muerte del embrión o del feto.

Durante las tres primeras semanas del desarrollo embrionario se producen la mayoría de los abortos espontáneos tempranos, casi en 45% por anomalías cromosómicas en origen; sin esta selección natural, la incidencia de niños nacidos con alteraciones congénitas sería mucho mayor.

Se debe concluir que los legisladores deben, a través de las leyes y en representación del Estado, con independencia de tendencias religiosas, ideológicas, económicas, racistas o de cualquier otro tipo, solucionar los problemas de la población que lo integra y por la que existe, no obstante que se trate de un grupo minoritario, máxime que optar o no por el aborto sea decisión de cada mujer. En la especie, se trata de solucionar una cuestión real de salud que incide en la morbilidad y mortalidad de un importante número de mujeres que, con penalización o no, se realizan el aborto clandestinamente, bajo condiciones higiénicas deplorables; este hecho aumenta, en forma grave, la incidencia de muertes prematuras, viéndose afectadas, en especial, las mujeres de clase social baja, quienes no cuentan con los recursos económicos suficientes para conseguir atención digna, o para recurrir a países en los que está permitido el aborto.

Asimismo, no debe pasar inadvertido, y aprovechamos este apartado para proponerlo, que a fin de que los seres humanos, que integran una población, sean lo más aptos posibles tanto física como mentalmente, y gocen de una vida

digna en la sociedad a la que pertenecen, debe realizarse en todas aquellas mujeres embarazadas que tengan antecedentes familiares de malformaciones congénitas y en aquellas que rebasen los treinta y cinco años de edad, aunque no tengan dichos antecedentes, una punción para extraer líquido amniótico en el primer trimestre del embarazo, a través de la técnica denominada "amniocentesis transabdominal", que se encuentra casi exenta de riesgos sobre todo si la ejecuta un médico experimentado, guiado por la ecografía para delimitar la posición del feto y de la placenta, a fin de que, al analizar las células descamadas del producto de la concepción, se determine si éste tiene alguna malformación congénita y se produzca un aborto inducido con toda la protección de la vida para la mujer preñada.

La amniocentesis debe realizarse, sin duda, cuando la madre tiene más de treinta y cinco años para evitar: parto previo de un niño trisómico (síndrome de Down); anomalía cromosómica de alguno de los padres (traslocación cromosómica); madre portadora de trastornos recesivos ligados al cromosoma X (hemofilia); antecedentes familiares de defectos del tubo neural (espina bífida), o padres portadores de errores congénitos del metabolismo.

Es importante hacer notar que las propuestas anteriores tienen importantes repercusiones sociales, ya que con la selección natural del propio ser humano y la selección médica, al utilizar los avances tecnológicos con plena seguridad para la mujer, se evitará, de forma segura, que se desarrollen seres humanos con anomalías congénitas, que en vez de tener una vida digna sufran y hagan sufrir a sus parientes, con un alto costo para la sociedad y para la propia familia.

Por los razonamientos expuestos y por cuestiones de racionalidad, y no de otro tipo, la despenalización del aborto, siempre y cuando se realice hasta la doceava semana de gestación, responde a solucionar un problema social, consistente en evitar la alta incidencia de mortalidad en las mujeres que, con penalización o sin ella, se realizan un aborto, aun y cuando estén exponiendo su vida. Se ha tomado como límite para su realización la doceava semana de gestación, en virtud de que el embarazo puede interrumpirse de manera segura entre el momento de la concepción y dicha semana de desarrollo; lo anterior es entendible ya que, en esencia, la norma pretende proteger la vida de la mujer, y si el aborto se efectúa con peligro de muerte para ella, no se cumple con el fin perseguido. Lo anterior se entiende si tomamos en cuenta que en nuestro país hay más de un millón de abortos al año, con un alto índice de mortalidad debido a las complicaciones surgidas por llevarse a cabo en condiciones sépticas o insalubres, y cosa que no sucede en los países en los cuales está permitido o legalizado el aborto, como Bulgaria, Hungría, Alemania, Estados Unidos; en estas naciones no hubo muertes por abortos provocados o, si las hubo, éstas fueron mínimas.

No debe pasar inadvertido que desde hace años, los códigos penales de Yucatán, Chiapas y Chihuahua, no sancionan el aborto provocado por causas económicas, esto es, cuando la mujer que aborta tiene familia numerosa y escasos recursos para su manutención. El Código Penal de Yucatán (art. 315-IV), establece que la mujer ha de tener, cuando menos, tres hijos y el de Chiapas (art. 220-I), otorga una baja sanción; mientras que el de Chihuahua no la sanciona.

El aborto también tiene implicaciones sociales y económicas, no sólo para la mujer que se lo provoca y, por ende,

para la familia a la que pertenece, sino que afecta también a toda la sociedad, pues cuando éste no se permite, el nacimiento del ser no querido o no deseado o malformado congénitamente, repercute en la situación económica no sólo de la madre sino de la familia a la que ésta pertenece y a la sociedad. El costo de vida familiar se ve aumentado cuando el nacido padece alguna malformación congénita que le hace requerir de servicios médicos y educacionales especiales.

### **c) La interrupción del embarazo antes de las doce semanas**

La mujer que aborta en la clandestinidad es porque en su entorno el aborto todavía se considera ilegal; conoce, además, que está exponiendo su vida, su salud, su libertad y con frecuencia sufre alteraciones o trastornos psicológicos más fuertes que cuando lo hace bajo la protección de la ley, pues sabe que cuenta con servicios médicos y sanitarios adecuados, es decir, cuando está protegida por un aborto seguro.

El 26 de abril de 2007, se publicó en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal una serie de reformas a los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, y adiciones a los artículos 16 bis 6 y 16 bis 8 de la Ley de Salud para el Distrito Federal.

La finalidad principal de estas reformas fue considerar que el aborto ocurre si la interrupción del embarazo se da después de la décima segunda semana de gestación. Por tanto, con anterioridad a ese periodo, la interrupción del embarazo no se considera jurídicamente aborto y, por consecuencia, no está penalizado, lo que sí acontece después de dicho periodo, si no se está en el supuesto de alguna de las

causales excluyentes de responsabilidad. Desde luego, el requisito indispensable es la libre manifestación de voluntad de la mujer. Si ésta no existe, quienes intervienen en la interrupción del embarazo, contra la voluntad de aquélla, son sujetos de responsabilidad penal.

#### **d) Argumentos constitucionales del orden jurídico mexicano**

Persona sólo es el ser humano y la organización a la cual el derecho atribuye esa cualidad. Esto es, el embrión no es una persona, desde luego que en él existe vida, pero no vida humana porque aún no se ha formado la corteza cerebral.

Cuando la Constitución se refiere a persona como el titular de derechos y libertades, lo hace en relación con el ser que ya nació. Tal es el sentido en el cual se emplea el término persona en múltiples artículos constitucionales, como el 1o., 4o. —en varias ocasiones—, 5o., 14, 16 y 17. Esta interpretación se corrobora con lo señalado por los artículos 22 de los Códigos Civiles, tanto del Federal como del Distrito Federal, que son idénticos, y que a la letra señalan:

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.

La citada norma civil establece una ficción al respecto; en estos preceptos se considera al embrión y al feto personas para los efectos que en sentido estricto señalan esos códigos, como son los derechos sucesorios, siempre y cuando acon-

tezca el nacimiento y ese ser tenga vida. No hay duda entonces que la persona es tal, a partir del nacimiento. Sólo quien ha nacido es titular de derechos fundamentales.

Los tratados internacionales son trascendentes en nuestro país, ya que forman parte del derecho interno y gozan de una jerarquía sólo inferior a la Constitución.

Las reformas están conformes con la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José cuyo artículo 4o. afirma:

Derecho a la vida.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...

Al respecto, se puntualiza:

De todos los tratados, convenciones y pactos de derechos humanos que México ha ratificado, éste es el único que en su articulado se refiere a que la vida está protegida desde el momento de la concepción.

México, al ratificar esa Convención, realizó en dicho punto específico la siguiente declaración interpretativa:

Con respecto al párrafo I del artículo 4o., considera que la expresión "en general" 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.

Si el Estado mexicano no hubiera formulado dicha reserva, estaría violando la Constitución y el sistema de distribución de competencia entre la Federación y los Estados, establecido en la propia Norma Fundamental.

Ahora bien, la expresión del artículo: "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente", se refiere a la pena de muerte, la desaparición forzosa de personas o a la ejecución extrajudicial de aquéllas. Incluso suponiendo sin conceder, que se refiere al aborto, entonces la declaración interpretativa le sería aplicable. Las reformas que se examinan no son arbitrarias; al contrario, persiguen proteger, con precisión, derechos humanos de la mujer, y evitar muertes y daños irreversibles a la salud de ésta si no cuenta con una asistencia segura respecto a la interrupción del embarazo.

La recomendación general número 24 de 1999 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), dirigida a varios Estados partes de la Convención, entre ellos México, establece: "En la medida de lo posible, deberá enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos...".

En dicha recomendación se explica que la penalización de prácticas médicas que sólo requieren las mujeres, como el aborto, constituyen una violación del derecho a la igualdad. Lo anterior es de especial importancia, porque vincula la con-

dición de salud de la mujer con el derecho fundamental de igualdad y con la despenalización del aborto.

Ahora bien, las reformas en cita van encaminadas a asegurar los derechos fundamentales de la mujer quien, a través de la historia, ha sido discriminada y tratada en forma desigual. Los derechos fundamentales protegidos por las reformas son: igualdad, libertad de decisión, dignidad, privacidad e intimidad; protección a la salud física y psíquica, a no ser discriminada, y libertad de procreación. Esos derechos hay que ponderarlos frente al supuesto derecho a la vida del embrión, en el cual no existe vida humana, porque no se ha formado la corteza cerebral. Si no se hiciera esto, las mujeres van a seguir abortando, más allá de lo que establecen las disposiciones del orden jurídico.

Es importante reflexionar que el hijo no deseado suele ser maltratado. Muchos delincuentes juveniles son hijos no deseados, en consecuencia, fueron seres humanos vejados, descuidados y crecieron sin el afecto y cariño que necesitaban. Lo anterior induce, en múltiples casos, a que el joven se incline hacia la rebeldía o la delincuencia.

El aborto inseguro constituye causa grave de muerte o deterioro de la salud de miles y miles de mujeres que lo practican, cuando éste es un asunto casi superado en países desarrollados. El aborto inseguro es un problema de derechos humanos, por tanto, hay que proteger y defender a toda mujer que así lo decide, al propiciar un aborto infalible dentro de los marcos de la ley.

No obstante lo analizado, el aborto no es deseable por las secuelas físicas y psíquicas que puedan llevar consigo.

Por tanto, en primer lugar, hay que reforzar la educación sexual y el uso de métodos anticonceptivos, tal y como acontece en los países desarrollados. Cuando, a pesar de ellos, la mujer queda embarazada y decide, con plena libertad, dentro de un número determinado de semanas, que no desea que el embarazo continúe, tiene derecho a practicarse un aborto seguro con todos los efectos de protección a la salud y jurídicos consiguientes que el Estado está obligado a proporcionarle.

## **2. ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007 Y SU ACUMULADA 147/2007 FALLADAS POR EL TRIBUNAL EN PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EL 28 DE AGOSTO DE 2008**

### **a) Antecedentes**

En sesión celebrada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura, el 23 de noviembre de 2006, el diputado Armando Tonatíuh González Case, integrante del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, presentó una iniciativa para reformar los artículos 145, 146, y deroga el 147 y 148 del Código Penal para el Distrito Federal; asimismo, reformar el artículo 14, fracción II, anexar la fracción X del artículo 2o. y los artículos 14 Bis 1, 14 Bis 2, 14 Bis 3, 14 Bis 4, 14 Bis 5, 14 Bis 6 y derogar los artículos 16 Bis 6 y 16 Bis 7, de la Ley de Salud del Distrito Federal.<sup>71</sup>

La iniciativa de reforma citada giró, totalmente, en que es necesaria la despenalización del aborto, para que no haya

---

<sup>71</sup> *Diario de los Debates* de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, años 1, número 12, 24 de abril de 2007.

sanción en contra de las mujeres que lo autoricen de manera voluntaria, o para los médicos cirujanos o ginecólogos que las asistan. Propuso que únicamente se sancione a quien vicie la voluntad de la mujer por medio de engaños o amenazas. Así, propuso reformar el artículo 145 del Código Penal para el Distrito Federal, con el objeto de imponer la pena de uno a tres años de prisión a quien por medio de engaños o amenazas hiciere abortar a una mujer.

La modificación propuesta al numeral 146, fue para que el aborto sólo lo pueda realizar un médico ginecólogo o cirujano, conforme a lo que estipula la Ley de Salud del Distrito Federal, y si lo lleva a cabo un comadrón o partera, enfermero o practicante, se le suspenda por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta en el ejercicio de su profesión u oficio.

Propuso asimismo, la derogación de los artículos 147 y 148 del Código Penal de referencia, para que no se considere delito el aborto procurado o consentido, pues dicha conducta se castiga con pena de uno a tres años de prisión.

La iniciativa de reforma presentada por el diputado Tona-tiuh González Case, materia del presente dictamen, pretende garantizar el derecho de la mujer a decidir de manera libre y responsable sobre su cuerpo, en relación con el número y espaciamiento de sus hijos, suprimiendo de manera definitiva las consecuencias de discriminación y violencia que han sufrido por la práctica clandestina del aborto.

Que se reforme el artículo 14 de la Ley de Salud del Distrito Federal para que el gobierno del Distrito Federal, haga

respetar el derecho a la procreación consciente y responsable, reconociendo el valor social de la maternidad, la tutela de la vida humana y la paternidad responsable; por lo que debe promover políticas sociales y educativas tendientes a la promoción de la salud reproductiva, a la defensa de los derechos sexuales y a la disminución de la mortalidad materna, permitiendo que la mujer ejerza el derecho a controlar su propia fecundidad, adoptando decisiones relativas a su reproducción sin presiones, discriminación o violencia.

Propuso la adición de los artículos 14 Bis 1, 14 Bis 2, 14 Bis 3, 14 Bis 4, 14 Bis 5, y 14 Bis 6, de la ley en cita, para que toda mujer tenga derecho a decidir sobre la interrupción de su embarazo durante las primeras doce semanas de gestación, invocando ante el médico circunstancias sociales o familiares derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido a la concepción, por ejemplo, una condición de penuria económica, que a su criterio le impidan continuar con el embarazo, para que en esos casos, el médico le informe las posibilidades de adopción y de los programas disponibles de apoyo económico y médico, o brindar información y apoyo a la mujer sobre las peculiaridades que se presentan en las etapas pre y pos intervención quirúrgica, relativas a la interrupción voluntaria del embarazo.

Contempló que el médico obtenga la voluntad de la mujer, mediante documento respaldado con la firma de la misma y, en el caso de mujeres menores de dieciocho años, el médico tratante deberá recabar el consentimiento tanto de la menor como del padre, la madre, el tutor o tutriz. Por último, la iniciativa señala que los médicos que se nieguen a realizar un aborto serán suspendidos de su actividad profesional de uno a

tres años, de acuerdo a los motivos que los hayan dispuesto a tomar esa decisión.

Asimismo, en sesión celebrada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura, los diputados Jorge Carlos Díaz Cuervo y Enrique Pérez Correa, a nombre de la Coalición Parlamentaria Socialdemócrata, el 28 de noviembre de 2006, presentaron iniciativa de reforma de los artículos 145 y 147 del Código Penal del Distrito Federal. En relación con el artículo 145, con el propósito de que se disminuya la pena a quien haga abortar a una mujer con su consentimiento, así como que se adicione una excluyente de responsabilidad para las mujeres, para que no sean objeto de persecución, a consecuencia de la práctica de un aborto voluntario durante las primeras doce semanas de gestación. Se propuso reducir la sanción para la mujer que se practique un aborto voluntariamente después de la décima segunda semana del embarazo, de uno a tres años de prisión. Por último, propuso establecer la obligación para los médicos de proporcionar a la mujer información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos y consecuencias; así como sobre los apoyos y alternativas que existen para que la mujer pueda tomar la decisión de interrumpir o no su embarazo de manera libre, informada y responsable.

La presidencia de la mesa directiva de la Asamblea, el 28 de noviembre de 2006, acordó que se turnara dicha iniciativa a las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social para su estudio y dictamen.

Las Comisiones citadas sesionaron el 19 de abril de 2007 y resolvieron que:

Es de aprobarse, con las modificaciones realizadas por las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia y de Equidad y Género, el Dictamen de reformas a los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, se adiciona un tercer párrafo al artículo 16 bis 6, y se adiciona el artículo 16 bis 8 a la Ley de Salud del Distrito Federal, para quedar de la siguiente manera:

*Artículo Primero.* Se reforman los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

*Artículo 144.* Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

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

*Artículo 145.* Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.

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

*Artículo 146.* Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.

Al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión.

*Artículo 147.* Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

*Artículo Segundo.* Se adiciona un tercer párrafo al artículo 16 Bis 6, y se adiciona el artículo 16 Bis 8 a la Ley de Salud del Distrito Federal, para quedar como sigue:

Artículo 16 Bis 6.

...

...

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

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

El Gobierno promoverá permanentemente y de manera intensiva, políticas integrales tendientes a la promoción de la salud sexual, los derechos reproductivos, así como la

maternidad y la paternidad responsables. Sus servicios de planificación familiar y anticoncepción tienen como propósito principal contribuir a la prevención de embarazos no planeados y no deseados, disminuir el riesgo reproductivo, evitar la propagación de las enfermedades de transmisión sexual y coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos reproductivos de las personas con una visión de género, de respeto a la diversidad sexual y de conformidad a las características particulares de los diversos grupos poblacionales, especialmente para las niñas y niños, adolescentes y jóvenes.

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

#### *TRANSITORIOS*

*PRIMERO.* Publíquese en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y en el Diario Oficial de la Federación para su mayor difusión.

*SEGUNDO.* El presente decreto entrará en vigor el día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

*TERCERO.* El Jefe de Gobierno del Distrito Federal, deberá expedir la adecuación a los Lineamientos Generales de Organización y Operación de los Servicios de Salud relacionados con la interrupción del embarazo en el Distrito Federal, en un lapso de 60 días hábiles...

Los integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, una vez que analizaron y discutieron el dictamen de las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género, concluyeron con 43 votos a favor, 17 votos en contra y 1 abstención, en aprobarlo con ciertas modificaciones.

Así, los citados preceptos normativos constituyen la materia de estas acciones de inconstitucionalidad.

## **b) Partes**

Las partes en estas acciones son, por un lado, los titulares de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de la Procuraduría General de la República, como promoventes; y por el otro, la Asamblea Legislativa y el jefe de Gobierno, ambos del Distrito Federal, responsables de la emisión y promulgación, respectivamente, de las normas impugnadas.

En su escrito inicial, cada uno de los actores hace valer los respectivos conceptos de invalidez sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones atacadas y en su contestación, las autoridades locales referidas emiten su respuesta y hacen valer sus argumentos defendiendo la constitucionalidad de las normas impugnadas, como ya se hizo referencia en la síntesis de la ejecutoria que precede a este trabajo.

### **c) Consideraciones y resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

El Alto Tribunal se declaró competente para conocer y resolver las citadas acciones de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 105, fracción II, incisos c) y g), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 10, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, dado que se trata de la posible contradicción entre el Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial* de esa entidad el 26 de abril de 2007.

Al resultar extemporánea la presentación de la demanda, procede sobreseer en torno a esas disposiciones legales según se determinó con anterioridad.

El artículo tercero transitorio del Decreto de reformas, actualiza la causa de improcedencia prevista en el numeral 19, fracción V, de la ley reglamentaria de la materia, pues han cesado los efectos del mencionado numeral.

El artículo transitorio ha cumplido su finalidad y, por ende, han cesado los efectos jurídicos del mismo, ya que el plazo señalado por el legislador, a saber, 60 días, feneció al haber transcurrido dicho término; luego entonces, la finalidad del precepto, consistente en establecer los lineamientos provisional o de tránsito, que permitan la eficacia de la norma de la reforma, en concordancia con las circunstancias de modo, tiempo y lugar, de manera que sea congruente con la realidad imperante, se realizó, esto es, se agotó el supuesto que con-

tiene por el simple transcurso del tiempo; en consecuencia, se presenta la cesación de sus efectos, como lo ha sostenido.

i. Oportunidad de la demanda

El Alto Tribunal consideró que las acciones se presentaron oportunamente en relación a los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal, 16 bis 6, tercer párrafo y 16 bis 8, último párrafo de la Ley de Salud, ambos ordenamientos para el Distrito Federal, así como respecto del artículo tercero transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan los mencionados preceptos legales.

ii. Legitimación de las partes

José Luis Soberanes Fernández, presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, acreditó su cargo con el testimonio de la escritura pública número 72294, en la cual se protocolizó su designación, emitida por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 28 de octubre de 2004; encargo que le confiere, en términos del artículo 105, fracción II, incisos c) y g) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con los artículos 59 y 11, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, promover acción de inconstitucionalidad contra leyes del Distrito Federal, como es el caso de las normas que se impugnan.

Además, no es necesario que medie acuerdo o formalidad alguna de parte del Consejo Consultivo, para que presente a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en términos del artículo 15, fracción I de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Asimismo, la jurisprudencia número P./J.7/2007<sup>72</sup> ha determinado quiénes se encuentran legitimados para promover una acción de inconstitucionalidad en atención al ámbito de la norma impugnada, entre los que se encuentra la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Por su parte, Eduardo Medina-Mora Icaza, en su carácter de procurador general de la República, personalidad que acredita con copia certificada de su nombramiento, en términos de lo dispuesto por el artículo 105, fracción II, inciso c) de la Constitución Federal, está legitimado para interponer acción de inconstitucionalidad, como lo es la que nos ocupa. Igualmente, la jurisprudencia número 7/2007 ha establecido que el procurador general de la República tiene esa facultad.

Sin que obste lo anterior que el Estado de Yucatán al haber despenalizado el aborto por razones económicas y por número de hijos, el procurador general de la República no intentó la acción de inconstitucionalidad, para estimar que carece de legitimación activa, en razón de que puede hacer uso o no de la facultad que constitucionalmente le corresponde para promover una acción de inconstitucionalidad.

### iii. Sobreseimiento y causas de improcedencia

La Suprema Corte de Justicia de la Nación sobreseyó la acción de inconstitucionalidad promovida por el presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en relación con los artículos 148 del Código Penal para el Distrito Federal y 16 bis 7 de la Ley de Salud de la misma entidad, por extem-

---

<sup>72</sup> Publicada en el *Seminario Oficial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, mayo de 2007, p. 1513; IUS: 172641.

poránea, en razón de que esos preceptos no fueron reformados ni adicionados por el Decreto publicado el 26 de abril de 2007, sino por diverso Decreto publicado el 27 de enero de 2004; por tanto, si la presente demanda de acción de inconstitucionalidad se presentó el 24 de mayo de 2007, es más que evidente que transcurrió en exceso el término previsto por el artículo 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional.

Además, consideró que es inexacto que el decreto de reformas y adiciones impugnado, actualice la posibilidad de impugnar la inconstitucionalidad de los mencionados preceptos.

Por otro lado, determinó que respecto del artículo tercero transitorio del Decreto de reformas a los artículos del Código Penal y de la Ley de Salud, ambos ordenamientos para el Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial* el 26 de abril de 2007, se actualiza la causa de improcedencia prevista en el artículo 19, fracción V, de la ley reglamentaria de la materia, ya que han cesado los efectos del mencionado precepto, porque el plazo señalado por el legislador, 60 días, feneció tras haber transcurrido dicho tiempo; por ende, el propósito del precepto, consistente en establecer los lineamientos provisionales que permitan la eficacia de la reforma, se realizó, por el simple transcurso del tiempo.

iv. Estudio sobre la inconstitucionalidad de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, 16 Bis 6, tercer párrafo, y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud de la misma entidad, publicado mediante decreto el 26 de abril de 2007.

Los preceptos citados disponen lo siguiente:

*ARTÍCULO 144.* Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

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

*ARTÍCULO 145.* Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.

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

*ARTÍCULO 146.* Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.

Para efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión.

*ARTÍCULO 147.* Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

*Artículo 16 bis 6.* Las instituciones públicas de salud del Gobierno del Distrito Federal, gratuitamente y en condiciones de calidad, deberán proceder a la interrupción del embarazo en los supuestos permitidos en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, cuando la mujer interesada así lo solicite. Para lo cual las referidas instituciones públicas de salud deberán proporcionar información oportuna y veraz de otras opciones con que cuentan las mujeres además de la interrupción del embarazo, así como las consecuencias en su salud.

La interrupción del embarazo deberá realizarse en un término de cinco días, contados a partir de que sea presentada la solicitud y satisfechos los requisitos establecidos en la legislación aplicable.

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

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

El gobierno promoverá y aplicará permanentemente y de manera intensiva, políticas integrales, tendientes a la educación y capacitación sobre la salud sexual, los derechos reproductivos, así como la maternidad y la paternidad responsables. Sus servicios de planificación familiar y anti-concepción tienen como propósito principal reducir el índice de abortos, a través de la prevención de embarazos

no planeados y no deseados, disminuir el riesgo reproductivo, evitar la propagación de las enfermedades de transmisión sexual y coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos reproductivos de las personas con una visión de género, de respeto a la diversidad sexual y de conformidad a las características particulares de los diversos grupos poblacionales, especialmente para las niñas y niños, adolescentes y jóvenes.

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

#### v. Determinación de la complejidad del problema

- La interrupción del embarazo
- Momento a partir del cual debe protegerse la vida humana
- La configuración del delito de aborto

La Suprema Corte de Justicia de la Nación advirtió que sobre el segundo punto existen opiniones encontradas; es

decir, se discute desde el punto de vista ético, moral, religioso, filosófico, científico y jurídico sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana y el momento a partir del cual debe protegerse ésta por el Estado, lo que constató en las diversas sesiones públicas en las que comparecieron particulares y representantes de instituciones públicas.

vi. Metodología que empleó la Corte para realizar el estudio

Para realizar el análisis, dividió el estudio en tres rubros: el primero lo denominó: "Argumento de incompetencia a razón de materia en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal"; el segundo lo intituló: "Existencia y naturaleza normativa del concepto vida en la Constitución Política de los Estados Mexicanos"; por último, al tercero le nombró: "Planteamientos de fondo en relación con la materia penal".

vii. Argumento de incompetencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal

Su análisis se realizó en el considerando séptimo de la sentencia mayoritaria. En lo medular, se dijo que son infundados los conceptos de invalidez que al respecto se hicieron valer. Inmediatamente los Ministros de la mayoría se hicieron las siguientes preguntas: ¿Son la salud y la salubridad general materias distintas? Después de llevar a cabo una revisión de la normativa que rige a la materia de salud en el Estado mexicano, concluyeron:

...que no se advierte que exista o deba existir diferencia entre las materias de salubridad general y salud: la primera es el campo general que comprende tanto a la salud

como a los servicios y controles sanitarios, y entre ambas se integra el sistema complejo que comprende tanto la vertiente competencial y orgánica, como aquella que corresponde al derecho fundamental de acceso a los servicios de salud.

Después, el Máximo Tribunal se preguntó: ¿Cuál es la relación entre Ley General de Salud y Sistema Nacional de Salud? Y respondió:

La Ley General de Salud es un ordenamiento que establece concurrencia entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, reglamenta además el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en términos del artículo 4o. constitucional, y prevé las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud. Tiene aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social. Esta ley crea un Sistema Nacional de Salud constituido por dependencias de la administración pública tanto federal como local, y personas físicas o morales de los sectores social y privado que presten servicios de salud. La coordinación de este Sistema Nacional se encuentra a cargo de la Secretaría de Salud a la que le corresponden, entre otras cosas, establecer, conducir, coordinar y realizar la política nacional en materia de salud, los programas de servicios de salud y su evaluación, coordinar el proceso de programación de actividades del sector salud, promover el establecimiento de un sistema nacional de información básica en materia de salud, apoyar la coordinación entre las instituciones de salud y las educativas, para formar y capacitar recursos humanos para la salud.

Más adelante, planteó la siguiente pregunta: ¿Existe una definición de embarazo en materia de salud? Respondió que la Ley General de Salud no contiene o prevé en sus artículos

una definición de lo que debe entenderse por embarazo, no obstante que en diversos preceptos emplee dicho vocablo. Lo que sucede, dice la Corte, es que la definición de embarazo que contempla el artículo 40 del Reglamento de la Ley General de Salud, únicamente es válida para efectos de investigación de la salud, no así para la materia de salubridad general aplicable a todo el Estado mexicano.

El Supremo Tribunal se vuelve a preguntar: ¿En materias concurrentes, deben los demás órdenes jurídicos observar únicamente la ley general, o también las normas que la desarrollan a nivel federal, como reglamentos y normas oficiales mexicanas? Responde que se estima que la delegación de las materias concurrentes para su distribución por el legislador federal, por medio de una ley general, no implica la observancia obligatoria para los demás órdenes jurídicos de todo el desarrollo reglamentario del Ejecutivo Federal de los conceptos contenidos en esa ley. Esta distribución competencial no puede establecer jerarquía de los reglamentos federales frente a los Estados y Municipios, ni se puede considerar que la concurrencia opera materialmente de manera monolítica o en bloque frente a las competencias de los demás órdenes jurídicos.

Además, la normalización, certificación, acreditamiento y verificación son materias que tienen como destinatarios solamente a las autoridades federales, lo que se encuentra claramente expresado en los diversos artículos relacionados de la citada ley. Las normas oficiales se refieren, particularmente, a las dependencias del gobierno federal, y éstas son expedidas para regular específicamente su ámbito de competencia, pues considerar que el Ejecutivo Federal, por vía de reglamentos y de Normas Oficiales Mexicanas, pudiera

regular el ámbito competencial de los Estados y Municipios, conduciría al vaciamiento de las competencias estatales y municipales.

Más adelante se planteó la siguiente pregunta: ¿Son obligatorias las definiciones establecidas en una ley general para todos los restantes ámbitos normativos componentes de nuestro sistema federal? Responde en esencia, que en el ámbito del Distrito Federal, el artículo 122, Base Primera, fracción V, inciso h) dispone que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en los términos del Estatuto de Gobierno, tiene facultades para legislar en materia penal. Asimismo, con base en esta facultad y en el ámbito de su competencia expidió el Código Penal para el Distrito Federal. De ahí que la definición de embarazo que estableció fue dentro de sus competencias y para efectos de sancionar el delito de aborto. Se agrega que la única definición establecida en el ámbito federal se encuentra limitada a la materia de "Investigación para la Salud", por lo que esa definición sólo aplica en su ámbito normativo específico.

Por tanto, determinó que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene libertad de calificación y configuración en lo que se refiere a materias de su competencia, como lo es la materia penal y que no existe invasión de esferas, por parte de ese órgano al definir el embarazo para efectos de la tipificación del delito de aborto.

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

Los Ministros de la mayoría, para tratar el punto central de las controversias, se formularon la siguiente interrogante:

**¿Se encuentra el derecho a la vida contemplado en la Constitución mexicana?** Respondieron que desde la Quinta, pasando por la Octava, así como en la Novena Épocas, la Suprema Corte de Justicia ha aceptado y afinado progresivamente el criterio de que los derechos fundamentales o garantías individuales, no son derechos absolutos sino que deben armonizar con el conjunto de derechos.

En la Ley Suprema no se aprecia el establecimiento de un derecho a la vida; ni siquiera en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en el Estado mexicano, se reconoce el derecho a la vida como un derecho absoluto, ni exige un momento determinado para su protección. Entre los instrumentos de referencia se puede mencionar los siguientes: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4).

De manera complementaria a éstos se encuentran: la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 6 y 37), Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte (art. 1), Protocolo a la Convención Americana relativo a la abolición de la pena de muerte (art. 1), Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (art. 3), Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (principio 4, 5, 6 y 9), Convenios de Ginebra de 1949 (art. 3 común), Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (arts. I y II), Declaración sobre la protección de

todas las personas contra las desapariciones forzadas (arts. 1 y 2), y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (arts. I y II).

Lo que advirtieron de las normas internacionales es que éstas consagran, respecto a la vida, dos tipos de garantías:

- a) Una genérica, que prohíbe la privación arbitraria de la vida y,
- b) Otra específica que exige ciertos y determinados requisitos para poder aplicar la pena de muerte, así como la abolición gradual y no reincorporación de ésta.

Destacan que los instrumentos en materia de derechos humanos antes citados no definen el momento en el cual inicia la protección del derecho a la vida, ni desde qué momento el ser humano es sujeto de protección, y que el único tratado internacional que hace referencia a ese momento es la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 4o.; agregan que ni siquiera la Convención sobre los Derechos del Niño incluyó o definió el momento en el cual comienza la protección de la vida, sino que durante el proceso de elaboración de dicha Convención, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas rechazó una propuesta que definía el concepto de niño desde su concepción hasta los dieciocho años de edad.

Que el artículo 4o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al emplear la expresión "en general", en su texto, otorga a los Estados un margen para adoptar en sus legislaciones, normas que permitan la interrupción del embarazo en determinadas circunstancias.

Aun cuando se aceptara que la Convención Americana estableciera el concepto absoluto del derecho a la vida desde el momento de la concepción, sería imposible imponer a México dicha obligación por medio de una interpretación, en la medida de que nuestro país hizo una declaración interpretativa a ese precepto del Pacto de San José, cuyo texto de la declaración y reserva es el siguiente:

1. Declaraciones Interpretativas:

Con respecto al párrafo primero del Artículo 4o., considera que la expresión "en general", empleada, 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.

Posteriormente, con fecha 9 de abril de 2002, el gobierno de México notificó a la Secretaría General su intención de retirar parcialmente las declaraciones interpretativas y reserva, subsistiendo en los siguientes términos:

1. Declaración Interpretativa:

Con respecto al párrafo primero del Artículo 4o., considera que la expresión "en general" usada 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.

Como se observa —apunta la sentencia mayoritaria—, desde que México presentó su ratificación a la Convención, estableció la forma en que debía ser entendida o la forma

y alcances bajo los cuales se obligaba frente a la expresión "en general" del artículo 4.1 del Pacto de San José, y en esa medida, no se obligó internacionalmente a adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción".

La sentencia mayoritaria asevera que "no podemos encontrar ningún fundamento constitucional o internacional para penalizar su afectación mediante el establecimiento o mantenimiento de un tipo penal específico".

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

Agrega que la mera existencia de un derecho fundamental no implica la obligación de la penalización de una conducta que lo afecte, pues antes de la existencia de aquéllos en el ámbito constitucional, el derecho penal era la única fuente primaria de protección de derechos individuales, mediante el establecimiento de bienes jurídicos protegidos.

De este modo se señala que, las conductas establecidas positivamente en la Constitución, en relación con el legislador penal, sólo pueden ser de tres tipos: a) conductas que el

legislador está constitucionalmente obligado a penalizar (obligación o mandato), b) conductas para las que está facultado, para hacerlo sin que esto implique la existencia de una obligación para ello (facultamiento sin mandato); y c) conductas que tiene prohibido penalizar (prohibición).

Agrega que en la Constitución Política existen mandatos claros de penalización, donde de manera expresa se obliga al legislador ordinario a la emisión de normas penales para sancionar determinados supuestos, y citan como ejemplos el artículo 16, el cual en su séptimo párrafo, al establecer que ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público más de cuarenta y ocho horas, concluye: "Todo abuso a lo anteriormente dispuesto, será sancionado por la Ley Penal"; el mismo artículo, en su décimo párrafo, al establecer la inviolabilidad de las comunicaciones, establece que la ley "sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas"; su párrafo trece, establece el mandato de castigar las violaciones a la libertad de registro de correspondencia. El artículo 19, segundo párrafo, después de establecer el plazo de la detención, señala que su prolongación, en perjuicio del indiciado, será sancionada "en la forma que señale la ley"; y el artículo 20, que en su fracción II establece que nadie puede ser obligado a declarar y queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura.

En forma adicional, existen algunos otros ejemplos de mandatos de naturaleza más difusa que los anteriores, como el contenido en la fracción VII del artículo 6o. de la Constitución Federal, el cual establece que: "la inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pú-

blica será sancionada en los términos que dispongan las leyes", sin establecer el tipo de sanción que debe corresponder a tal omisión.

Por otro lado, señala que el Estado mexicano, desde el ámbito internacional, se ha comprometido a sancionar determinadas conductas, como en el caso de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que en su artículo 1o. establece: "Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar"; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en su artículo 1o., inciso b), preceptúa que el compromiso para los estados contratantes: "[...] sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo"; por último, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Pará", estatuye en su artículo 7, inciso c) el compromiso de los Estados partes para: "...incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso".

Lo anterior no significa, apunta, que el legislador esté en absoluta libertad para despenalizar conductas, pues existen claros límites constitucionales, como el establecimiento de una discriminación discriminatoria en términos del artículo 1o. de la Constitución Federal, o que la criminalización de

la conducta se haga mediante ley privativa; además debe satisfacer los requisitos procedimentales y orgánicos, obedeciendo a un facultamiento previo.

En este sentido, señala que existen numerosos ejemplos de despenalización de conductas en el ordenamiento jurídico mexicano que no han sido de ninguna manera problemáticos. Por ejemplo, los delitos de disolución social; de juegos prohibidos; de golpes y otras violaciones físicas simples; de injurias; de estupro; de raptó; de vagancia y malvivencia; violación a los reglamentos de tránsito; disparo de arma de fuego y ataque peligroso; de parricidio e infanticidio como tipos penales autónomos, y el delito de calumnias.

De ese modo, se determina en la sentencia mayoritaria que al no encontrarse ningún mandato constitucional específico para la penalización de todas estas conductas, no parece existir alguna razón jurídicamente argumentable que indique que no hay potestad suficiente para despenalizar aquellas conductas que han dejado de tener, a juicio del legislador democrático, un reproche social.

Además, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no tomó una decisión aislada, sino que la misma se encuentra reforzada mediante obligaciones a cargo del Gobierno del Distrito Federal y en particular de las autoridades que tienen a su cargo los servicios de salud, de proporcionar información oportuna y veraz de otras opciones que se encuentre al alcance de las mujeres. De este modo, concluyó, se hace efectiva la obligación prestacional del Estado establecida en el artículo 4o. constitucional en relación con la salud, información y responsabilidad en la toma de decisiones por parte de las

mujeres. Estas obligaciones deberán además estar respaldadas con sanciones a las autoridades que las incumplan o a quienes incurran en conductas indebidas relacionadas con el tema.

Por otro lado, se aduce que los argumentos utilizados por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para justificar las medidas adoptadas y ahora impugnadas, tienen como propósito acabar con un problema de salud pública derivado de la práctica de abortos clandestinos. Asimismo, garantizar un trato igualitario a las mujeres, en específico a aquellas de menores ingresos, así como reconocerles libertad en cuanto a la determinación de la forma en la que quieren tener relaciones sexuales y su función reproductiva; reconocer que no debe existir la maternidad forzada y se debe permitir que la mujer pueda desarrollar su proyecto de vida en los términos que lo estime conveniente. Se justificó, igualmente, que el procedimiento para abortar se lleve a cabo dentro del periodo de las doce primeras semanas de gestación, puesto que es más seguro y recomendable en términos médicos. La interrupción del embarazo se despenaliza únicamente para el periodo embrionario y no el fetal, antes de que se desarrollen las facultades sensoriales y cognitivas del producto de la concepción.

Se agrega la tendencia legislativa en el derecho comparado, que ha venido estableciendo hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo, o límites a la persecución penal del aborto, sustentadas en la ponderación concreta entre los dos bienes en conflicto.

Por tanto, concluyó que la medida utilizada por el legislador resulta de este modo idónea para salvaguardar los de-

rechos de las mujeres, ya que la no penalización de la interrupción del embarazo tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, salud física y mental e, incluso, respecto de su vida, pues no se puede desconocer que aun en la actualidad, como lo refiere claramente el legislador del Distrito Federal en su exposición de motivos, existe mortandad materna. En cambio, el reproche por la vía penal, no sirve para asegurar el correcto desenvolvimiento del proceso en gestación, pues nuestra realidad social es otra y de lo contrario, se menoscaba y reafirma la discriminación hacia las mujeres. Por ende, no puede plantearse que la amenaza penal es la primera y única solución a la erradicación de las prácticas clandestinas de interrupción voluntaria del embarazo, pues más allá de la teoría que utilizamos para justificar la imposición de la pena estatal, la sanción no puede ignorar la racionalidad y la necesidad pues, de lo contrario, se habilitaría el ingreso al sistema penal de la venganza como inmediato fundamento de la sanción.

Además, el principio de *última ratio* en el "derecho penal moderno" obliga a que las penas, como el medio coercitivo más importante del Estado, sean el último de los instrumentos estatales para prevenir los ataques a los bienes y valores fundamentales de la sociedad; en consecuencia, esa intrusión debe ser la mínima posible. De este modo, penalizar la conducta en cuestión sería tanto como utilizar al derecho penal como una herramienta simbólica y no como un mecanismo de *última ratio*. Es por ello, que el legislador considera la penalización de la conducta como ineficaz y, lejos de impedir que las mujeres recurran a la interrupción voluntaria del embarazo de una manera segura, las orilla a someterse a procedimientos médicos en condiciones inseguras en las que, incluso, ponen en riesgo su vida.

Posteriormente los Ministros que integraron mayoría, se vuelven a preguntar: **¿Violan las disposiciones impugnadas el principio de igualdad?** Respondieron que el derecho a ser padre o madre no es conceptualmente referible a un derecho de exclusivo ejercicio colectivo, pues una de las vías de establecimiento de la paternidad o de la maternidad es la adopción, y el Código Civil del Distrito Federal permite la adopción tanto por parte de una pareja como por parte de una persona en lo individual; que es el derecho de las personas del sexo masculino a ser padres parece desconocer la diferencia entre lo que las personas pueden hacer y lo que tienen derecho a imponer a los demás, o al Estado, además, de que las normas analizadas están destinadas a establecer el criterio que debe primar en casos de desacuerdo. Por tanto, determinó que la decisión del legislador local de establecer la regla según la cual la decisión final en estos casos recae en la persona del sexo femenino portadora de un embrión no deseado, no es discriminatoria, ni por tanto irrazonable, porque responde a la clara diferencia de su posición frente a la de cualquier otra persona. En todo caso la continuación del embarazo no deseado tiene consecuencias distintas permanentes y profundas para la mujer, con independencia de que cuente con el apoyo de otras personas en su continuación y después en el cuidado y la educación del niño, y es esa afectación asimétrica al plan de vida lo que establece la base para el trato distinto que el legislador consideró al otorgarle a ella la decisión final acerca de si el embarazo debe o no ser interrumpido, y lo que no hace irrazonable negar al participante masculino la capacidad para tomar esta decisión, que la garantía por parte del ordenamiento jurídico es imperfecta. Máxime, agregó, que antes de las doce semanas es muy difícil establecer legalmente que una persona en particular es efectivamente el padre potencial.

Por otro lado, se destaca en la sentencia mayoritaria, no existe ninguna obligación constitucional para que el legislador local establezca un régimen especial cuando la que desea interrumpir el embarazo es menor de edad, amén que las cuestiones de titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales y prestaciones consagradas en la Constitución no son necesariamente las mismas que rigen el ejercicio de todos los derechos, en particular, la capacidad civil. Lo importante en este caso, se advierte que, no es la edad biológica de una persona, sino el contexto de condiciones en las que el ordenamiento jurídico en análisis sitúa el ejercicio de su autonomía.

#### ix. Planteamientos de fondo en relación con los principios en materia penal

En el considerando **noveno**, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, estudian el alcance de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal en donde CNDH y la PGR afirman que contravienen el principio de exacta aplicación de la ley penal previsto en el artículo 14 constitucional, al no ser claros ni precisos, esto es, provocan interpretaciones erróneas.

Además, que la temporalidad —doce semanas de embarazo— y el inicio del embarazo —la implantación del embrión en el endometrio— son de difícil determinación, ya que la ley no previó un mecanismo para que el médico determine en qué periodo se encuentra el embarazo y que, además, los términos: gestación y embarazo, utilizados en los artículos 144 y 145, son ambiguos.

Los actores señalan que artículo 144 establece tres etapas en la gestación (la primera etapa va desde la concepción hasta el "embarazo", la segunda hasta la duodécima semana y la

tercera hasta el nacimiento). A partir de lo cual se sigue que lo que se protege con dicho tipo penal es el proceso de gestación y no la vida.

Que respecto al artículo 146, es dable interpretar que aborto forzado es la interrupción del embarazo en cualquier momento, sin el consentimiento de la embarazada; o bien, la interrupción del embarazo en cualquier momento. Se sostiene que el artículo 144 define el inicio del embarazo, pero no su final, por lo que en un parto prematuro, siendo el producto viable, habrá nacimiento al igual que aborto porque se interrumpe el embarazo, argumentos que fueron estimados infundados.

Para abordar su estudio se partió de la siguiente consideración:

- Violación a los principios de legalidad, certidumbre y exacta aplicación de la ley penal

Del texto anterior y vigente de los artículos 144 a 148 se advierte que el bien jurídico tutelado sigue siendo la vida en gestación y, en todo caso, lo único que podría afirmarse es que cambiaron las circunstancias o condiciones en que dicho bien se protege.

Conforme a los artículos 144 y 145, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se consume; la idea de consumación del aborto corresponde, entonces, a la de muerte del producto de la concepción **fuera de las doce semanas**. Lo anterior, según lo dispuesto en el artículo 4o. del propio Código Penal, que prevé el principio de afectación al bien jurídico para la actualización de un delito, conforme al cual cuando se lesione el bien jurídico la conducta es delictiva.

Los artículos 144 y 146 no violentan los principios de certidumbre y exacta aplicación de la ley penal, el contenido del primero no constituye, en sí mismo, un tipo penal, sino que cumple la función de dotar de contenido cierto a los conceptos de aborto y embarazo, elementos normativos de valoración jurídica de los tipos penales de: **1.** Aborto auto-inducido; **2.** Aborto consentido, y **3.** Aborto forzado. Lo anterior, en virtud de que, para colmar el principio de seguridad jurídica, es necesario que el legislador establezca conceptos en la ley, que permitan al órgano aplicador subsumir aquellos hechos de que conoce en la norma legal aplicable, lo que se logra estableciendo esos conceptos legales en la ley que se crea, o bien, haciendo remisión expresa a otra disposición legal.

Los artículos impugnados, no son contrarios al artículo 14 constitucional, pues cuentan con todos los elementos que constituyen la prohibición normativa y no contienen conceptos ambiguos o imprecisos.

En el Código Penal para el Distrito Federal se identifican tres tipos penales que se configuran mediante distintas modalidades de conducta, distintos sujetos activos y distintos medios: el aborto autoinducido, el aborto consentido y el aborto forzado. Del tipo respectivo se obtienen con claridad los elementos que los constituyen y actualizan; por tanto, no existe vaguedad o ambigüedad que indique incertidumbre o provoque inexacta aplicación.

De los conceptos enunciados en los artículos 144 y 145 cabe advertir que, lejos de generar incertidumbre, generan certeza respecto de la condición temporal que actualiza un aborto

y el instante en que jurídicamente existe el embarazo, condiciones normativas que el legislador estableció para colmar el tipo penal. Así, la facultad que tiene el legislador de crear conceptos normativos es acorde y favorece las garantías de legalidad y seguridad jurídica y, por tanto, el legislador no vulnera el principio de exacta aplicación de la ley penal.

La circunstancia "después de las doce semanas" no se trata de un problema de incertidumbre o inexactitud de la norma, ya que tal cuestión de temporalidad podrá ser determinada, en el caso concreto, por el juzgador a través de periciales u otros medios de prueba.

El núcleo de los tipos penales en cuestión son las conductas que actualizan cada uno de ellos: **a)** que la mujer por sí misma se procure su aborto; **b)** que consienta que alguien más se lo realice, y **c)** que cualquier persona haga abortar a una mujer en contra de su voluntad.

- Proporcionalidad de las penas

La Corte afirma que el argumento de que las normas impugnadas no imponen penas proporcionales con relación al bien jurídico tutelado, ni por el grado de participación de los autores del delito, ya que es insignificante la pena impuesta a la mujer pues no guarda relación con la afectación que se causa al bien jurídico protegido, aun cuando éste no sea la vida sino la gestación, debe declararse infundado, por lo siguiente:

1) En las reformas al Código Penal para el Distrito Federal de abril de 2007, se mantiene la distinción de las penas para

el aborto realizado con el consentimiento de la mujer y aquel efectuado sin su consentimiento, siendo de uno a tres años de prisión para el primero y de cinco a ocho años para quien lo haga sin su consentimiento y de ocho a diez años si media violencia física o moral. El único cambio, en la regulación del tipo de aborto, se presenta en la atenuación de la pena para la mujer que se lo practique, después de las doce semanas de gestación, pues se establece una pena alternativa entre tres a seis meses de prisión o cien a trescientos días de trabajo a favor de la comunidad, cuando antes se sancionaba con uno a tres años de prisión.

La proporcionalidad de las penas es un tema de política criminal, cuya atención corresponde, en principio, al Poder Legislativo, y éste se encuentra obligado, en todos los casos, a justificar, de manera expresa, las razones por las cuales se establecen determinadas penas para ciertas conductas que se estiman delictuosas, atendiendo a la proporcionalidad que debe guardarse entre delito y pena, así como a los postulados constitucionales que prohíben las penas crueles, inhumanas, infamantes o trascendentes, pues toda pena deberá ser proporcional al delito que se sancione y al bien jurídico afectado, de acuerdo a lo dispuesto en el actual artículo 22 de la Constitución Federal.

Las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género, en su dictamen, mediante el cual aprueban las reformas que ahora se impugnan, sostienen que el legislador del Distrito Federal sí hizo referencia expresa a la imposición de penas para el delito de aborto, pronunciándose sobre la inconveniencia de despenalizarlo de manera absoluta cuando exista

consentimiento de la mujer, sancionando sólo el aborto forzado, ya que esto se traduciría en una: [...] desprotección incondicionada de la vida en gestación, que es un bien constitucionalmente reconocido".

Igualmente se precisó que no se justificaba la reducción de la penalidad para los casos en que el aborto es causado sin el consentimiento de la mujer, pues:

(...) tratándose del aborto la ley penal no sólo sanciona la afectación de la vida en gestación, sino de manera destacada castiga la vulneración de derechos constitucionalmente protegidos, cuya titularidad corresponde a la mujer embarazada, como son la libertad reproductiva y el derecho a la maternidad libre y consciente, que se encuentran reconocidos en el párrafo segundo del artículo 4o. de la Constitución Federal.

Asimismo, consideraron que la reforma propuesta tiene un carácter ponderado que atiende al principio de razonabilidad, dado que la vida en gestación sigue recibiendo la protección de la ley penal, al tiempo que se garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer, ya que parte del principio de que el Estado no puede imponer de manera indiscriminada una penalización de aborto cuando el embarazo produce a la mujer una afectación de modo sustancial en sus derechos fundamentales.

La Suprema Corte argumenta que el principio de proporcionalidad puede analizarse **en abstracto y en concreto**; el primero es legislativo y consiste en verificar si la punibilidad —entendida como el parámetro de sanciones a imponer—, contemplada en la norma, resulta razonable en atención a

la conducta sancionada y el bien jurídico tutelado. En tanto que el análisis concreto es jurisdiccional y ejecutivo, determinando la pena en cada caso específico —punición— y ejecutándola en sí misma, analizando el grado de culpabilidad atribuido al sentenciado y la necesidad de su total purgación, respectivamente.

Que en la especie se trata de acciones de inconstitucionalidad, en las que se impugna la validez de normas, y que, por ende, la verificación del cumplimiento de proporcionalidad debe hacerse a partir de su vertiente abstracta. En este sentido, sostiene la Corte que las normas impugnadas resultan proporcionales en relación con la conducta prohibida y el bien jurídico tutelado, ya que la sanción a imponer a la mujer que procura su aborto sea **(autoinducido o consentido)** es de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, siendo la pena de uno a tres años de prisión para el sujeto que interviene para procurar el aborto consentido, pena que si bien resulta superior a la prevista para la madre, ello no se traduce en una violación al principio de proporcionalidad, sino que los parámetros referenciados atienden a una razón específica, el inhibir este tipo de conductas por parte de personas distintas a la mujer embarazada, ya que incluso en caso de que se tratase de médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, se le suspende en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión. De igual manera, sostiene nuestro más Alto Tribunal que la punibilidad de cinco a ocho años de prisión, prevista para el aborto forzado, guarda relación con la circunstancia de que con la comisión de este delito se lesiona como bien jurídico la libre autodeterminación de la voluntad de la madre en función

de la vida en gestación, es decir, se trata de un bien jurídico compuesto por dos elementos, por ello el mayor grado de reproche al sujeto activo se encuentra justificada.

Por lo expuesto y fundado, los señores Ministros resolvieron:

Primero. Es parcialmente procedente e infundada la presente acción de inconstitucionalidad.

Segundo. Se sobresee en la presente acción de inconstitucionalidad, respecto de los artículos 148 del Código Penal para el Distrito Federal, 16 Bis 7 de la Ley de Salud para el Distrito Federal, y tercero transitorio del impugnado decreto de reformas a dichos preceptos.

Tercero. Se reconoce la validez de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, así como de los artículos 16 Bis 6, tercer párrafo, y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal.

Cuarto. Publíquese esta resolución en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*.

### 3. VOTOS<sup>73</sup>

Conforme a la postura que cada uno de los integrantes del Tribunal en Pleno adoptó en la discusión del asunto, emitieron votos concurrentes los señores Ministros Genaro David Góngora Pimentel, Sergio A. Valls Hernández, José de Jesús Gudiño Pelayo, José Fernando Franco González Salas,

---

<sup>73</sup> Los que pueden ser consultados en las páginas 95 a 490 de esta obra.

Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Juan N. Silva Meza.

Por otra parte, los señores Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, no estuvieron de acuerdo con la mayoría, por lo que emitieron voto de minoría.

#### **4. POSTURA QUE PROPONÍA EL PRIMER PROYECTO DE SENTENCIA, ELABORADO POR EL MINISTRO SERGIO SALVADOR AGUIRRE ANGUIANO**

El primer proyecto difirió sustancialmente de la sentencia mayoritaria, porque en él se estimó:

1. El derecho a la vida está consagrado implícitamente en nuestra Constitución.
2. El producto de la concepción se encuentra expresamente protegido por la Constitución, por los tratados internacionales y la Ley General de Salud, que integran junto con ella la Ley Suprema de la Unión.
3. El artículo 1o. constitucional contiene dos principios de salvaguarda de los derechos fundamentales, el primero: la autoridad debe garantizar su goce para todos los habitantes; y el segundo, las garantías individuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la propia Constitución establece.
4. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece límite o restricción alguna al derecho

a la vida humana; por tanto, su protección se da desde que ésta inicia, a saber desde la concepción.

5. El legislador ordinario no puede imponer límites al derecho a la vida.

6. El legislador ordinario está obligado a proteger desde el ámbito penal los bienes jurídicos que son esenciales para la sociedad, entre ellos, la vida humana como derecho natural del ser humano.

7. La tipificación del delito de aborto a partir del vencimiento de la décimo segunda semana de embarazo, así como al definir el embarazo a partir de la implantación del embrión en el endometrio, en los términos establecidos por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en el artículo 144 del Código Penal para la entidad, así como el 145 al establecer la penalidad sólo para el aborto practicado después de las doce semanas de embarazo, incurren en la desprotección total del producto de la concepción en la primera etapa gestacional referida.

8. Tal desprotección implica violación al derecho a la vida, dado que significa la imposición de un límite o restricción a este derecho fundamental, no previsto por el Constituyente.

9. La referida desprotección también implica violación a los principios de igualdad y no discriminación, al establecerse distinciones en razón de la edad gestacional.

10. En el supuesto no admitido de que el legislador ordinario estuviera facultado para ponderar el derecho a

la vida del producto de la concepción frente a los derechos de la mujer a la salud, libertad sexual, maternidad, autodeterminación de su cuerpo y al de forjarse un plan de vida propio, tendría que prevalecer el primero. Lo contrario implicaría anular el derecho a la vida del *nasciturus* dando prevalencia a derechos que se afectan sólo temporalmente y que tienen alternativas de solución, máxime que se está ante supuestos de embarazos producto de relaciones sexuales libremente decididas, libertad que el artículo 4o. constitucional condiciona a su ejercicio responsable e informado.

11. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal incumple los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la ponderación que realiza, así como el de progresividad de los derechos humanos al establecer un límite al derecho a la vida del *nasciturus*.

## 5. CONCLUSIONES

De la sentencia mayoritaria, se advierte que:

- El derecho a la vida no está consagrado expresamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino implícitamente.
- La vida es un presupuesto lógico u ontológico de la existencia de todos los demás derechos, es decir, constituye un derecho esencial o troncal. Pero no se le puede considerar como el más valioso que cualesquiera de los otros derechos fundamentales.

- Si no existe un individuo vivo, no hay posibilidades de que se ejerzan los derechos establecidos constitucionalmente.
- Los derechos fundamentales se establecen como límite al ejercicio de los derechos de la mayoría sobre la minoría, pero no para la expresión de un último valor fundamental del Estado el cual devenga intangible jurídicamente.
- Los derechos fundamentales o garantías individuales, no son derechos absolutos, sino que admiten la posibilidad de modificarse, de esta forma el derecho a la vida es un derecho relativo y, en consecuencia, debe ser armonizable con el conjunto de derechos.
- Diversos ordenamientos internacionales, que el Estado mexicano ha suscrito, garantizan y protegen el derecho a la vida; sin embargo, en ninguno de ellos se le reconoce como un derecho absoluto.
- Los ordenamientos internacionales sobre derechos humanos, ratificados por el Estado mexicano, no definen el momento en el cual inicia la protección del derecho a la vida, ni desde que momento el ser humano es sujeto de protección, tan sólo exigen que se cumplan y respeten las garantías relacionadas con la no privación arbitraria de la vida y las vinculadas con la aplicación de la pena de muerte.
- El Estado mexicano no se encuentra obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción, o en

algún momento específico, en razón del sentido y alcance que tiene la declaración interpretativa que se formuló al ratificar la Convención Americana y que se encuentra en vigor.

- La mera existencia de un derecho fundamental no implica la obligación de la penalización de una conducta que lo afecte. Así, que al no encontrarse ningún precepto constitucional específico para la penalización del aborto, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, correctamente tuvo a bien despenalizar el aborto hasta las doce semanas de gestación.
- La justificación de la medida es el resultado de un ejercicio democrático llevado a cabo por la Asamblea con el propósito de acabar con un problema de salud pública, los abortos clandestinos; asimismo, garantizar un trato igualitario a las mujeres, así como reconocerles libertad en la determinación en la forma en la que quieren tener relaciones sexuales y su función reproductiva; reconocen que no debe existir la maternidad forzada y se les debe permitir que puedan desarrollar su proyecto de vida en los términos que lo estimen conveniente.
- La despenalización del aborto en el Distrito Federal resulta acorde con la tendencia legislativa de otros países, que han establecido hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo.
- El legislador local realizó un ejercicio de ponderación entre los derechos que protegen al producto

de la concepción humana y los que protegen la dignidad, igualdad, salud, intimidad y autodeterminación de la mujer para decidir sobre su propia maternidad y, al final se inclinó por estos últimos, lo que resulta constitucionalmente válido y razonable.

## **6. COMENTARIO FINAL**

### **a) Introducción**

La acción de inconstitucionalidad es la facultad que tiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación para resolver las contradicciones que se presenten entre una norma de carácter general y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; dicho instrumento se encuentra previsto en el artículo 105 de la Norma Suprema. En esencia, el amparo contra leyes es el instrumento fundamental con el que se ataca la inconstitucionalidad de las disposiciones normativas generales expedidas por el órgano legislativo que sean contrarias a la Constitución Federal.

La existencia de los medios de control constitucional obedece a un principio consagrado en la Carta Magna, se refiere a la supremacía constitucional, la cual implica que no puede haber actos o leyes de autoridad que sean contrarios a las prevenciones consignadas en dicha ley; por ello, se afirma que el legislador no puede legislar *ad libitum*.

### **b) Delimitación de la acción de inconstitucionalidad**

Los problemas esenciales controvertidos, en relación con la acción de inconstitucionalidad, que se abordaran en el pre-

sente análisis aluden, en esencia, al tema de la interrupción del embarazo, por una parte y, por otra, a la cuestión relativa al momento en el que se debe proteger la vida humana —como garantía constitucional—. Así, la acción de inconstitucionalidad a estudio tuvo como elemento esencial dilucidar si la despenalización del aborto practicado durante las doce primeras semanas de gestación contraviene o no el derecho a la vida del producto de la concepción, reconocido en la Constitución.

Bajo esta premisa se torna relevante referirnos, con brevedad, al concepto de tipicidad, en función de que, en principio, la reforma penal controvertida, dogmáticamente, constituye una hipótesis de atipicidad de la conducta al no considerar como pena relevante la interrupción del embarazo dentro de las doce semanas de gestación. Por ello, es preciso destacar que el Código Penal para el Distrito Federal, en lo relativo al tema del aborto, contiene un catálogo de figuras delictivas, bien diferenciadas unas de otras por sus típicas texturas y, en principio, la típica trama de cada figura y la significación ínsita en su tipicidad, representan el primer plano de la consideración jurídica en la formación conceptual del moderno derecho punitivo.

La tipicidad es así una genuina expresión conceptual del derecho punitivo actual que hace referencia al modo o forma en que la fundamentación política y técnica del derecho penal ha creado para poner de relieve qué conductas contienen relevancia penal y, sin equivocación, cuáles no tienen matices de antijuridicidad.<sup>74</sup> La significación conceptual de la tipicidad

---

<sup>74</sup> JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, Tomo I, México, Porrúa, 2000, pp. 21 y ss.

se simboliza en el injusto descrito, en concreto, en la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, abarcando la garantía constitucional de seguridad jurídica.

La exigencia constitucional —seguridad jurídica— se traduce, en consecuencia, en la obligación del legislador de estipular significados; esto es, crear aquella definición que habrá de ser, en lo jurídico vinculante, lo que implica que el concepto así creado será aquel que goce de relevancia normativa para que la seguridad jurídica del gobernado se vea garantizada al serle posible comprender los conceptos legales sin acudir a diversos ordenamientos para conocer lo que le está vedado hacer.

Bajo esta tesitura, la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace la ley penal; y requiere, además, que el tipo esté redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir, con claridad, la conducta prohibida, para lo que es necesario que el legislador utilice un lenguaje claro y asequible al nivel cultural medio empleando, sobre todo, elementos lingüísticos descriptivos que cualquiera pueda apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo.<sup>75</sup> Postulados que se colman, a plenitud en la descripción de las conductas que sí son penalmente relevantes.

### **c) Análisis dogmático del delito de aborto**

El artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal dispone:

---

<sup>75</sup> González Quintanilla, José Arturo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2004, p. 715.

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.

El tipo penal es un instrumento legal necesario y de naturaleza descriptiva, que tiene como función la individualización de conductas humanas relevantes para el ordenamiento punitivo, por estar, en lo penal, prohibidas.<sup>76</sup> La definición del delito de aborto que adopta el Código Penal para el Distrito Federal es la interrupción del embarazo después de la decimosegunda semana de gestación, y se sanciona de tres a seis meses de prisión o de cien a trescientos días de trabajo a favor de la comunidad. Es decir, con antelación a la duodécima semana de gestación, la interrupción del embarazo es atípica, pues no se considera delito y, por ende, carece de significación y relevancia penal; esto es, en consecuencia, no se penaliza cuando se encuentre bajo este supuesto. En dicha hipótesis la interrupción del embarazo se actualiza, pues el elemento negativo de la tipicidad, que surge con base en la ausencia de un requisito esencial relativo a la referencia temporal (doce semanas) exigida por el tipo penal. Es decir, para que el delito de aborto se considere como tal, es condición esencial que la interrupción del embarazo se lleve a cabo después de las doce semanas (referencia temporal); antes de este término, la conducta no es punible, la conducta es atípica y, por ello, la *ratio essendi* del derecho penal carece de alcance conceptual.

---

<sup>76</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal*, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 1998, p. 391.

En efecto, entre las diversas hipótesis de atipicidad (falta de calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo o pasivo, ausencia de objeto o de los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo penal, y ausencia de referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo) es precisamente la ausencia de la referencia temporal la que impide la formación o constitución de la figura típica de aborto; es decir, aun al presentarse la conducta, si se encuentra ausente la referencia temporal exigida por el tipo, no puede ser relevante para el derecho penal.<sup>77</sup>

La tesis que antecede encuentra sustento en uno de los principales logros del derecho penal moderno, consistente en el *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, previsto en el artículo 14 constitucional, cuyo precepto exige que la posibilidad de imponer una pena a una persona por un delito del que sea responsable, requiere necesariamente de la previa existencia de una ley que señale con exactitud la conducta punible; es decir, aquella que se debe realizar para que la pena sea aplicable. Dicho precepto acoge el pensamiento que maduró en el siglo XVIII y que fue difundido a partir de la Revolución Francesa.<sup>78</sup>

La reforma penal, desde el ámbito penal y criminológico dedica particular atención a la diferencia de género y otorga nuevos espacios de libertad. La interrupción del embarazo hasta las doce semanas garantiza el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, sobre su maternidad, incluso sobre su vida y sobre su salud física y emocional. Esto

---

<sup>77</sup> PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1990, p. 290.

<sup>78</sup> ORELLA WIARCO, Octavio Alberto, *Curso de derecho penal, parte general*, México, Porrúa, 1999, p. 215.

es, la norma penal en cuanto a los derechos reproductivos de la mujer se universaliza y con ello transforma sus principios y las estructuras que, sin explicación, se mantenían vigentes en este tópico. Así, se atiende a políticas públicas elaboradas frente a los derechos de género.<sup>79</sup>

#### **d) Motivaciones exegéticas en que se sustenta la constitucionalidad de las reformas**

La Constitución no establece una protección directa al producto de la concepción, con independencia o contra la voluntad de la madre. El derecho a la vida no es de carácter absoluto porque la naturaleza del régimen constitucional exige conciliar valores que no necesariamente son compatibles y, por ende, se debe procurar un equilibrio entre valores en ocasiones antagónicos.

Es cierto que el derecho a la vida se encuentra reconocido en una gran cantidad de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre los que destacan: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3); Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 6); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 4). De manera complementaria a éstos se encuentran: la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 6 y 37); Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte (art. 1); Protocolo a la Convención Americana relativo a la abolición de la pena de muerte (art.1);

---

<sup>79</sup> BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna, y otros. (coordinador Bergalli Roberto), *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 451 y ss.

Código de Conducta para Funcionarios Encargados de hacer cumplir la ley (art. 3); Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (principios 4, 5, 6 y 9); Convenios de Ginebra de 1949 (art. 3); Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio (artículos I y II); Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículos 1 y 2), y Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (artículos I y II).

No obstante lo anterior, en ninguno de dichos ordenamientos se reconoce como un derecho absoluto el derecho a la vida, ya que aun cuando se ubica en los derechos insuspendibles o inderogables en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado, dicha circunstancia no lo transforma en un derecho absoluto frente a los demás derechos fundamentales, en la medida que los propios tratados internacionales contemplan la pena de muerte y en algunos casos establecen o aceptan la posibilidad de afectar ese derecho, siempre y cuando se haga por los procedimientos adecuados, sin excesos y sin causar sufrimiento innecesario. Es decir, en los tratados de derechos humanos no se prohíbe la aplicación de la pena de muerte de manera absoluta; se restringe su aplicación, siempre y cuando se imponga por delitos considerados de máxima gravedad, en cumplimiento de una sentencia ejecutoriada dictada con anterioridad a la comisión del delito y por un tribunal competente. En consecuencia, el derecho a la vida establecido en el derecho internacional no puede ser considerado, en modo alguno, como absoluto. La normativa internacional no prohíbe categóricamente la privación de la

vida, sino que establece condiciones que la rigen y determinan cuando la privación de este derecho fundamental es lícita.

Bajo este esquema, podemos asumir que los instrumentos internacionales de derechos humanos sí garantizan y protegen el derecho a la vida, pero no como un derecho absoluto, ya que en determinados casos y bajo condiciones legales claramente definidas la privación de la vida es lícita.

Por otra parte, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos no definen el momento en el que se inicia la protección del derecho a la vida, ni desde qué momento el ser humano es sujeto de protección. Cabe apuntar que el único tratado que hace referencia a un momento específico para el inicio de la protección del derecho a la vida, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece un momento a partir del cual, en general, debe ser protegida la vida. El resto de tratados guardan silencio en cuanto a dicho aspecto. La Convención Americana es, pues, el único instrumento que establece que el derecho a la vida estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Sin embargo, la expresión "en general" en el texto de la Convención, otorga a los Estados un margen para adoptar legislación que permita la interrupción del embarazo en determinadas circunstancias.

En consecuencia, ningún instrumento internacional de derechos humanos aplicable en el Estado mexicano reconoce el derecho a la vida como un derecho absoluto, ni exige un momento específico para considerar el inicio de la protección de ese derecho; tan solo exigen que se cumplan y respeten las garantías relacionadas con la no privación arbitraria de la vida

y las vinculadas con la aplicación de la pena de muerte. Por tanto, México no se encuentra obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción, o respecto de algún momento específico.

Bajo este contexto, es posible sostener que dentro de un hipotético catálogo de conductas que el legislador se encuentra facultado para penalizar, puede decidir, discrecionalmente cuáles de ellas penalizar y cuáles no, siempre y cuando lo haga mediante los procedimientos legales y respete las limitaciones de contenido establecidas por ciertos derechos fundamentales.

Por lo anterior, la medida utilizada por el legislador en el sentido de considerar atípica la conducta de interrupción del embarazo dentro de las doce semanas de gestación, resulta idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, pues la no penalización por la interrupción del embarazo tiene como contraparte la libertad de la mujer para que decida respecto de su cuerpo, su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida. En tal sentido, el principio de *última ratio*, en el derecho penal moderno, obliga a que las penas, como un medio coercitivo importante del Estado mexicano, sea el último de los instrumentos estatales para prevenir los ataques a los bienes y valores fundamentales de la sociedad.

Por ello, el legislador consideró la penalización de la conducta como ineficaz y, lejos de impedir que las mujeres recurran a la interrupción voluntaria del embarazo, de una manera segura, las orilla a someterse a procedimientos médicos en condiciones inseguras en las que, incluso, ponen en riesgo su vida.

### e) Conclusiones

- El aborto no deja de ser delito y, por ende, persiste el primigenio interés del legislador de sancionarlo, pues despenalizar el aborto antes de las doce semanas implica, *per se*, proteger a la mujer y evitar en mayor proporción que pongan en peligro su vida y su salud, cobrando vigencia la garantía constitucional prevista en el artículo 4o. de la Carta Magna al asegurar el derecho de la mujer a decidir de manera libre y responsable sobre su cuerpo en relación con el número y espaciamiento de sus hijos. Esto es, se parte del derecho que tienen las mujeres a la autodeterminación de su cuerpo. Si el Estado impone por la vía penal la culminación de un embarazo, restringe a la mujer su derecho fundamental al colocarla en condición de desventaja al no permitirle ejercer autonomía y ciudadanía plenas. No debe imponer a la mujer un periodo de gestación contra su voluntad con implicaciones para el resto de su vida. La interrupción del embarazo hasta las doce semanas y el servicio público que brinda constituye un derecho de salud pública que se vincula estrechamente con el Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.
- La Constitución, así como los tratados internacionales establecen que la protección de la vida, tratándose de *nasciturus*, no es absoluta ni estricta, sino que, en todo caso, debe ponderarse con otros valores protegidos constitucionalmente. Esto es, no se está ante una protección absoluta de la vida en gestación, sino antes bien, y acaso de manera principal, debe ponde-

rarse tal protección con los derechos fundamentales que estén en juego, y en el caso concreto, son aquellos inherentes a la mujer, dada la particular relación de ésta con el feto.

- En resumen, las reformas a los artículos 144 y 145 del Código Penal para el Distrito Federal, en cuanto establecen el tipo penal del delito de aborto, considerando determinadas semanas de embarazo, no vulneran, en modo alguno, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ni los tratados internacionales que rigen la materia, pues, por una parte, compete al legislador establecer la política criminal, conforme a las circunstancias sociales que imperen en determinado momento, por lo que si ha definido que aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación, ello no resulta desproporcional o injustificado, ya que busca equilibrar tanto la protección de la vida potencial como los derechos de la mujeres, sin intrometerse en forma excesiva en la intimidad de estas últimas y evitar que la protección de la vida en gestación se coloque por encima de la libertad de autodeterminación procreativa y el desarrollo personal, la dignidad y el derecho a la salud física y mental de la mujer.

Bajo este contexto, se refrendan los argumentos jurídicos que sustentan las determinaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reflejo fiel de una doctrina de hondo conocimiento y sabiduría, avalados por un juicio íntegro, basado en auténticos anales de elucidación, en los que se funden la sabiduría, la templanza y el profundo conocimiento, en pro de la legalidad y la justicia.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ARTEAGA NAVA, Elisur, *Tratado de derecho constitucional*, México, Oxford, 1999.

BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna y otros, Coord. Bergalli Roberto, *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

CARDENAL SEPER, Francisco, *El aborto*. Declaración de la sagrada congregación para la doctrina de la fe sobre el aborto provocado, 2a. edición, México, Ediciones Paulinas, S.A., 1978.

CARPIZO Jorge y Diego VALADÉS, *Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia*, México, UNAM, 2008.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *¿De quién es la vida?*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009.

GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2004.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2000.

MARÍN GÁMEZ, José Ángel, *Aborto y Constitución*, España, Universidad de Jaén, 1996.

ORELLA WIARCO, Octavio Alberto, *Curso de derecho penal, Parte General*, México, Porrúa, 1999.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1990.

PRIETO DÍAZ, Raúl Antonio, "Distintos procesos de amparo y amparo contra leyes", Serie *Amparo contra Leyes*, México, Iure Editores. (s/f).

REITH SCHROEDEL, Jean, *Is the Fetus a Person? A comparison of policies across the fifty states, USA*, Cornell University Press, 2000.

REVIRIEGO PICÓN, Fernando, *Otro estudio más del aborto. La indicación eugenésica y su fundamentación*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 1998.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, *El aborto: problemas constitucionales*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio, *El aborto. Aspectos: jurídico, antropológico y ético*, México, Universidad Iberoamericana, 2002.

TIETZE, Christopher, *Informe mundial sobre el aborto*, España, Ministerio de Cultura, 1987.

TOCCI, Arturo, *Il procurato aborto. Trattato medico-legale*, Italia, Dott Antonino Giuffre Editore, 1954.

VIEITES, Moisés, *El aborto a través de la moral y de la ley penal*, España, Reus, 1933.

WENZ, Peter, *Abortion rights as religious freedom*, Philadelphia, Temple University Press, 1992.

WHITNEY, Catherine, *Whose life? A balanced comprehensive view of abortion from its historical context to the current debate*, New York, William Morrow and Company, Inc, 1991.

WILLKE, J.C., *Manual sobre el aborto*, Colección Cultural de Bolsillo, España, Eunsa, 1975.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal*, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 1998.

### ***Ordenamientos jurídicos nacionales***

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal para el Distrito Federal.

Ley de Salud para el Distrito Federal.

### ***Instrumentos jurídicos internacionales***

Código de Conducta para Funcionarios Encargados de hacer cumplir la ley.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio.

Convenios de Ginebra de 1949.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

La Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Protocolo a la Convención Americana relativo a la abolición de la pena de muerte.

Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte.

## ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	9
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	11
<b>I. TEMAS INTRODUCTORIOS</b> .....	15
1. NATURALEZA JURÍDICA DEL DISTRITO FEDERAL .....	16
a) Antecedentes .....	16
b) Facultades de la Asamblea Legislativa y de los Poderes de la Unión respecto al Distrito Federal .....	18
c) Evolución legislativa del Código Penal para el Distrito Federal .....	20
2. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 10/2000 ....	21
<b>II. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007 Y SU ACUMULADA 147/2007</b> .....	27
1. ANTECEDENTES .....	27
2. CONCEPTOS DE INVALIDEZ EXPRESADOS POR EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS .....	31
a) Sobre el derecho a la vida .....	31
b) Sobre el principio de igualdad y no discriminación ....	32

c) Sobre el principio de exacta aplicación de la ley .....	33
d) Competencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal .....	35
e) Sobre el derecho de objeción de conciencia .....	35
f) Sobre el derecho a la salud .....	36
g) Sobre el principio de legalidad .....	36
3. CONCEPTOS DE INVALIDEZ EXPRESADOS POR EL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA .....	36
a) Las normas impugnadas son contrarias a los artículos 1o., 4o., 14, 22 y 123 constitucionales .....	37
b) Supremacía de la Ley General de Salud sobre las facultades legislativas locales .....	39
c) Derecho de procreación .....	40
d) El principio de certeza jurídica .....	41
e) Garantías constitucionales de no discriminación e igualdad .....	41
f) La Asamblea Legislativa del Distrito Federal se excedió en sus facultades .....	42
4. INFORME DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL .....	43
5. INFORME DEL JEFE DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL .....	51
6. RESOLUCIÓN DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN .....	61
a) Sobreseimiento y causal de improcedencia .....	61
b) Consideraciones previas sobre la complejidad del problema .....	65
i. Informes en materia de salud .....	66
ii. Informe sobre causas penales .....	66
iii. Prueba pericial .....	67
iv. Comparecencias .....	67
c) Planteamientos sobre la incompetencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal .....	69
i. ¿Son la salud y la salubridad general materias distintas? .....	69
ii. ¿Cuál es la relación entre la Ley General de Salud y el Sistema Nacional de Salud? .....	70
iii. ¿Existe una definición de embarazo en materia de salud? .....	71

iv. En materias concurrentes, ¿deben los demás órdenes jurídicos observar únicamente la Ley General, o también las normas que la desarrollan a nivel federal, como reglamentos y normas oficiales mexicanas? .....	75
v. ¿Son obligatorias las definiciones establecidas en una ley general para todos los restantes ámbitos normativos componentes de nuestro sistema federal? .....	76
d) El derecho a la vida .....	79
e) Las disposiciones impugnadas y el principio de igualdad .....	81
f) Planteamientos de fondo en relación con los principios en materia penal .....	83
i. Violación a los principios de certidumbre y exacta aplicación de la ley penal .....	83
ii. Proporcionalidad de las penas .....	88
g) Sentido de la resolución .....	92
<b>III. VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA EL MINISTRO GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL .....</b>	<b>95</b>
<b>IV. VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA EL MINISTRO SERGIO A. VALLS HERNÁNDEZ .....</b>	<b>141</b>
<b>V. VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO .....</b>	<b>157</b>
<b>VI. VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS .....</b>	<b>205</b>
<b>VII. VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA LA MINISTRA OLGA SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS .....</b>	<b>227</b>
<b>VIII. VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA LA MINISTRA MARGARITA BEATRIZ LUNA RAMOS .....</b>	<b>247</b>
<b>IX. VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA EL MINISTRO JUAN N. SILVA MEZA .....</b>	<b>259</b>

<b>X.</b>	<b>VOTO DE MINORÍA QUE FORMULAN LOS MINISTROS SERGIO SALVADOR AGUIRRE ANGUIANO, MARIANO AZUELA GÜITRÓN Y GUILLERMO I. ORTIZ MAYAGOITIA .....</b>	<b>279</b>
<b>XI.</b>	<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>491</b>
<b>XII.</b>	<b>COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO .....</b>	<b>495</b>
	<b>1. DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO .....</b>	<b>495</b>
	a) Introducción .....	495
	b) Argumentos de carácter científico .....	499
	c) La interrupción del embarazo antes de las doce semanas .....	505
	d) Argumentos constitucionales del orden jurídico mexicano .....	506
	<b>2. ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007 Y SU ACUMULADA 147/2007 FALLADAS POR EL TRIBUNAL EN PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EL 28 DE AGOSTO DE 2008 .....</b>	<b>510</b>
	a) Antecedentes .....	510
	b) Partes .....	517
	c) Consideraciones y resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación .....	518
	i. Oportunidad de la demanda .....	519
	ii. Legitimación de las partes .....	519
	iii. Sobreseimiento y causas de improcedencia .....	520
	iv. Estudio sobre la inconstitucionalidad de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, 16 Bis 6, tercer párrafo, y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud de la misma entidad, publicado mediante decreto el 26 de abril de 2007 ...	521
	v. Determinación de la complejidad del problema .....	524
	vi. Metodología que empleó la Corte para realizar el estudio .....	525

vii. Argumento de incompetencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal .....	525
viii. Planteamientos de fondo en relación con la existencia y naturaleza del derecho a la vida .....	528
ix. Planteamientos de fondo en relación con los principios en materia penal .....	539
3. VOTOS .....	546
4. POSTURA QUE PROPONÍA EL PRIMER PROYECTO DE SENTENCIA, ELABORADO POR EL MINISTRO SERGIO SALVADOR AGUIRRE ANGUIANO .....	547
5. CONCLUSIONES .....	549
6. COMENTARIO FINAL .....	552
a) Introducción .....	552
b) Delimitación de la acción de inconstitucionalidad .....	552
c) Análisis dogmático del delito de aborto .....	554
d) Motivaciones exegéticas en que se sustenta la constitucionalidad de las reformas .....	557
e) Conclusiones .....	561
7. BIBLIOGRAFÍA .....	563



Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en diciembre de 2009 en los talleres de Gama Sucesores, S.A. de C.V., Ingenieros Civiles núm. 94, Col. Nueva Rosita, Delegación Iztapalapa, C.P. 09420, México, D.F. Se utilizaron tipos Futura Lt Bt y Futura Md Bt en 7, 10, 11 y 13 puntos. La edición consta de 4,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 grs.

