

“ABORTO POR INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO”

I.- INTRODUCCIÓN.

Este tema ha sido objeto de discusión en múltiples sitios, desde los mas comunes intercambios entre familiares y amigos en las sobremesas, en las aulas de clase, en los medios de comunicación, en foros académicos y hasta en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que como Máximo Tribunal Constitucional ha expresado su criterio a través de la resolución emitida el 28 de agosto de 2008, publicada en la Gaceta del Seminario Judicial de la Federación del mes de marzo de 2009, contenida en el Tomo XXIX, página 1421, Novena Época, a través de la cual resolvió negar la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, promovidas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República, en contra de la legalización de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal y la adición de los numerales 16 Bis 8, último párrafo de la Ley de Salud para el Distrito Federal, creados mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial de la Entidad de veintiséis de abril de dos mil siete, expedido por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y promulgado por el Jefe de Gobierno de la misma entidad.

El presente documento de ninguna manera pretende contravenir, ni objetar los argumentos en los cuales dicho Tribunal sustentó la resolución mencionada, como tampoco expresar puntos de vista en sentidos axiológicos a través de los cuales se exponga una postura particular y tendenciosa sobre el tema, por el contrario este se enfoca en desarrollar un estudio jurídico científico que exprese las razones y motivos por los cuales conforme a las estructuras vigentes actuales, su aplicación en el derecho positivo y su interpretación dogmática, concluye con bases científicas que dicha hipótesis legal actualmente regulada en el Código Penal para el Distrito Federal, a pesar del pronunciamiento emitido por nuestro máximo Tribunal Constitucional, en lo mas profundo de su exégesis legal, contraviene el verdadero espíritu de la Norma Suprema de la Federación y los Principios Fundamentales del Derecho.

Con la finalidad de respetar el orden dogmático hemos dividido el presente estudio en cuatro subtítulos, los cuales se desarrollan conforme a las bases publicadas por esta Honorable Asociación y que se exponen de lo general a lo particular.

En el primero se plantea el “DERECHO A LA VIDA”, desde una visión del derecho positivo al amparo de la Carta Magna y de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, Tratado Internacional que fuera ratificado por los Estados Unidos Mexicanos el 2 de marzo de 1981, e instrumento que constituye derecho vigente, analizado con apoyo en la interpretación de la Tesis IX/2007 emitida en fecha 20 de marzo de 2007 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual resolvió que los Tratados Internacionales como parte integrante de la Ley Suprema de la Unión, se ubican jerárquicamente por encima de las leyes Generales, Federales y Locales.

Posteriormente se expone una crítica a la técnica legislativa en que incurrió la Asamblea de Representantes del Distrito Federal en la redacción e implementación de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, que contemplan la figura denominada vulgarmente “ABORTO POR INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO” y nombre con el que se intitula este documento, reforma legal que desde nuestra óptica viola los principios generales del derecho desde el momento en que le otorga a dicha hipótesis el carácter de norma permisiva, siendo que su naturaleza conforme a la Doctrina del Derecho Penal en realidad constituye una “causa de exclusión del delito” y cuyo reconocimiento en todo caso debería justificarse exclusivamente a partir de un estudio filosófico respecto de dos bienes de la misma jerarquía que eventualmente pudiesen encontrarse en pugna y definitivamente alguno de estos, o los dos en riesgo, para que a partir de ello, se normara un supuesto jurídico sustentado en bases científicas tendiente a regular las lagunas legales, contrario a lo que en la especie ocurrió, a través de la implementación de disposiciones que mas bien atendieron a razones de política criminal, las cuales fueron disfrazadas en el “derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo”, lo que en lo particular no se cuestiona, sino mas bien su propio sustento establecido en la inequidad de dos bienes jurídicos que desde el punto de vista ontológico no contienen la misma jerarquía, como lo es la vida del embrión versus la libertad de decisión o la voluntad de la madre para abortar la concepción engendrada en su propio cuerpo.

En el tercer subtítulo se desarrollan algunas consideraciones en el sentido de que la creación y reconocimiento del “Aborto por Interrupción del Embarazo”, se opone a la garantía de igualdad entre todas las personas y en específico de los sexos, es decir varón y mujer conforme la Carta Magna son iguales ante la ley, de donde nace el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, por lo que de manera concreta la norma cuestionada al depositar en la mujer la decisión autónoma y unilateral para ejercer el aborto, omite considerar el derecho del varón al reconocimiento de sus hijos y por ende al ejercicio de la patria potestad sobre los menores que nacieran como consecuencia de esa unión, violentándose de esta manera la garantía

constitucional mencionada, el derecho de igualdad entre los sexos universalmente reconocido, así como el derecho al ejercicio de la paternidad a favor del hombre.

Por último se plantea que la hipótesis criticada contraviene toda la tradición jurídica románica y napoleónica que reconoce al nacíurus (concebido pero no nacido), como heredero, legatario o donatario y con tal carácter adquirir derechos reales y/o personales, sujetos a la condición suspensiva de que nazca vivo y viable, pero además conforme a las teorías de mayor vanguardia en materia familiar, para ser sujeto de otros derechos entre ellos a llevar un nombre y ser registrado en el Estado, además de todas aquellas prerrogativas que derivan de ello.

II.- INCONGRUENCIAS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ABORTO POR INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO.

1) DERECHO A LA VIDA.

Como preámbulo para entrar al desarrollo del presente punto, por razones obvias nos limitamos exclusivamente al concepto de vida humana, a su vez asumimos a esta como un hecho intrínseco del propio ser humano, sin pretender establecer una aseveración con apoyo en la ciencia natural, en la biología o la religión al respecto de su causa creadora, o del momento en que esta se gesta, pues el objeto del presente documento no es polemizar, ni generar discusiones o interpretaciones sobre estas cuestiones, mucho menos aún identificar su origen con un sentido religioso u otorgarle contenidos de carácter axiológico, pues ello demeritaría el contenido objetivo que se intenta lograr. Con apoyo en esta premisa, resulta obvio que el derecho a la vida es el presupuesto de cualquier otra prerrogativa asumida desde el derecho natural, o bien reconocida formalmente por el orden jurídico, de tal suerte que ningún individuo sin este preciado bien puede ser sujeto de derechos y obligaciones.

El concepto más elemental aplicable a esta circunstancia desde el punto de vista formal es de la personalidad jurídica. Como lo señala la doctrina persona significa todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones, en cuyo contenido se reconocen tanto a las personas físicas, como a las morales. De conformidad con este concepto la primera interrogante que la doctrina del derecho se plantea es determinar el momento en que inicia la personalidad jurídica, para así poder establecer con certeza el reconocimiento formal de dicho estatus y en consecuencia los derechos y obligaciones que le son inherentes a la persona, mismos que derivan de los atributos de la personalidad, que en la especie son: a)

la capacidad; b) el estado civil; c) el patrimonio; d) el nombre y; f) el domicilio. Sobre este particular sabemos que existen sendas teorías como lo son la de la concepción; la del nacimiento; la ecléctica; la de viabilidad; o la psicológica, en las cuales los estudiosos del Derecho Civil han sustentado sus posiciones en torno a la persona y sus atributos, pero mas allá de discusiones teóricas cuyo contenido esta basado en el derecho natural, es preciso establecer que el DERECHO A LA VIDA ha sido postulado por las corrientes occidentales que propalan el respeto a los derechos humanos, cuya influencia ha provocado su reconocimiento expreso en los mandatos constitucionales modernos que emanan de las voluntades populares y que rigen la actuación de los estados democráticos, otorgándosele por lo tanto su identificación en el derecho positivo al constituirse en normas vigentes del orden jurídico.

En el caso concreto nuestra norma Constitucional si bien es cierto no recoge de manera expresa el DERECHO A LA VIDA, desde el momento en que en su artículo primero expresa que todo individuo gozará de las garantías que otorga dicho ordenamiento, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino únicamente en los casos y con las condiciones que ella misma establece, ello implica el reconocimiento tácito de este derecho como garantía constitucional por los motivos que aquí nos permitiremos exponer.¹

Para demostrar esta premisa primeramente debemos partir de la idea de la jerarquía normativa, misma que necesariamente reconoce a una norma fundamental que definitivamente ocupa una posición preponderante respecto de otros ordenamientos.

Señala Kelsen que "...La derivación de las normas de un orden jurídico de la norma fundamental del propio orden, se realiza mostrando cómo las normas particulares han sido creadas de acuerdo a la norma básica..."². Por otra parte el maestro García Maynez precisa que "...En los sistemas de este tipo la norma básica asume un carácter formal-dinámico, porque el acto creador del derecho exige la intervención de ciertos órganos y, también porque los requisitos para la elaboración o modificación de los preceptos jurídicos son puramente extrínsecos,

¹ "...**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..."

² Kelsen, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado", Universidad Nacional Autónoma de México, Primera edición, México, 1949, p 135.

ya que no están referidos al contenido de esos preceptos, sino a la forma en que es preciso formularlos. La institución, por la norma básica, de órganos creadores y aplicadores, engendra diferencias de rango entre tales órganos y, al propio tiempo, condiciona la estructura piramidal del sistema, lo que da nacimiento a una complicada red de relaciones de supra y subordinación entre las reglas que de aquella norma derivan...”³

Todo ello desde la visión del derecho positivo se traduce en el reconocimiento de una norma básica que en los sistemas republicanos lo constituye la Carta Magna o Estatuto Constitucional, misma que se erige como norma suprema en el ámbito de su aplicación y que contiene los principios fundamentales a partir de los cuales se crean todos los demás ordenamientos que emanan de dicho mandato, disposiciones que en orden jerárquico se estatuirán por debajo de la propia Constitución debido a su carácter normativo supremo. Este principio no es ajeno a nuestra Constitución Política y se encuentra contemplado en el artículo 133 del propio ordenamiento.⁴

Esta disposición Constitucional como se ha expresado establece el principio de la jerarquía o pirámide normativa, que sin duda alguna conforme a su lectura literal reconoce al propio estatuto como norma suprema al mismo nivel jerárquico que las leyes emanadas del Congreso de la Unión, es decir las denominadas Leyes Generales y las Leyes Federales, equiparadas a todos aquellos instrumentos de derecho internacional conocidos como Tratados Internacionales o Convenciones en las que los Estados Unidos Mexicanos sean parte por haber sido celebrados por el Presidente de la República, con la aprobación o ratificación del Senado.

A pesar de la literalidad de la disposición comentada, desde la promulgación de la Constitución Política de 1917, este precepto ha generado diversas interpretaciones en el sentido de cual de los ordenamientos tiene superioridad con respecto a los demás, de tal suerte que el Poder Judicial Federal a través de sus órganos jurisdiccionales y con apego a las facultades discrecionales que el propio mandato le ha conferido a sus órganos, ha interpretado esta disposición y resuelto las directrices de su aplicación a través de la Jurisprudencia, institución que como sabemos constituye una fuente formal del

³ García Maynez, Eduardo, “Filosofía del Derecho”, Editorial Porrúa, Decima edición, México, 1998, p 198.

⁴ “...**Artículo 133.** Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados...”.

derecho que tiene el carácter de obligatoria para todos los Tribunales sin importar la materia, el orden Federal o local e inclusive para el fuero militar.

En este punto prevaleció durante varias décadas el criterio de que la Constitución Política y las Leyes emanadas del Congreso de la Unión, constituían el marco referencial superlativo de la pirámide normativa, ello sustentado principalmente en el concepto de soberanía nacional como interés superior del Estado, sin embargo en los últimos años, contagiados por la tendencia de la apertura al concierto internacional, la transformación de las instituciones hacia la democratización, apertura y transparencia, la creación organismos de protección de los derechos humanos y el fortalecimiento de los mecanismos de política internacional, se ha otorgado preponderancia a los Tratados Internacionales como instrumentos jurídicos, los que como se ha expuesto contienen normas de derecho positivo vigente, siempre y cuando hayan sido firmados por el Presidente de la República y ratificados por el Senado. Así las cosas y no obstante la Jurisprudencia emitida por el Máximo Tribunal Constitucional en el sentido anteriormente apuntado basada en su propia tradición ideológica, la tendencia fue revertida de tal suerte que desde la novena época se han emitido criterios en pro de considerar a la propia Constitución como norma Suprema y a los Tratados Internacionales debidamente suscritos y ratificados por el Estado, al mismo nivel jerárquico y superior a los demás ordenamientos, como lo postula la Tesis IX/2007, emitida el 20 de marzo de 2007 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁵

⁵ "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. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.

Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.

El Tribunal Pleno, el veinte de marzo en curso, aprobó, con el número IX/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de marzo de dos mil siete.

Nota: En la sesión pública de trece de febrero de dos mil siete, además del amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc Cain México, S.A. de C.V., se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 1084/2004, 1651/2004, 1277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 815/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, respecto de los cuales el tema medular correspondió a la interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a que se refiere esta tesis aislada."

Esta interpretación judicial de la jerarquía normativa resulta del todo relevante para fundamentar el concepto de DERECHO A LA VIDA y su reconocimiento y aplicación en el derecho positivo mexicano, pues a pesar de que expresamente no se contenga en la Constitución Política, este ha sido recogido en el artículo primero en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, Tratado Internacional que fuera ratificado por los Estados Unidos Mexicanos el 2 de marzo de 1981 y que vincula al Estado Mexicano a efecto de respetar los derechos y libertades reconocidos en el propio estatuto para garantizar el libre y pleno ejercicio de favor de toda persona que se encuentre sujeta a su jurisdicción con el fin de que exista igualdad entre todos los ciudadanos dentro del territorio⁶ y con apoyo en la jurisprudencia antes mencionada, se instituye como norma suprema.

⁶ “...**Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.**

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano...”.

“...**Artículo 4. 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.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente...”

B) ABORTO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO.

En las mesas de discusión sobre el tema previo a la formulación de la iniciativa de ley aprobada por la Asamblea de Representantes y a la publicación de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal,⁷ en todo momento se partió de la idea de “despenalizar el aborto antes de las doce semanas”, considerando la necesidad de combatir las prácticas clandestinas de legrados que se llevaban a cabo principalmente por personas que no tienen capacidad, conocimientos, ni la infraestructura para ejecutarlos, lo que provocaba riesgos en la salud de las mujeres que voluntariamente accedían a ello, llegando incluso al extremo de poner en manos de terceros sus propias vidas, hecho que desde el punto de vista de los postulantes generó un problema de salud pública y que en lo particular no se cuestiona, pues en realidad no tenemos duda que las encuestas que presentaron así lo demuestran.

Sin embargo mas allá de los elementos expuestos en los diarios de debates, es innegable que el motivo generador de la reforma se sustentó en razones de política criminal, no siendo estas suficientes para justificar la supresión de la sanción a esta especie de conducta, pues además de considerar las necesidades de la sociedad y la conveniencia política para implementarla, los legisladores debieron atender el sentido que tiene en si misma la ley como instrumento regulador de la convivencia social y por ello tutelar intereses de orden público, los que en materia penal se identifican como bienes jurídicos y que son aquellos conceptos que ameritan su protección porque en su naturaleza llevan consigo una connotación ontológica a-priori al valor jurídico que adquieren cuando son recogidos por la norma. En esta lógica es importante hacer la precisión de que la norma penal tiene una doble función, la primera como instrumento para la protección de los intereses jurídicos de mayor importancia y la segunda como

⁷ “...**Artículo 144.** Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo.

Artículo 145. Al que hiciere abortar a una mujer, se le impondrá de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella.

Cuando falte el consentimiento, la prisión será de cinco a ocho años. Si mediare violencia física o moral se impondrá de ocho a diez años de prisión.

Artículo 146. Si el aborto lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme al artículo anterior, se le suspenderá por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta en el ejercicio de su profesión u oficio.

Artículo 147. Se impondrá de uno a tres años de prisión a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado...”

mecanismo para orientar la conducta de los seres humanos frente a nosotros mismos y ante la sociedad a la cual pertenecemos, pues el sentido de la ley penal no es represor, ni exclusivamente sancionador.

Para ilustrar de una manera mas clara estos conceptos, nos permitimos reproducir la opinión expresada por el maestro Sergio Vela Treviño quien sobre el particular señala "...que la primera función que cumple la norma es la protectora, atendiendo al interés jurídico, ya que entendemos que las normas jurídicas existen ante la necesidad de preservar aquellos intereses sociales aceptados y reconocidos como valiosos para el avance y desarrollo pacífico y armónico del grupo; cada norma jurídica puede vincularse con un interés jurídico y, en especial, las normas penales se ocupan de proteger, de entre los intereses reconocidos socialmente, aquellos que más importancia, valor y trascendencia tienen para la comunidad. Por esto, los bienes o intereses jurídicos más significativos son recogidos en la esfera penal y protegidos por las normas penales, ya que éstas son, como se expuso, las que tienen la mayor drasticidad en cuanto a las respuestas sociales, cuando se viola el principio de protección.

Para hacer evidente nuestra afirmación, podemos poner el caso de la vida humana, que es el bien jurídico por antonomasia, que es reconocida y protegida por la norma penal en los varios tipos que tienen vinculación con ese bien, como ocurre en el homicidio, el infanticidio, el parricidio, etc. En todos ellos, la función de la norma es la protección al bien jurídico y la respuesta a la violación del principio de protección es la más drástica medida penal disponible; en ciertos países, la afectación a la vida trae como consecuencia la pena de muerte; en otros casos, la pena de prisión es la más elevada que el sistema reconoce. Es clara, en esta posición, la drasticidad de la reacción, pero más clara resulta la función protectora de la norma, ya que cada una de las normas lleva dentro de sí el bien jurídico que ha sido valorado y reconocido por los legisladores...."⁸

Así pues en la iniciativa mencionada el legislador con la finalidad de cumplir con los requerimientos exegéticos de la norma antes apuntados, intentó conferirle un contenido ontológico pretendiendo justificarlo en la tutela del derecho y la libertad que tiene la mujer para decidir sobre su propio cuerpo, sustentando en esto su sentido protector, sin embargo insistimos que ese juicio de valor no cumplió debidamente con los requisitos de protección necesarios que son intrínsecos a la exégesis de la norma penal, pues la reforma no consistió específicamente en la despenalización del aborto, sino mas bien en la creación de una causa de exclusión del delito, la cual además resultó incorrectamente redactada y que justifica la conducta del aborto para no constituir objeto de sanción punitivo. Además esta fue aprobada a pesar de existir una pugna entre

⁸ Vela Treviño, Sergio, "Culpabilidad e Inculpabilidad: Teoría del Delito". Editorial Trillas, Primera edición, México, 1990, p.p. 280-281.

dos bienes filosóficos de diferente jerarquía, como en la especie son por una parte la libertad de la madre y su derecho a decidir sobre su propio cuerpo y por la otra la vida de un producto, reconociéndose por lo tanto mayor jerarquía y preponderancia al primero sobre el segundo, lo que evidentemente se traduce en una inconsistencia legislativa.

No obstante la justificación conferida a la reforma del aborto por interrupción del embarazo como causa de exclusión del delito, el legislador no la incluyó en el artículo 148 de la ley sustantiva penal para el Distrito Federal, que contiene de manera casuística una serie de hipótesis que consideran al aborto como circunstancias de licitud y que por ende se excluyen de una sanción punitiva, tales como el aborto terapéutico, por violación a la madre, por negligencia de la madre o por afectaciones genéticas del producto, las que contrariamente a la primera si cumplen con los requisitos apuntados anteriormente para ser consideradas como tales, ya que protegen bienes que resultan superiores a los que se sacrifican.

La figura del aborto por interrupción del embarazo estrictamente hablando en realidad consiste en una hipótesis nueva en la ley penal que sanciona la conducta de abortar después de las doce semanas de gestación del embarazo, que por ende excluye la responsabilidad penal de la mujer que efectúe esta práctica previamente a dicho momento, derogándose en consecuencia la norma sancionadora antes existente que contemplaba el aborto genérico, hipótesis a partir de la cual se crearon normas permisivas de carácter administrativo con la finalidad de regular a través de diversas disposiciones esta especie de prácticas, lo que contraviene a los principios generales del derecho.

C) IGUALDAD SEXUAL Y LIBERTAD DE PROCREACIÓN.

Con el esfuerzo y la lucha de múltiples mujeres defensoras de los derechos humanos feministas, se ha pretendido obtener un equilibrio en los reconocimientos de igualdad de derechos entre ambos géneros, lo cual afortunadamente al parecer se ha logrado al menos en la ley. Fue hasta el año de 1974 cuando por primera vez la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoció el derecho de igualdad entre el hombre y la mujer en su artículo 4°, pues anteriormente esta disposición recogía la libertad del trabajo.⁹

⁹ “...**Artículo 4o.-** (Se deroga el párrafo primero)

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta 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...”

El maestro Burgoa comenta que "...la disposición constitucional transcrita es justificadamente criticable por diferentes razones. La igualdad jurídica entre el hombre y la mujer ha existido en México desde hace varios lustros, por lo que su proclamación en la Ley Fundamental de la República resultó innecesaria. En efecto, desde el punto de vista civil, político, administrativo y cultural, la mujer ha tenido los mismos derechos y obligaciones que el varón, bastando la simple lectura de los diferentes ordenamientos concernientes a dichas materias para corroborar este aserto. En lo que concierne a la materia laboral y penal, la legislación respectiva ha sido protectora de la situación de la mujer en su carácter de trabajadora y de víctima de los delitos llamados sexuales, tales como el estupro, la violación y el rapto. Esa protección jurídica se ha implementado tomando en cuenta las diferencias naturales de carácter sico-somático entre el varón y la mujer y las cuales jamás deben ser desatendidas por el orden jurídico, que, por otra parte, nunca puede variarlas ni eliminarlas.

La declaración dogmática que contiene el artículo 4 constitucional en el sentido de que el varón y la mujer "son iguales ante la ley", es contraria a la condición natural de las personas pertenecientes a ambos sexos, pues como se acaba de demostrar, la igualdad legal absoluta entre ellas no puede jamás existir..."¹⁰

En lo particular no compartimos el criterio expresado por el maestro Burgoa, pero mucho menos aún pretendemos generar polémica en relación a la igualdad de sexos partiendo de sus condiciones o características sico-somáticas. No obstante consideramos que desde que se logró la reforma constitucional al artículo invocado donde se prevé el reconocimiento a la igualdad de géneros, la tendencia legislativa ha sido dirigida en busca de la equidad que ha provocado reformas en diferentes legislaciones para fundar instituciones que tutelen los derechos particulares de la mujer, o inclusive a través de la creación de nuevas normatividades protectoras de las prerrogativas femeninas, inspiradas en la intención de cubrir sus propias necesidades y en pro de garantizar la igualdad y el respeto entre personas de diferente sexo.

Pero además esta disposición constitucional tutela que la igualdad protegerá la organización y desarrollo de la familia, constituyéndose como la base fundamental de dicha institución, de donde nace el derecho a favor del hombre como de la mujer, para decidir en relación al número de hijos que deseen tener. Esta garantía representa el marco de la política de planeación familiar, la cual por una parte garantiza la libertad del varón y de la mujer para decidir sobre el número y procreación de sus hijos, y por la otra genera la obligación al Estado para crear

¹⁰ Burgoa, Ignacio, "Las Garantías Individuales", Editorial Porrúa, S.A., Primera edición, México, 1944, p.p. 273 y 274.

programas y políticas de salud e información a fin de controlar el crecimiento demográfico para con ello evitar el incremento de otras problemáticas de carácter social.

A pesar del reconocimiento constitucional relativo a la igualdad de los derechos entre el varón y la mujer, como de la libertad para decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos, no podemos descartar que resulta muy común que los hombres como género nos preocupemos en menor grado sobre los temas de paternidad, ejemplo de ello es el cúmulo de expedientes radicados ante los tribunales familiares consistentes en juicios a través de los cuales las mujeres demandan a los varones el pago de una pensión alimenticia para proteger a sus menores, como otros en donde demandan el reconocimiento de la paternidad, para posteriormente exigir en su favor y de sus hijos la pensión alimenticia, casos que desafortunadamente representan la mayor parte de los expedientes a cargo de dichas autoridades judiciales.

Sin embargo esta tendencia hacia la igualdad también ha provocado un cambio en el sentido del hombre y su posición al respecto de la paternidad, pues como sabemos hoy en día nos involucramos de una forma mas directa en la atención y cuidado de nuestros hijos, lo que necesariamente implica que convertirse en padre conlleva una motivación diferente. Por otra parte es obvio que ningún individuo nace exclusivamente de la madre, pues para que el embrión se logre requiere de su fecundación, momento en el cual necesariamente interviene el varón, aún en los casos de reproducción asistida o de fecundación in Vitro.

Ante esto se cuestionan severamente las razones y motivos por los cuales el legislador al momento de discutir y aprobar la reforma sobre el aborto por interrupción del embarazo, haya omitido considerar a la voluntad del padre para poder decidir sobre el nacimiento o no de su futuro hijo, lo que además constituye un derecho natural que a su vez es protegido por la ley civil a través de las instituciones reconocidas por el derecho de familia, como en lo particular resultan el parentesco, la filiación, el reconocimiento de los hijos y la patria potestad entre otros.

D) RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DEL CONCEBIDO NO NACIDO.

Quizás este punto resulte el menos controversial de todos los anteriormente expuestos, sin embargo no por ello debemos omitirlo. Efectivamente en la actualidad hemos sido testigos de que el orden jurídico ha evolucionado de una manera muy rápida, rompiendo o inclusive transformando instituciones jurídicas añejas que fueran herencia de los sistemas románicos y que se conservaron en

nuestro orden jurídico como parte de la tradición. Esta circunstancia no significa que nos opongamos a cambiar la norma por miedo a romper con la tradición o aferrarnos a ella aun a pesar de su obsolescencia. Es el caso del nasciturus, figura que fuera reconocida en el Código Civil como parte de nuestra tradición y que le confiere derechos al concebido pero no nacido, aunque sujeto a la condición de que nazca vivo y viable.

El nasciturus desde el punto de vista legal se encuentra relacionado con el concepto de personalidad jurídica, que como sabemos es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Así mismo la capacidad tiene dos especies; a) la capacidad de goce que se relaciona directamente con la aptitud del sujeto como titular de derechos y obligaciones; b) la capacidad de ejercicio, que corresponde a la aptitud del sujeto para ejercitar sus derechos, contraer y cumplir obligaciones en forma personal, así como para comparecer a juicio.

Respecto a la capacidad de goce nuevamente entramos a la discusión doctrinal del momento en que se adquiere, sin embargo con el objeto de evitar polémica nos remitimos específicamente a las disposiciones vigentes en las legislaciones. A su vez la capacidad de ejercicio se va alcanzando gradualmente a través de la madurez mental, partiendo de una plena incapacidad, hasta una cabal, que se ejerza sin más limitaciones que las establecidas por la norma. El Código Civil Federal precisa que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento, pero que desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos del propio código.¹¹ En consecuencia tenemos que el nasciturus desde el momento en que la normatividad le reconoce diversos derechos, aún y cuando se encuentren condicionados a que nazca vivo y viable, esto significa que tiene capacidad de goce, aunque no de manera absoluta. Para resolver esta problemática la doctrina precisa que la capacidad de goce puede tener diversos grados, por lo tanto el concebido pero no nacido adquiere una capacidad disminuida, que se hace absoluta al momento en que se actualiza la condición suspensiva a la que se encuentra sujeto, es decir a que nazca vivo y viable.

Sobre este particular señala Rogina Villegas, citado por mi maestro Domínguez Martínez que "... determinados respectivamente el principio y fin de la personalidad, nos referimos a los grados de capacidad de goce que pueden tener las personas físicas. A) El grado mínimo de capacidad de goce existe, según lo hemos explicado en el ser concebido pero no nacido, bajo la condición impuesta en nuestro código de que nazca vivo y sea presentarlo al registro civil o viva 24 horas, esta capacidad mínima de capacidad de goce permite al embrión humano

¹¹ "...**Artículo 22.-** La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código..."

tener derechos subjetivos patrimoniales, es decir, derecho de heredar, de recibir en legados o de recibir en donación; también es la base para determinar su condición jurídica de hijo legítimo o natural. No puede tener otra clase de derechos porque su misma naturaleza se lo impide; pero dada esta posibilidad de heredar o de recibir donaciones, tenemos la base patrimonial firme para que se puedan operar diversas consecuencias jurídicas...”¹²

En tales condiciones el estatuto legal reconoce como derecho originario a favor del concebido pero no nacido el correspondiente a ser presentado ante el registro civil, lo que evidentemente se traduce primeramente en el derecho para tener un nombre como elemento de la personalidad jurídica, con la finalidad de adquirir una identidad propia y por ende ser registrado ante el Estado para garantizar la seguridad jurídica de su capacidad de goce, como de ejercicio. En segundo término el derecho a ser reconocido por sus progenitores de donde derivan todas las prerrogativas que la ley le otorga al sujeto en relación con la familia anteriormente mencionadas, es decir el parentesco, la filiación, el reconocimiento de los hijos y la patria potestad entre otros.

“.....Creemos por nuestra parte, -precisa mi admirado maestro Domínguez Martínez- que el ser humano tiene personalidad jurídica desde su concepción, porque desde entonces es un nuevo ser, que inicia la vida como la iniciamos cualquiera de los seres humanos. Todo ataque a esa persona es atentatorio contra la vida humana, perpetrado con todas las agravantes, con prepotencia y total abuso de fuerza dada la absoluta indefensión del *nasciturus*.

Ahora bien, independientemente de cualquier consideración doctrinal, se deberá estar a la interpretación adecuada de los dispositivos aplicables. De ellos no se desprenderá lo que en nuestro concepto es lo procedente, sino la posición del sistema legal al efecto.

De la interpretación de los preceptos del Código Civil que para el supuesto planteado deben tenerse en cuenta, se desprende que conforme a este ordenamiento, la personalidad jurídica se inicia en realidad al momento de la concepción del sujeto.

En efecto, - continúa el maestro Domínguez Martínez- el artículo 22 de dicho ordenamiento colegimos lo siguiente:

¹² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, “Derecho Civil, Parte General. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez”, Editorial Porrúa, S.A., Primera edición, México, 1990, p. 170.

1. El principio general es que *la personalidad jurídica se inicia al nacimiento* y se extingue con la muerte.
2. Sin embargo, desde la concepción del individuo (persona física) entra bajo la protección de la ley, de tal manera que para los efectos legales conducentes, se le tiene por nacido.
3. Tenerlo por *nacido*, significa que se le reconoce su personalidad como si ya hubiere nacido; inclusive, en los términos y con los alcances indicados en el artículo 337 del propio Código Civil, conforme al cual y según indicábamos, sólo se considera nacido o lo que es lo mismo, sólo “se tiene” por nacido, “el feto que desprendido del seno materno vive 24 horas o es presentado vivo ante el juez del Registro Civil”.

Además, -menciona el mismo autor- en todos los preceptos relacionados, bien sea directa o tácitamente, se alude a los concebidos como personas desde el punto de vista jurídico. Así el mismo artículo 22 del Código Civil se refiere a un individuo y como tal éste es persona en el mundo jurídico; según el artículo 364 del mismo ordenamiento, el concebido puede ser sujeto de reconocimiento, lo que implica la actualización de los *status* de hijo y de progenitor; de conformidad con el artículo 1314, el concebido es incapaz de heredar cuando no sea viable; será capaz para ello, por el contrario, cuando nazca viable y lo será desde el momento en que la transmisión hereditaria tuvo lugar; lo mismo se desprende del artículo 2357 en relación con el contrato de donación, pues el concebido, si resulta viable, puede adquirir por ese título.

En las condiciones apuntadas es bien cierto que todas estas situaciones y relaciones jurídicas atribuidas por la ley a hechos y actos jurídicos en los que el concebido es parte interesada, no permanecen en suspenso a partir de que se realice el acto jurídico del que normalmente surgiría, hasta que el sujeto nazca vivo y viable, de tal modo que la personalidad misma, a partir de la concepción y hasta que se presenta la viabilidad, quede supedita a la condición suspensiva consistente precisamente en el nacimiento viable de aquél. Por el contrario, la personalidad surge en su plenitud desde el momento de la concepción.

El individuo adquiere desde entonces todos los caracteres de su personalidad pero en su trayecto de duración se enfrentará inevitablemente con un acontecimiento representativo de una condición resolutoria negativa, consistente en que el sujeto no nazca viable. De realizarse dicha condición, esto es, si el sujeto no nace viable, entonces todos los efectos producidos como consecuencia del reconocimiento a dicha personalidad e inclusive la personalidad jurídica misma, se destruirán retroactivamente, tal como la condición resolutoria opera cuanto el acontecimiento en que consiste se realiza, según lo señalan los artículos 1940 y 1941 del Código Civil. Por el contrario, si la condición resolutoria

negativa indicada no se realiza, porque el sujeto nazca viable, su personalidad jurídica continuará normalmente desde su inicio hasta la muerte de su titular....”¹³

Todo ello además trasciende en el ámbito del derecho pues como hemos señalado el nasciturus puede ser heredero, legatario y donatario como lo estipulan los artículos 1341, 1391 y 2357 del Código Civil¹⁴, lo que implica que este puede adquirir derechos reales y de crédito que forman parte de su patrimonio y que podrá ejercer cuando se cumpla la condición suspensiva a la que se encuentran sujetos, es decir a que nazca vivo y viable.

Pero además en estricto derecho en su carácter de heredero, legatario, o donante, también le permitirá ser propietario, usufructuario, o habituario, además como titular del derecho de servidumbre, pero además podrá a su vez heredar, adquirir a través de legado, ser titular de un derecho de crédito, el cual eventualmente puede estar garantizado por medio de una hipoteca o prenda, como ejercer sus derechos para comparecer en juicio en defensa de sus intereses, lo anterior a través de su representante, por lo que al admitirse el aborto por interrupción del embarazo se hacen nugatorios aquellos derechos reconocidos en la ley a favor del concebido pero no nacido.

¹³ Ibidem p.p. 153-154

¹⁴ “...**Artículo 1341.**- La incapacidad no produce el efecto de privar al incapaz de lo que hubiere de percibir, sino después de declarada en juicio, a petición de algún interesado, no pudiendo promoverla el juez de oficio...”

“...**Artículo 1391.**- Cuando no haya disposiciones especiales, los legatarios se regirán por las mismas normas que los herederos...”

“... **Artículo 2357.**- Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337...”

III.- CONCLUSIONES.

El Derecho a la vida es un derecho fundamental y la piedra angular de todas las demás prerrogativas que el orden jurídico reconoce a favor de los individuos y que en el caso del aborto por interrupción del embarazo se desconoce a pesar de que este existe contemplado en el derecho positivo.

La incongruencia con la que se redactó la figura de aborto por interrupción del embarazo, atenta en contra de los principios fundamentales del derecho punitivo por los motivos expuestos en el subtítulo B) del presente documento.

La reforma mencionada contraviene el derecho de igualdad entre sexos y de la propia familia como institución, desde el momento en que se deposita en la mujer la prerrogativa para decidir de manera unilateral sobre su deseo para abortar el embarazo y del derecho que tiene cualquier persona, en este caso el varón, para decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos, pues desde nuestro punto de vista y bajo una interpretación sistemática de la Carta Magna, en específico de la garantía constitucional mencionada, el ejercicio del derecho a la libertad de procreación y del número de espaciamiento de los hijos, se encuentra limitado al propio derecho que sobre el mismo objeto ejerce la pareja y tanto el varón, como la mujer son iguales ante la ley, lo que interpretado a contrario sensu se traduce en la circunstancia de que el hombre en todo caso también goza del derecho a decidir sobre el particular, pues no puede ser exclusivo de la mujer.

Por último la reforma que incluyó la creación del aborto por interrupción del embarazo, se contradice con las disposiciones que regulan la figura del concebido no nacido, lo que obviamente en términos legales se traduce en una antinomia.

Abogado Penalista

“Aborto por Interrupción del Embarazo”

Víctor Manuel Solís Buitrón

Enero 2011

Lex Negotii III, “LA SELECCIÓN DE LOS MEJORES ARTÍCULOS PARA EL ABOGADO DE HOY”

Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, A.C.
(ANADE)