

La reforma del Código Penal del Distrito Federal que autoriza el aborto del menor de doce semanas

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Análisis de la reforma*. IV. *Principios constitucionales que deben considerarse*. V. *La reforma es anticonstitucional*. VI. *Aborto y sentido común*.

I. Introducción

El 26 de abril de 2007 fue publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el decreto de reformas a los artículos 144 a 147 del Código Penal del Distrito Federal, y de reforma y adiciones de la Ley de Salud para el Distrito Federal.

El cambio principal que contiene es la legalización o autorización de la muerte del concebido no nacido, cuando así lo decide libremente la madre, durante las primeras doce semanas de gestación. No se trata de un caso de “despenalización” del aborto, que técnicamente sería una excusa absoluta, ni tampoco de un caso de excepción, que también con términos técnicos se llama excluyente de responsabilidad, sino de una modificación del tipo penal, es decir un cambio en la descripción de la conducta que constituye el delito. Conforme a la reforma, la “interrupción voluntaria del embarazo” consentida por la madre, en las primeras doce semanas de gestación, no es un delito, sino una conducta permitida que la mujer puede libremente practicar o no practicar. Como se trata de una conducta permitida que no es delito, entonces se acepta que las mujeres que quieran practicarla puedan acudir a los hospitales públicos del gobierno del Distrito Federal para pedir que les presten el servicio de interrupción

del embarazo. Por eso, la reforma penal se complementa con la de la ley de salud para disponer que los hospitales públicos del gobierno del Distrito Federal tienen el deber de practicar los abortos que les soliciten, gratuitamente, y en un plazo de cinco días.

Me parece que esta reforma claramente contradice la Constitución mexicana. El objetivo de este trabajo es demostrar esa afirmación. Para ello, primero haré una mención de los antecedentes necesarios para mejor comprender la reforma actual, después un análisis del contenido de la reforma y otro de los preceptos constitucionales aplicables, para concluir haciendo el juicio sobre los puntos específicos de la reforma que resultan anticonstitucionales. A modo de epílogo, hago una reflexión sobre aborto y sentido común.

II. Antecedentes

En el Código Penal para el Distrito Federal anterior, el aborto se contemplaba en los artículos 332 a 334. El 24 de agosto de 2000 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* una reforma al artículo 334 con el objeto de añadir un caso en el que no se penaría el aborto, esto es, cuando el producto de la concepción presentara alteraciones congénitas o genéticas; esta reforma fue complementada con la adición del artículo 131 bis al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que señalaba que el Ministerio Público podría autorizar el aborto cuando el concebido fuera resultado de una violación o una inseminación artificial no consentida por la mujer.

Sobre estas reformas se presentó una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia, cuyo resultado (enero de 2002) fue la declaración de que el artículo 334, fracción III, del Código Penal era conforme con la Constitución, ya que no eliminaba la protección del no nacido pues el aborto seguía siendo considerado como delito, y la nueva fracción del artículo 334 sólo establecía una excusa absolutoria;¹ el razonamiento de los ministros era técnicamente correcto: la excusa absolutoria significa solamente que el delito en determinados casos no se castiga, pero la muerte del concebido sigue siendo delito, por lo que se sigue protegiendo el

¹ El artículo 134 iniciaba con esta frase: “No se aplicará sanción...”.

derecho a la vida del no nacido. Respecto del nuevo artículo del Código de Procedimientos Penales, la sentencia no declaró su inconstitucionalidad, pues sólo votaron por ella seis ministros, de los once, y se necesitaba el voto de ocho.²

Además de la sentencia, la Corte emitió nueve tesis de jurisprudencia que aclaran las razones de la decisión. De ellas, las más importantes para este análisis, son dos tesis. La tesis jurisprudencial 13/2002 que concluye que la Constitución mexicana “protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos”. Y la tesis jurisprudencial 14/2002 que concluye que “la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política... como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales”.

Cuando se publicó el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que entró en vigor el 16 de julio de 2002, el aborto quedó regulado en los artículos 144 a 148. El artículo 144 seguía definiendo el aborto como “la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo”. Por una reforma al artículo 148, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 27 de enero de 2004, se sustituyó el concepto de excusa absolutoria en los casos contemplados, casos en los que hay delito pero no se aplica la pena, con el concepto de “excluyente de responsabilidad”, es decir de casos de excepción en que no hay delito de aborto. Esta reforma contradecía las tesis de jurisprudencias definidas por la Corte pues establecía casos en los que resultaba legalmente admitida la muerte del no nacido.

Para complementar la reforma del código penal, se añadieron dos artículos a la Ley de Salud para el Distrito Federal, el artículo 16-bis-6 y el 16-bis-7. El primero dispone que las instituciones públicas de salud del Distrito Federal “deberán proceder a la interrupción del embarazo en los supuestos permitidos en el nuevo código penal... cuando la mujer intere-

² La sentencia puede verse en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. XV, marzo de 2002, pp. 793 y ss. Se publicó también un libro (varios autores, *La Suprema Corte de Justicia y el derecho a la vida*, México, INACIPE, 2003) redactado por varios de los ministros que conocieron el asunto (Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Guillermo Ortiz Mayagoitia) donde se narra y se comenta todo el desarrollo del proceso que llevó a la sentencia, así como el contenido de la misma.

sada así lo solicite” y que deberán hacerlo “en un término de cinco días, contados a partir de que sea presentada la solicitud”. El artículo 16-bis-7 admite que los prestadores de servicios de salud “cuyas creencias religiosas o convicciones personales” sean contrarias al aborto “podrán ser objetos de conciencia y por tal razón excusarse de intervenir”.

Con la reforma actual, el delito de aborto se reduce aún más. Ya no es delito la muerte del concebido que no ha cumplido doce semanas de gestación.

III. Análisis de la reforma

El decreto de reformas afecta al Código Penal del Distrito Federal, del que modifica los artículos 144 a 147, y a la Ley de Salud para el Distrito Federal a la que se le añade el artículo 16-bis-8 y se le modifica el artículo 16-bis-6. Se analizarán por separado.

1. *La reforma del Código Penal*

El cambio principal está en el artículo 144 que define el delito de aborto. El texto anterior decía que “aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo”. El nuevo texto dice que “aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación”. Es de notar un cambio de lenguaje: en vez de hablar de la “muerte” del no nacido se habla de la “interrupción del embarazo”, con lo cual ya no queda claro cuál es el bien jurídico protegido; cuando se habla de que dar la muerte es un delito, se entiende que el bien jurídico protegido es la vida, pero cuando se dice que el delito consiste en la interrupción del embarazo, parecería que el bien protegido es la continuidad del embarazo, lo cual carece de sentido.

Hay además otra precisión en el segundo párrafo del mismo artículo que dice, para los efectos del Código: “el embarazo es la parte del proceso de reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio”. Esta explicación no es útil respecto de la definición de aborto contenida en el primer párrafo, pues ahí se habla de la “gestación”, no del “embarazo”. El momento que hay que considerar para saber si la “interrupción del embarazo” es o no delito es al inicio de la “gestación”,

no del “embarazo”, y el legislador no definió qué entiende por “gestación”. Si gestar significa, de acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, “llevar y sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto”, entonces la gestación comienza cuando la madre lleva en sus entrañas el fruto de la concepción aunque no se haya implantado en el endometrio.

En los artículos 145 y 146 se distinguen dos modalidades de aborto. Uno (artículo 145) es el aborto que voluntariamente hace la madre, sea practicándolo ella misma, sea consintiendo que otros lo hagan, después de las doce semanas de gestación. La pena para la mujer se reduce notablemente y queda en tres a seis meses de prisión (en vez de uno a tres años) pero conmutable por 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad; en cambio, para quien “hiciera abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta”, la pena queda igual que antes, de uno a tres años de prisión.

Es notable esta distinción respecto de la pena, que es muy leve para la mujer, y no así para el que “hiciera abortar” a la mujer; no se advierte cuál es la razón de ser de esta distinción. Con la expresión de hacer abortar a la mujer con su consentimiento no se puede entender la acción de amenazar o forzar a la mujer para que aborte, máxime que el artículo 147 se refiere al aborto forzado; cabe entender entonces la acción de aconsejar el aborto o bien de practicarlo materialmente, que es lo que hacen los médicos o parteras, comadronas, enfermeros y demás asistentes. No se explica por qué se castiga menos a la mujer, que a quien le aconseja o ayuda a cometerlo; además, en el artículo 147 se sanciona al médico, comadrón, partero, enfermero o practicante que hace abortar a la mujer, aún con el consentimiento de ella, con la suspensión en el ejercicio de su profesión por el mismo tiempo que la pena de prisión que se le imponga. Esta distinción injustificada, que parece provenir de un aparente sentimiento de compasión hacia la mujer que aborta, podría tener el efecto de inhibir a quienes pudieran asistir a la mujer que quiere abortar y provocar así que la mujer practique el aborto por sí misma.

La otra modalidad de aborto prevista (artículo 146) es el aborto “forzado”, es decir sin consentimiento de la mujer. Aquí es donde debe considerarse la explicación acerca de lo que la ley entiende por “embarazo”, pues el aborto forzado es “la interrupción del embarazo, en cualquier momento”, y como el embarazo se inicia, según el código, con la implanta-

ción del embrión en el endometrio, a partir de ese momento se puede configurar el delito de aborto “forzado”. Esto lleva a concluir que la muerte del no nacido antes de la implantación del embrión en el endometrio, aunque se haga sin consentimiento de la mujer, por ejemplo forzándola o engañándola para que ingiera pastillas que impiden la anidación, no es delito.

Este aborto “forzado” no está contemplado como un delito en contra de la vida del concebido. Es cierto que el delito se configura en cualquier momento del embarazo, incluso en las primeras doce semanas, pero como en este tiempo la mujer puede decidir la muerte del concebido, se ve que los nuevos artículos no pretenden defender esta vida. Lo que castiga el aborto “forzado” en las primeras doce semanas no es la muerte del no nacido, sino el hacerla sin consentimiento de la madre. Lo mismo cabe decir respecto del aborto forzado después de esas semanas, la pena se agrava notablemente sólo porque falta el consentimiento de la mujer: cuando ella lo hace voluntariamente, la pena es de tres a seis meses de prisión conmutables por trabajos en favor de la comunidad, y a quien fuerza a la mujer a abortar, la pena es de cinco a ocho años de prisión, o, si “mediare violencia física o moral”, de ocho a diez años. No hay proporcionalidad en estas penas, porque si la muerte del no nacido después de doce semanas solo amerita una pena máxima de seis meses de prisión conmutables por 300 días de servicios a la comunidad, es exagerado que quien fuerce a abortar, aunque sea por sola “violencia moral”, es decir amenazas, se le castigue con diez años de prisión. Lo que dicen estos artículos es que la muerte del no nacido sólo amerita un pena máxima de seis meses de prisión, mientras que la violencia contra la mujer, aunque sólo sea “moral” (esto es amenazas y gritos) merece pena de diez años de prisión. Debe tenerse en cuenta que contra aquél que amenaza o causa daños a la integridad de la mujer, o de cualquier persona, hay otros delitos tipificados en las leyes.

El anterior artículo 145, en su párrafo segundo, hablaba del aborto cuando “falte consentimiento de la mujer” y no, como el actual, del “aborto forzado”. La redacción anterior permitía el castigo de quien, sin hacer violencia, engañaba a la mujer para hacerla abortar, por ejemplo diciéndole que era necesario que le hicieran una operación quirúrgica, en cuyo caso el aborto se practicaba sin su consentimiento y sin violencia. El nue-

vo artículo ya no parece contemplar el supuesto del engaño, pues define el tipo como “aborto forzado”, lo cual implica que hay fuerza o violencia. A pesar de haber limitado el tipo al aborto forzado, el artículo reformado mantiene incongruentemente los dos rangos de pena que tenía el artículo anterior: la pena de cinco a ocho años de prisión, o, “si mediare violencia”, de ocho a diez “si mediare violencia”. Como el aborto forzado implica violencia, sólo se aplicarán estas últimas penas. ¿Qué necesidad había de añadir el adjetivo “forzado” al aborto que se practica sin consentimiento de la mujer? Con esta reforma, el aborto practicado mediante engaño a la mujer no sería un aborto agravado.

El cambio principal de la reforma es la modificación del tipo penal del aborto. Ahora ya no es delito la muerte del concebido que no ha cumplido las doce semanas de gestación. Además, como se mantienen las “excluyentes de responsabilidad” previstas en el artículo 148 en donde señalan casos (embarazo resultado de una violación, grave peligro para la madre, alteraciones genéticas o congénitas del no nacido, y embarazo que sea resultado de una conducta culposa de la mujer), la muerte del concebido después de las doce semanas de gestación en esos casos tampoco es delito.

En todos esos supuestos en que la muerte del no nacido no se considera delito, es decir implícitamente, de conformidad con el principio de que lo que no está prohibido se entiende permitido, que está permitido por la legislación del Distrito Federal dar muerte al no nacido antes de que cumpla doce semanas, o incluso después en cualquiera de los casos excluyentes de responsabilidad. Es verdad que con la publicación del código en 2002, al introducir el concepto de excluyentes de responsabilidad en el artículo 148, el legislador vino a autorizar la muerte de los no nacidos en esos casos, pero no bastaba la sola voluntad de la mujer pues se exigía el dictamen de los médicos, que éstos dieran información a la mujer y, en el caso de violación, se requería además la autorización del agente del ministerio público. La reforma actual, al cambiar el tipo penal, permite que la mujer, por su sola decisión y sin tener que consultar al padre ni a los médicos, ni pedir autorización al agente del ministerio público, prive de la vida al no nacido impunemente, y por lo tanto tampoco se castigue a los médicos y demás personal que interviene para practicar el aborto.

Sin decirlo expresamente, aunque sin lugar a dudas, la reforma autoriza a la madre para matar al no nacido que lleva en su vientre antes de que

cumpla doce semanas, y para que igualmente lo puedan hacer materialmente los médicos y asistentes con el consentimiento de la madre.

2. *La reforma a la Ley de Salud del Distrito Federal*

Esta ley había sido reformada con la introducción de los artículos 16-bis-6 y 16-bis-7 en el mismo decreto (publicado el 27 de enero de 2004) que modificó el artículo 148 del código penal para establecer los casos excluyentes de responsabilidad por aborto. El artículo 16-bis-6 ordena que las “instituciones públicas del salud del Gobierno del Distrito Federal” deben practicar gratuitamente “la interrupción del embarazo en los supuestos permitidos en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal”, cuando la mujer lo solicite, y que deben hacerlo en un plazo de cinco días después de presentada la solicitud. El artículo 16-bis-7 señala que los prestadores de servicios de salud a quienes corresponda practicar la “interrupción del embarazo”, “cuyas creencias religiosas o convicciones personales” sean contrarias a ese acto, “podrán ser objetores de conciencia y por tal razón excusarse de intervenir en la interrupción del embarazo”, y referir a la mujer con un médico no objetor.

Estos artículos eran suficientes para poner en práctica las nuevas reformas, pero se quiso añadir un párrafo más al artículo 16-bis-6 y agregar un nuevo artículo, el 16-bis-8.

El párrafo nuevo del artículo 16-bis-6 (colocado como último párrafo) dice que las instituciones de salud 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”. Quizá el texto deba leerse anteponiendo la conjunción “y”, o la preposición “de”, antes de “a las mujeres solicitantes”, de modo que diga que las instituciones deben atender las “solicitudes... y a las mujeres solicitantes”, o atender las “solicitudes... de las mujeres solicitantes”. En cualquier caso, contrasta esta expresión de “atender las solicitudes” con la que usa el primer párrafo de este artículo cuando dice que las instituciones deben “proceder a la interrupción del embarazo”. Esto permite interpretar que el párrafo adicional sólo obliga a “atender las solicitudes” y no a “proceder a la interrupción del embarazo”, es decir que las instituciones podrán decidir si

practican o no la muerte del no nacido cuando lo solicitan mujeres que cuentan ya con otro servicio de salud público o privado.

El nuevo artículo 16-bis-8 consta de tres párrafos. El primero es de carácter declarativo; los otros dos establecen deberes a cargo del gobierno federal.

Por el primero se declara que “La atención de la salud sexual y reproductiva tiene carácter prioritario”, con lo cual parece que los servicios correspondientes deben tener preferencias presupuestarias. Agrega que “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 sus hijos”. Este derecho a decidir sobre el número de los hijos está reconocido en el artículo 4o. de la Constitución federal. El nuevo artículo dice, sin distinguir, que “los servicios que presten [se entiende las instituciones de salud del gobierno del Distrito Federal] constituyen un medio para el ejercicio” de ese derecho constitucional. En el contexto de la reforma, lo que implica esa frase abstracta de que los servicios constituyen un medio para el ejercicio de un derecho constitucional, es que el servicio de interrupción del embarazo es un medio para el ejercicio de un derecho constitucional.

Es claro que en la ley de salud se entiende que entre los servicios de atención a la salud sexual y reproductiva está el servicio de “interrupción del embarazo”; esto se concluye fácilmente considerando el artículo 16-bis-6 que señala el deber de dichas instituciones de “proceder a la interrupción del embarazo” en relación con el artículo 16-bis-7 que se refiere a “los prestadores de los servicios de salud a quienes corresponda practicar la interrupción del embarazo”; si los “prestadores de los servicios de salud” son quienes deben “practicar la interrupción del embarazo”, se entiende que la interrupción del embarazo es uno de los servicios de salud que prestan esas instituciones.

El segundo párrafo del nuevo artículo 16-bis-8 dice que el gobierno del Distrito Federal aplicará permanente e intensivamente “políticas integrales tendentes a la educación y capacitación sobre la salud sexual, los derechos reproductivos, así como a la maternidad y paternidad responsables”. Añade que sus “servicios de planificación familiar y anticoncepción tienen como propósito principal reducir el índice de abortos”. Esto se entiende, con las reformas al Código Penal, en el sentido de que se preten-

den evitar los abortos posteriores a las doce semanas, ya que las muertes de los no nacidos menores de esa edad, no son abortos, sino el ejercicio de un derecho. Por eso, los legisladores pueden decir que con las solas reformas aprobadas ¡ya redujeron el número de abortos! A continuación, explica el párrafo que se pretende disminuir el número de abortos por medio de “la prevención de embarazos no planeados y no deseados”; quizá esta frase puede entenderse, relacionándola con la definición de embarazo que introduce el artículo 144 reformado: si el embarazo comienza con la implantación del embrión en el endometrio, la muerte del concebido y no nacido antes de ese momento es simplemente una “prevención del embarazo”.

Continúa diciendo que los servicios de planificación familiar y anticoncepción del gobierno del Distrito Federal, tienden también a “disminuir el riesgo reproductivo, evitar las enfermedades de transmisión sexual y coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos reproductivos de las personas”, que son palabras altisonantes que significan que los servicios tienden a informar, motivar y facilitar el uso de anticonceptivos y píldoras que impiden la anidación (“disminuir el riesgo reproductivo”); de condones (“evitar las enfermedades de transmisión sexual”), y dar estos servicios a todas las personas aunque no estén unidas en matrimonio (“coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos reproductivos”). Concluye el párrafo diciendo que estos servicios se prestarán “especialmente para las niñas y los niños, adolescentes y jóvenes”.

Este segundo párrafo se refiere a los “servicios de planificación familiar y anticoncepción”, y no, como el anterior a los “servicios” en materia de “atención a la salud sexual y reproductiva”. Por eso cabe entender que entre los servicios contemplados en este párrafo que se extenderán “especialmente para las niñas y niños, adolescentes y jóvenes” (se entiende que son todos menores de dieciocho años), no está el servicio de interrupción del embarazo. Así lo confirma la lectura del párrafo tercero de este mismo artículo y del artículo 16-bis-6 que dicen que la “mujer”, se entiende mayor de edad, es quien solicita la interrupción del embarazo. No se puede comprender que respecto de una mujer embarazada, menor de edad, pueda su madre, o alguna otra mujer que tuviera sobre ella la patria potestad, solicitar la interrupción del embarazo, ya que esa conducta de la madre constituye un delito, de acuerdo con el párrafo final del artículo 145 re-

formado, que dice que se castiga, con pena de uno a tres años de prisión, a quien “hiciera abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta”.

Entre los servicios de “planificación familiar y anticoncepción” está la distribución de pastillas que impiden la anidación del concebido en el endometrio. Impedir la anidación del concebido, según el nuevo artículo 144, no es “interrumpir el embarazo”, es decir no es aborto, porque el embarazo comienza con la anidación. La frase de que los servicios se extenderán “especialmente” a los niños, adolescentes y jóvenes, puede entenderse en el sentido de que se les proporcionarán esas pastillas.

El tercer párrafo dice que el gobierno del Distrito Federal otorgará “servicios de consejería médica y social” en materia de “salud sexual y reproductiva” de forma “permanente” (¿significa 24 horas al día los 365 días del año?) y gratuita, y que además suministrará “métodos anticonceptivos cuya eficacia y seguridad estén acreditadas científicamente”, entre los que cabe pensar que estarán las pastillas que impiden la anidación. Añade que también proporcionarán a la mujer que solicite la “interrupción del embarazo” la información prevista en el artículo 148 del código penal, esto es la información sobre “los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos” de la intervención que solicita, así como la de otros “apoyos y alternativas” disponibles. La última frase dice que los mismos servicios también ofrecerán apoyo médico a la mujer, después del aborto, “particularmente en materia de planificación familiar y anticoncepción”, es decir que le darán medios y le aconsejarán acciones para evitar futuros embarazos.

IV. Principios constitucionales que deben considerarse

Las cuestiones de constitucionalidad implicadas en esa reforma son dos: 1) ¿protege la Constitución el derecho a la vida de todos (los individuos, las personas, los seres humanos), y especialmente el derecho del concebido no nacido? Para dilucidar esta cuestión se requiere analizar, principalmente, el artículo 14 constitucional. Y 2) ¿permite la Constitución hacer alguna discriminación en cuanto al derecho a la vida entre el nacido y el meramente concebido? Para responder se precisa analizar, principalmente, el artículo 1o. constitucional.

1. *¿Protege la Constitución el derecho a la vida de todos los seres humanos y especialmente del concebido no nacido?*

Esta cuestión se la plantearon los ministros de la Suprema Corte de Justicia cuando conocieron la acción de inconstitucionalidad respecto de las reformas del Código Penal del Distrito Federal anterior, por lo que para resolverla analizaré primero los razonamientos de los ministros expresados en los considerandos de su sentencia y luego en varias tesis de jurisprudencia. Posteriormente analizaré directamente los artículos constitucionales involucrados.

A. Análisis de la jurisprudencia emitida al respecto

Los ministros de la Suprema Corte, para juzgar sobre la constitucionalidad de las reformas a las leyes cuestionadas, se plantearon dos interrogantes: si la Constitución mexicana protegía el derecho a la vida de toda persona, y si también protegía al concebido y no nacido. En el considerando quinto de su sentencia, los ministros resolvieron afirmativamente ambas interrogantes, diciendo:

Por lo tanto de un análisis integral de todos los artículos señalados con anterioridad [los artículos 1o., 14 y 22] es válido concluir que nuestra Constitución Federal protege el derecho a la vida de todas las personas, pues contempla a la vida como un derecho fundamental inherente a todo ser humano, ya que es un derecho supremo del ser humano, sin el cual no cabe la existencia y el disfrute de los demás derechos.

Y en otro párrafo:

Ahora bien, de un análisis integral de todos los artículos señalados con anterioridad [4o. y 123] se desprende válidamente que la Constitución federal sí protege la vida humana y de igual forma protege al producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de la vida humana independientemente del proceso biológico en que se encuentre.³

³ *Semanario Judicial de la Federación*, XV, México, marzo de 2002.

Y luego abundaron:

Así entonces, puede concluirse que la protección de la vida del producto de la concepción se deriva tanto de los preceptos constitucionales, de los tratados internacionales [especialmente la Convención sobre Derechos del Niño] así como de las leyes federales y locales [códigos civiles y códigos penales] a las que se ha hecho referencia.

Los ministros resolvieron en su sentencia: *a)* que la fracción III del artículo 334 no contradice la Constitución, lo cual fue aprobado por siete votos a favor y cuatro en contra, y *b)* que se desestima la acción de inconstitucionalidad respecto del artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales, porque se pronunciaron por su inconstitucionalidad sólo seis de los once ministros y para declararla se requieren ocho votos.

La declaración de la constitucionalidad de esa fracción que despenaliza el llamado aborto eugenésico no es una contradicción respecto de las conclusiones obtenidas respecto de la protección constitucional de la vida humana de todos y especialmente del concebido. En el mismo considerando quinto, los ministros explicaron que tal fracción no iba en contra de la Constitución porque “en ella no se dispone que dándose los supuestos que señala, deberá entenderse que no se cometió el delito de aborto; se limita a establecer que en ese caso no se aplicará sanción”⁴ y “porque no autoriza la privación de la vida del producto de la concepción”.⁵ Se entiende que si los ministros hubieran juzgado que la reforma autorizaba o legalizaba el aborto al no considerarlo como delito, hubieran concluido que sí era contrario a la Constitución.

Las conclusiones y razonamientos expuestos en el considerando quinto fueron luego vertidos en siete tesis de jurisprudencia.⁶ De ellas cabe recordar especialmente tres que están directamente ligadas con la cuestión que aquí se analiza. La tesis número 13/2002, que concluye que la Constitución “protege el derecho a la vida de todos los individuos, como un

⁴ *Ibidem*, p. 853.

⁵ *Ibidem*, p. 854.

⁶ Del juicio resultaron en total nueve tesis: seis tesis jurisprudenciales, números 10/2002 al 15/2002 y tres tesis no obligatorias, números VII/2002 a IX/2002. Las tesis que derivan del considerando quinto son las seis de jurisprudencia obligatoria y la VII/2002; las que derivan del considerando sexto son la VIII/2002 y IX/2002.

derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni el disfrute de los demás derechos”; la tesis fue aprobada por 10 ministros, y sólo discrepó el ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. La tesis 14/2002, aprobada por nueve ministros (discreparon Genaro Góngora y José de Jesús Gudiño Pelayo), que lleva el rubro “DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN”, donde se concluye que “la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política... como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales”. Y la tesis 10/2002, aprobada por unanimidad, que dice que la fracción que despenaliza el llamado aborto eugenésico “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”.

Estas tres tesis son de jurisprudencia obligatoria, de acuerdo con lo que dispone 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, que dice que “las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas⁷ por cuando menos ocho votos, serán obligatorias”. Las tres tesis citadas están contenidas en el considerando quinto, y fueron aprobadas por más de ocho votos. La propia Suprema Corte de Justicia las publica con ese carácter (“tesis jurisprudencial”).

De este análisis de la jurisprudencia de la Corte se puede concluir que la Constitución mexicana protege el derecho a la vida de todos los mexicanos, incluyendo a los concebidos y no nacidos. Con el objeto de abundar en la argumentación, procederé ahora a analizar las reformas, a la luz de los artículos constitucionales, principalmente de los invocados en las dos tesis jurisprudenciales que hablan del derecho a la vida, y especialmente del derecho del concebido y no nacido. Esto resulta necesario, por-

⁷ Puede presentarse la duda si el calificativo “aprobadas” en este artículo se refiere al sustantivo inmediatamente anterior, esto es a las “sentencias”. De ser así sólo serían obligatorias las tesis de sentencias aprobadas por ocho ministros cuando menos. Esto no puede sostenerse, porque las tesis contienen “las razones” o “considerandos” y no las decisiones o “puntos resolutivos”; por eso el calificativo “aprobadas” debe referirse a las palabras iniciales, para leerlo así: “Las razones contenidas en los considerandos... aprobadas por cuando menos ocho votos”; lo confirma el hecho de que cada una de las tesis es votada y aprobada o rechazada por los ministros.

que ha habido reformas constitucionales que afectaron los artículos 1o., 14 y 22 que tuvieron en cuenta los ministros al formular las tesis jurisprudenciales comentadas.

B. *Análisis de los artículos constitucionales*

Seguiré el mismo orden con el que procedieron los ministros⁸ en el análisis del caso anterior, que separa dos cuestiones: ¿protege la Constitución el derecho a la vida?, y ¿protege al concebido y no nacido, o como dice la tesis, “al producto de la concepción”?

a. *¿Protege la Constitución el derecho a la vida de todo individuo?*

No hay algún artículo en la Constitución que expresamente diga que se protege el derecho a la vida. Lo más próximo era el párrafo segundo del artículo 14 constitucional, que en su redacción original (proveniente de la Constitución de 1857) decía que “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”. Si nadie puede ser privado de la vida, salvo por sentencia judicial, es claro que la Constitución decía implícitamente que todas las personas, e incluso los gobernantes, tienen el deber de respetar la vida ajena, y que los actos en contra de la vida ajena son actos antijurídicos, que deben ser sancionados, a no ser que fueran ordenados por una sentencia judicial debidamente emitida. Lo mismo cabe concluir respecto de los otros bienes mencionados: la libertad, los bienes, posesiones o derechos; todas las personas, incluidos los gobernantes, tienen el deber de respetarlos, y cualquier ataque en su contra es un acto antijurídico que merece sanción.

El actual párrafo segundo del artículo ya no hace mención de la vida, y sólo dice que nadie puede ser privado de la libertad, de sus propiedades, posesiones o derechos. Esto se debe a que, por reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de diciembre de 2005, se suprimió la pena de muerte que estaba prevista en el artículo 22 constitucional, por lo que pareció congruente eliminar del artículo 14 la referencia a la vida,

⁸ Véase el “Considerando Quinto”, pp. 839 y 842.

de la cual ya no se podía privar ni siquiera por sentencia judicial. Sería absurdo interpretar que por la eliminación de la palabra “vida” en el artículo 14, la Constitución mexicana dejó de proteger el derecho a la vida, máxime que el objetivo de la reforma que dio lugar a tal supresión era aumentar la protección a la vida humana, de modo que ni siquiera por sentencia judicial se privara de ella.

La interpretación que propongo es congruente con la regla de interpretación constitucional prevista por la propia Suprema Corte,⁹ que dice que para “fijar el justo alcance de una disposición contenida en la Constitución Política... es factible acudir... a su interpretación histórica tradicional... con el fin de averiguar los propósitos que tuvo el Constituyente para establecer una determinada norma constitucional”; y añade que si:

Se advierte que fue intención de su creador [es decir, del Constituyente] plasmar en él [en el precepto constitucional] un principio regulado en una disposición antes vigente, pues en tales circunstancias la verdadera intención del Constituyente se puede ubicar en el mantenimiento del criterio que se sostenía en el ayer, ya que todo aquello que la nueva regulación no varía o suprime de lo que entonces era dado, conlleva la voluntad de mantener su vigencia.

Es evidente que al reformar el artículo 14, el Constituyente intentaban proteger la vida humana, luego ésta, aunque no se mencione expresamente, sigue estando protegida por la Constitución. El segundo párrafo del artículo 14 constitucional puede leerse así: “Nadie podrá ser privado de la vida, ni siquiera por sentencia judicial debidamente emitida. Nadie podrá ser privado de la libertad, de sus bienes, posesiones o derechos, sino mediante juicio”.

La frase por la que la Constitución expresaba el derecho a la vida, y que debe seguir considerándose como vigente, tiene la ventaja de que indica de manera clara el contenido de ese derecho. No dice todos tienen derecho a la vida, sino “nadie podrá ser privado de la vida”. El derecho a la vida, en su forma más radical, se reduce a la prohibición de dar muerte y la consiguiente sanción a quien lo haga. Es evidente que no cabe decir

⁹ Tesis jurisprudencial (por reiteración de criterios) núm. 61/2000, aprobada por el Pleno el 29 de mayo de 2000.

que un orden jurídico protege el derecho a la vida sino sanciona el homicidio como un delito grave. ¿De qué sirve declarar enfáticamente el derecho a la vida, si cualquiera puede matar impunemente a otro? La Constitución mexicana da con una expresión feliz, que merece ser recordada: “nadie podrá ser privado de la vida”.

La vida de los mexicanos también está protegida por los tratados internacionales de derechos humanos que están en vigor en México y que, junto con la Constitución, son la ley fundamental de la nación mexicana. Así el artículo 6o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana”, y el artículo 4o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida”.

Se puede concluir este punto afirmando que el derecho a la vida es un derecho reconocido por el artículo 14 de la Constitución mexicana y por los tratados en vigor. Y como el artículo primero de la misma dice que “todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución”, puede concluirse que todo individuo, sea mexicano sea extranjero, que esté en México, tiene la garantía constitucional de que su vida será respetada.

b. ¿Protege la Constitución al concebido y no nacido?

Respecto de esta cuestión, los ministros consideraron principalmente los artículos 4o. y 123 (especialmente las fracciones V y XV del apartado A y la fracción XI-c del apartado B), que fueron resultado de la reforma conjunta publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974.

La principal reforma del artículo 4o. fue el reconocimiento del derecho a la salud, con estas palabras: “toda persona tiene derecho a la protección de la salud” (párrafo tercero). Del artículo 123, la reformas de la fracción V del apartado A y de la fracción XI inciso c del apartado B tenían el mismo objetivo y contenido semejante. El objetivo era que “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”. En esta disposición ya se nota la intención del Constituyente de proteger la salud del no nacido. La fracción XV del apartado A lo dice expresamente al señalar que el patrón está obligado a organizar el trabajo

y las condiciones del mismo de manera “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”.

El alcance de estas reformas que garantizan el derecho a la salud se hace evidente al considerar su exposición de motivos. Ahí se dice que las reformas al artículo 123 tienden a facilitar el acceso de la mujer al trabajo “así como por el objetivo de proteger al producto de la concepción”. En el dictamen de la Cámara de Senadores que aprobó la reforma se dice que con el trato que se da a la mujer embarazada se procura “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”. El dictamen de la Cámara de Diputados dice, con expresión más general, 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”.¹⁰

Esto lleva a concluir, como lo hicieron los ministros, que “es claro que el producto de la concepción sí se encuentra protegido constitucionalmente”.¹¹

La exposición de motivos y los dictámenes no son parte del precepto constitucional, pero en cuanto expresan la intención del Constituyente reformador, son documentos que deben ser tenidos en cuenta, de acuerdo con los criterios de interpretación constitucional (arriba citados) aprobados por la Suprema Corte. En estas reformas, lo que se pretendía era establecer y definir el derecho a la salud, y con las palabras de la exposición de motivos y los dictámenes, se hace evidente que el derecho a la salud también corresponde a los concebidos y no nacidos. Su salud debe ser protegida, y por ello la Constitución establece diversas obligaciones de los empleadores privados o públicos, respecto de las trabajadoras embarazadas, con el fin de proteger la salud de los no nacidos. Si la Constitución protege la salud de los concebidos no nacidos, con mayor razón protege la vida de los mismos, ya que sin vida no hay salud.

Hay otro artículo del Constituyente reformador que también merece invocarse ahora. Es el artículo tercero transitorio del decreto de reformas

¹⁰ Los textos de la exposición de motivos y los dictámenes pueden verse en el *Semanario Judicial de la Federación*, México, 9a. época, XV, 2002, pp. 845, 846 y 849.

¹¹ Considerando quinto de la sentencia, que puede verse en el *Semanario Judicial de la Federación*, 9a época, XV, 2002, p. 849.

a los artículos 30, 32 y 37, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 20 de marzo de 1997. El objetivo principal de estas reformas fue admitir y regular la doble nacionalidad, lo que implicaba también una mayor regulación de la nacionalidad por naturalización. El plazo para el inicio de vigencia de las reformas era especialmente largo, un año después de su publicación. El artículo tercero transitorio dice textualmente: “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”. Si los concebidos son tomados en cuenta por la Constitución para efectos de nacionalidad, esto quiere decir que son considerados como sujetos de las disposiciones constitucionales, y entonces tienen, de acuerdo con el artículo 1o. constitucional, todos los derechos que otorga la Constitución, y en concreto el del derecho a la vida.

Además de la Constitución, el derecho de los concebidos no nacidos se encuentra protegido por la Convención sobre los Derechos del Niño, que está en vigor en México y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.¹² Su artículo 6o. dice “1. Los Estados parte reconocerán que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. Para interpretar el contenido de un tratado se debe considerar su preámbulo, de acuerdo con lo que dice el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por México. El preámbulo de la Convención de Derechos del Niño dice 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”. De aquí se concluye que este tratado protege la vida y salud del niño antes y después del nacimiento.

En otro tratado vigente en México, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³ protege expresamente la vida del concebido. Dice su artículo 4o. (1): “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida.

¹² De acuerdo con el artículo 133 constitucional, los tratados que no se opongan a la Constitución son, junto con ellas y las leyes federales, la “Ley Suprema de la Unión”. La Corte ha sostenido que los tratados tienen primacía respecto de las leyes federales, por lo que una ley federal que contradice un tratado, resulta inconstitucional.

¹³ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 1981.

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”.

En contra de esta disposición, se ha argumentado que el gobierno mexicano al ratificar la convención hizo esta “declaración interpretativa”: “con respecto al párrafo 1o. del artículo 4o., considera que la expresión «en lo 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”.

Esta “declaración interpretativa” carece de cualquier validez jurídica, ya que el mismo tratado no prevé que los Estados puedan ratificarlo haciendo reservas o declaraciones interpretativas; más aún, en las reglas internacionales sobre los tratados, contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por México,¹⁴ no se contempla que los Estados puedan hacer “declaraciones interpretativas” respecto de los tratados a los que se adhieren; sólo acepta que hagan reservas cuando el mismo tratado prevé esa posibilidad o cuando los otros Estados que contratan están de acuerdo con esas reservas (artículo 17); en el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, no se contempla la posibilidad de hacer reservas, antes bien, tiene una regla de interpretación (artículo 29-a) que dice que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”. Tampoco cabe pensar que la “declaración interpretativa” tenía efectos en el derecho nacional, puesto que la interpretación de los tratados corresponde al Poder Judicial de la Federación (artículo 94, párrafo 8 de la Constitución) y no al Poder Ejecutivo. Cualquiera que fuese el efecto jurídico que se le hubiera querido dar a tal “declaración interpretativa”, quedó totalmente anulado, cuando México reconoció, en 1999,¹⁵ la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues ello implicó aceptar que dicha Corte “tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención” (artículo 62-3 de la Convención).

¹⁴ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de marzo de 1973.

¹⁵ Declaración de reconocimiento publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de febrero de 1999.

La protección jurídica del concebido no nacido también se contempla en leyes federales y locales, como son los códigos penales, que contemplan el aborto como un delito contra la vida, o los códigos civiles que tienen al concebido como ya nacido para todos los efectos legales, y permiten que sea instituido heredero, legatario o donatario aun antes de nacer.

2. *¿Permite la Constitución hacer alguna discriminación entre el nacido y el concebido no nacido?*

Las tesis de jurisprudencia aprobadas por la Suprema Corte de Justicia en la acción constitucional presentada en 2000 sólo hacen mención del artículo primero de la Constitución, en la tesis 13/2002. Ahí se afirma que la Constitución establece en su artículo 1o. “el principio de igualdad de todos los individuos que se encuentren en el territorio nacional, por el que se les otorga el goce de los derechos que la propia Constitución consagra, prohibiendo la esclavitud y todo tipo de discriminación”. Luego añadía que el artículo 14 señala que nadie puede ser privado de la vida, y concluía diciendo que la Constitución “protege el derecho a la vida de todos los individuos”. Los ministros que aprobaron esta tesis no se vieron en la necesidad de discutir si el concebido no nacido era o no un “individuo”, pues lo daban por supuesto.

Con el objeto de abundar, hago aquí algunas consideraciones sobre el contenido de este artículo primero. Originalmente constaba de un solo párrafo que establecía que todo “individuo” en México goza de las garantías constitucionales. El uso de la palabra “individuo” en vez de mexicano tenía el sentido de hacer extensivo el alcance del artículo, a toda persona, sin consideración de su nacionalidad, edad, etcétera.

En agosto de 2001¹⁶ se le añadieron dos párrafos: uno, que vino a ser el segundo del artículo actual, prohíbe la esclavitud; y otro, que es el tercero actual, prohíbe toda discriminación que anule o menoscabe los derechos fundamentales de “las personas”.

El tercer párrafo vino a reforzar la igualdad fundamental de todos los individuos en lo que se refiere a sus garantías constitucionales o derechos fundamentales, al prohibir “toda discriminación” por una serie de causas

¹⁶ *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001.

específicas, entre ellas la “edad”, las “discapacidades”,¹⁷ las “condiciones de salud”, y en general por cualquier causa “que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Sobre la cuestión de si el artículo permite o prohíbe discriminar entre el nacido y el concebido, puede concluirse que como prohíbe la discriminación motivada por la “edad”, las “condiciones de salud” o las “discapacidades”, también prohíbe aquella discriminación porque se funda en que el concebido tiene menos edad, o diferentes condiciones de salud, o incapacidades en comparación con el ya nacido. Además, tal discriminación atenta contra la dignidad humana, pues le niega esa dignidad al concebido no nacido, y tiene por objeto anular o menoscabar sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida.

Podría objetarse que el artículo constitucional no se refiere a los “concebidos”, sino sólo a los “individuos”, en su párrafo primero, y a las “personas”, en su párrafo tercero. Si los concebidos no son individuos, porque están insertos en el cuerpo de la madre, ni personas, porque no han nacido, entonces sí pueden ser discriminados porque por sí mismos no tienen dignidad humana ni derechos humanos.

Esta afirmación de que el concebido no es persona ni individuo de la especie humana es el argumento principal de todo intento de legalización del aborto, pero es una afirmación que parte de premisas que no tienen fundamento constitucional. La Constitución no define que persona es el ser humano nacido, ni establece que individuo es el ser humano independiente.

Hay que entender lo que expresa y significa el propio artículo primero constitucional. Que use dos términos, “individuos”, en su párrafo primero, y “personas” en su párrafo tercero no significa necesariamente que esté significando realidades diferentes. El propio sentido del artículo exige que ambos vocablos se interpreten con el mismo significado, ya que en el primer párrafo se habla de los derechos y garantías que la Constitución otorga a “todo individuo” y en el tercero se prohíbe la discriminación que anule o menoscabe los derechos de las “personas”, de modo que las “per-

¹⁷ El texto de la reforma de 2001 decía “capacidades diferentes” y fue modificado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de diciembre de 2006, para decir “discapacidades”.

sonas” cuyos derechos no se pueden menoscabar o anular son los mismos “individuos” a quienes la Constitución se los otorga. De no ser así, habría que entender, lo cual es absurdo, que hay “personas” con derechos que no pueden ser vulnerados que son distintas de los “individuos” a quienes la Constitución les otorga derechos.

Ciertamente que se podría levantar una discusión filosófica, por demás interesante, acerca de la distinción entre persona o individuo, pero lo que aquí interesa es el significado concreto que tienen estas palabras en el contexto del artículo primero, donde no pueden tener significados diferentes. En este artículo, individuo y persona significan lo mismo.

El término original en el artículo es “todo individuo”. ¿Qué puede entenderse por esa palabra? Me parece que no hay duda que significa todo individuo de la especie humana, y no cualquier individuo de cualquier género. Es como si dijera todo ser humano.

La cuestión de si el concebido está contemplado o no en el artículo primero se plantea, conforme al significado del propio artículo, en estos términos ¿es el concebido no nacido un ser humano, o no lo es? Si se responde que es un ser humano, lógicamente cualquier discriminación que lo prive de sus derechos es anticonstitucional.

Aquí parece que se entra en un terreno por demás inseguro porque no se tiene una definición comúnmente aceptada de lo que es ser humano ni de lo que es vida humana. Parecería entonces que la decisión acerca de los derechos del concebido dependería del concepto de ser humano y vida humana que cada quien tuviera o, finalmente, del que los jueces o la mayoría de ellos tuviera.

Los juristas no pueden suspender el juicio ante una perplejidad de este tipo, porque están precisamente para juzgar. Es sabido que cuando los jueces tienen que pronunciar un juicio y, por la dificultad de la materia, la urgencia o la escasez de tiempo, no pueden resolver en cuanto al fondo, juzgan con base en la realidad más inmediata y probada.

Respecto de la cuestión de si el concebido es ser humano o no, es una realidad científicamente demostrada que el óvulo fecundado o cigoto, precisamente desde el momento de la fecundación e incluso antes de la anidación, inicia, con impulso propio y contando con toda la carga genética propia de cualquier individuo de la especie humana, una serie de procesos bioquímicos que van conformando un cuerpo con figura humana

que finalmente, con el nacimiento, se convertirá, sin duda, en un individuo de la especie humana.

Es indubitable, de experiencia inmediata, que si no se interrumpe el proceso natural desencadenado con la fecundación, el concebido nacerá y será tenido como persona o ser humano con todos sus derechos. Si se interrumpe ese proceso, por causas naturales o por intervenciones voluntarias, el ser humano que podría ser, definitivamente no será.

Podrá cuestionarse si el cigoto tiene o no alma humana, si tiene o no actividad cerebral, si podría o no alimentarse por sí mismo, si ha alcanzado o no cierto grado de evolución, si tiene o no figura humana, y con base en las respuestas que cada quien se dé, y de acuerdo con el concepto de ser humano que cada quien tenga, concluir si llega a ser verdaderamente humano en un momento o en otro.

Pero no es necesario, ni conveniente, que los juristas resuelvan tomando partido por una postura u otra, que siempre implica el rechazo de otras, porque los juristas no son autoridades en la materia y no tienen por qué imponer o pretender imponer un determinado concepto de ser humano por medio de la legislación o las sentencias. La realidad probada es que el cigoto es un organismo vivo, un cuerpo humano, y desde este punto de vista, si bien limitado pero suficiente para decidir jurídicamente, se puede afirmar que es un ser humano o un individuo de la especie humana.

Esta es la respuesta que la tradición jurídica en la que se inserta el derecho mexicano ha dado desde hace mucho tiempo: que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos jurídicos. Esta regla la recogen los códigos civiles mexicanos, como el Código Civil Federal, cuyo artículo 22, con el que se inicia el libro de las personas, dice “desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido”; lo mismo dice el artículo 22 del código local del Distrito Federal. Cabe notar que dicha regla llama “individuo” al concebido.

Es cierto que la regla que dan los códigos civiles no es una disposición constitucional, sino una aplicable al ámbito material y territorial propio de cada código. Pero no deja de ser significativo que esa regla sea recogida por la tradición jurídica mexicana y esté presente en todos o la mayoría de los códigos de cada entidad federativa. Por lo que puede usarse, no en cuanto disposición legal, sino como regla interpretativa propia de la tradición jurídica mexicana para desentrañar el significado de la palabra “individuo” en el artículo primero constitucional.

Si es evidente que del concebido nace un individuo de la especie humana, se puede decir que el concebido es ya un individuo y se le tiene por nacido para todos los efectos jurídicos.

Si el artículo 1o. constitucional no se interpretara en el sentido de que “individuo” comprende la concebido no nacido, entonces se dejaría que la legislación secundaria determinara qué se entiende por “individuo”, señalando, por ejemplo, que es el concebido con más de doce semanas, o el que ya se ha implantado en el endometrio, o el que tiene figura humana, etcétera. Resultaría así algo absurdo: que los derechos fundamentales que otorga la Constitución, los otorgaría a los “individuos” que determinarían las leyes secundarias. El otorgamiento de derechos por la Constitución no tendría ninguna eficacia jurídica si la determinación de los sujetos de esos derechos la hicieran las leyes secundarias. Esta interpretación convertiría todas las disposiciones constitucionales sobre derechos y garantías de los individuos en una mera declaración sin eficacia jurídica alguna, algo así como las declaraciones internacionales de derechos humanos.

Si se interpretara que la Constitución cuando dice individuo se refiere exclusivamente al ser humano nacido, entonces el concebido, en cualquier momento de su gestación, como no es individuo protegido por el derecho, podrá ser muerto voluntariamente, sus órganos o tejidos aprovechados para fines médicos o de investigación, o bien vendido en partes o completo. No sería más que una cosa de la cual el propietario (podría discutirse si lo es la madre por sí sola o en copropiedad con el padre, o con el médico cuando fue concebido artificialmente) puede disponer para su propio provecho. Esto es también absurdo e insostenible.

Resulta entonces que la única interpretación posible del artículo primero de la Constitución para que surta todos sus efectos y otorgue la protección constitucional a todos los individuos es: “individuo” incluye al concebido, el cual, conforme a nuestra tradición, se tiene como ya nacido. Las otras dos posibilidades: que “individuo” es el ya nacido y el concebido que determinen las leyes, o que es sólo el ya nacido, dan resultados absurdos, contrarios al espíritu de la Constitución mexicana.

Se puede entonces concluir, respecto de la cuestión planteada, acerca de si la Constitución permite discriminar al concebido no nacido, que la Constitución prohíbe esa discriminación, porque se funda en la edad, la sa-

lud o las discapacidades porque atenta contra la dignidad humana y tiene por objeto anular los derechos fundamentales del concebido.

V. La reforma es anticonstitucional

Del análisis anterior se puede concluir en síntesis que la Constitución mexicana protege el derecho a la vida, incluso el de los concebidos y no nacidos (artículo 14 constitucional), y establece la igualdad de todos los individuos, incluidos los concebidos y no nacidos, en sus derechos fundamentales (artículo 1o.). La reforma del Código Penal del Distrito Federal contradice esos dos derechos fundamentales: la vida y la igualdad. Para demostrar esta afirmación me referiré en concreto, uno por uno, a los artículos de la reforma violatorios de la Constitución.

El artículo 144 reformado del Código penal, cuando dice en su primer párrafo que aborto es “la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación”, niega el derecho a la vida y a la igualdad del concebido que no ha cumplido ese término.

El párrafo segundo del mismo artículo 144: como dice que el “embarazo... comienza con la implantación del embrión en el endometrio”, niega el derecho a la vida y a la igualdad del embrión no implantado en el endometrio.

El artículo 146 que dice “aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada”; es anticonstitucional porque no protege la vida del concebido que no se ha implantado en el endometrio, ni lo considera igual incluso respecto de otros concebidos y no nacidos. El concebido que no se ha implantado en el endometrio puede ser muerto por cualquier persona, aun en contra de la voluntad de la madre, porque el tipo de “aborto forzado” sólo se refiere al “embarazo”, es decir al embrión ya implantado en el endometrio.

El nuevo artículo 16-bis-8 de la Ley de Salud del Distrito Federal es anticonstitucional en su párrafo primero, cuando dice que los “servicios” de atención a la salud sexual y reproductiva que presten las instituciones del Distrito Federal “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”. Es anticonstitucional, contra los derechos de vida e igualdad, si se entiende que entre esos servicios se in-

cluye el de “interrupción del embarazo”, a que se refiere el artículo precedente (16-bis-7), ya que privar de la vida al concebido no nacido jamás puede interpretarse como ejercicio del derecho constitucional establecido en el artículo 4o. de decidir libremente acerca del número de los hijos. Es también anticonstitucional en cuanto pretende imponer una interpretación de lo que significa el ejercicio del derecho reconocido por el artículo 4o. constitucional, siendo que, de acuerdo con la propia Constitución (artículo 94, párrafo 8) la interpretación de la misma corresponde al Poder Judicial Federal.

Es anticonstitucional el párrafo segundo del mismo artículo 16-bis-8, cuando dice que los “servicios de planificación familiar y anticoncepción” que presta el gobierno del Distrito Federal procuran, entre otras cosas, “la prevención de embarazos no planeados y no deseados”, si por ello se entiende el procurar la muerte del concebido no nacido y no implantado en el endometrio.

Lo es asimismo el párrafo tercero y último del mismo artículo cuando dice que el gobierno del Distrito Federal, a través de sus servicios de atención a la salud sexual y reproductiva, hará el “suministro de todos aquellos métodos anticonceptivos cuya eficacia y seguridad estén acreditadas científicamente”, si se incluyen medicamentos o instrumentos que priven de la vida al concebido aun no implantado en el endometrio.

La inconstitucionalidad de estos preceptos también se demuestra por los resultados claramente contrarios a la dignidad de la vida humana en comunidad o vida política. Su aplicación implica:

- a) El deber de las instituciones de salud —precisamente las de salud— de practicar la “interrupción del embarazo”, es decir, de dar muerte a los concebidos no nacidos. ¿Hay algo más absurdo que un hospital que tenga el deber de dar muerte a ciertas personas?
- b) El deber del gobierno de destinar recursos públicos para la prestación gratuita del servicio de muerte del no nacido o “interrupción del embarazo”, de modo que con el dinero público se financia la muerte de seres inocentes que podrían haber sido partes de la comunidad mexicana. ¿Puede el gobierno hacer la guerra contra su propio pueblo sirviéndose del dinero que recauda del pueblo?
- c) El descrédito que sufre el poder público, Legislativo y Ejecutivo, cuya razón de ser es el servicio al pueblo, cuando se percibe que actúa

en contra del más elemental principio de convivencia humana: no matar a un inocente.

Si los ministros de la Corte actual mantuvieran los criterios contenidos en las tesis jurisprudenciales, especialmente las que declaran que la Constitución reconoce el derecho a la vida (13/2002) y en particular el del “producto de la concepción” (14/2002), me parece que no tendría dudas para declarar la inconstitucionalidad de los nuevos artículos. Pero de los once ministros actuales, hay sólo siete de los que conocieron la acción de inconstitucionalidad que dio lugar a dichas tesis: los dos que no aprobaron esas dos tesis (Góngora y Gudiño) y cinco que sí las aprobaron (Aguirre, Azuela, Ortiz Mayagoitia —actual presidente—, Sánchez Cordero y Silva Meza) y hay otros cuatro nuevos (Cosío, Franco, Luna Ramos y Valls).

VI. Aborto y sentido común

Mientras elaboraba este artículo, recordé la conversación con un amigo quien refería que definir lo que es justo es asunto de sentido común, y que le parecía que los juristas complicábamos cuestiones que podían resolverse fácilmente. Y esto, me parece que sucede respecto del aborto. Sólo basta hacer un razonamiento muy breve: Es una grave injusticia privar de la vida a un inocente (no me parece que nadie discutiría la verdad de ese principio). El concebido no nacido es un ser humano inocente. Luego, es una grave injusticia privar de la vida al ser humano concebido y no nacido.

Quienes son favorables a la legalización del aborto pretenden objetar ese razonamiento negando que el concebido sea un ser humano. ¡Ese es todo el argumento!, expresado de mil maneras: no es persona, no es individuo, no tiene figura humana, no tiene actividad cerebral, es sólo un organismo celular, es una parte del cuerpo de la madre, carece de alma humana, y otras más.

Se niega que el concebido sea un ser humano, y por eso se permite matarlo. No es la primera vez en la historia de la humanidad en que algunas personas niegan que otras sean humanas, para que así las primeras se aprovechen y exploten a las que consideran “sub humanas”. Pero esta

época es la primera que desconoce en el propio ordenamiento jurídico que el concebido no nacido sea un ser humano.

Y otra particularidad de la situación actual es que los gobernantes, cuando autorizan el aborto, se “lavan las manos”, y arrojan toda la responsabilidad de decidir el aborto a la sola mujer. Si hay abortos, dicen ellos, no es porque nosotros lo dispongamos, nuestro objetivo, añaden, es que no haya abortos, si hay abortos es porque las mujeres lo quieren. Así, a la insolidaridad respecto del no nacido, añaden el desprecio hacia la mujer quien requiere atención, apoyo y solidaridad.