

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tan es así que, al depositar el instrumento de adhesión respectivo, el Estado mexicano formuló la siguiente declaración interpretativa: "Con respecto al párrafo 1 del artículo 4, considera que la expresión 'en general' usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida 'a partir del momento de la concepción', ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.", lo que debe entenderse referido a los Estados parte en dicha convención y en respeto a lo que, dadas sus particularidades, cada Estado considere en ese aspecto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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