

X. VOTO DE MINORÍA QUE FORMULAN LOS MINISTROS SERGIO SALVADOR AGUIRRE ANGUIANO, MARIANO AZUELA GÜITRÓN Y GUILLERMO I. ORTIZ MAYAGOITIA *

Introducción.

En las acciones de inconstitucionalidad citadas se impugnaron los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, 16 Bis 6, tercer párrafo y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal, reformados y adicionados mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad de veintiséis de abril de dos mil siete, así como el artículo tercero transitorio de ese decreto y por extensión los artículos 148 del Código Penal y 16 Bis 7 de la Ley de Salud, ambos del Distrito Federal.

El Tribunal Pleno determinó declarar parcialmente procedentes e infundadas las acciones de inconstitucionalidad.

* *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, marzo de 2009, p. 1651; IUS: 40168.

dad; sobreeser en las mismas respecto de los artículos que por extensión fueron impugnados, a saber, 148 del Código Penal para el Distrito Federal y 16 Bis 7 de la Ley de Salud de la misma entidad, así como en relación al artículo tercero transitorio del decreto de reformas controvertido; y reconocer la validez del resto de las normas impugnadas.

Los Ministros que suscribimos el presente voto disentimos de la última de dichas determinaciones en cuanto al reconocimiento de validez de los artículos 144 y 145 del Código Penal para el Distrito Federal, pues consideramos que debió declararse la invalidez de las porciones normativas que hacen referencia a la etapa posterior a las doce semanas de gestación al tipificar el delito de aborto y su penalidad, así como al establecer el concepto de embarazo.

De manera fundamental queremos destacar nuestra oposición al sistema que se establece en dichos preceptos y en otras disposiciones, derivadas de ellos, conforme al cual se autoriza el aborto biológico, denominado eufemísticamente "interrupción del embarazo durante las primeras doce semanas de la implantación del embrión en el endometrio", con lo que se legaliza el aborto a partir de la concepción de un ser humano, único e irrepetible, desde ese momento, estableciendo únicamente como condición la autorización de la madre, determinándose, asimismo, la obligación de las autoridades de salud de practicar esa "interrupción", es decir, lo que biológicamente es calificado por la ciencia médica como aborto. Las anteriores conclusiones las sustentamos en las razones que a continuación se exponen.

Forman parte del presente voto minoritario: el proyecto de resolución que presentó el Ministro Sergio Salvador Aguirre

Anguiano, como ponente, la presentación que del mismo hizo en la sesión del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el veinticinco de agosto de dos mil ocho, la intervención realizada por el propio ponente que tuvo durante la discusión del asunto en la sesión del día veintiocho del mismo mes y año, para que, como en esta última lo resaltó, constituyan testimonio que pueda ser tomado en cuenta en caso de un cambio de opinión o para otras generaciones de Ministros; así como las intervenciones de los señores Ministros Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Mariano Azuela Güitrón, que realizaron durante la discusión del presente asunto.

Los problemas esenciales materia de las acciones de inconstitucionalidad en relación con las disposiciones antes aludidas implican dilucidar si nuestra Constitución, como Ley Fundamental del Estado mexicano, reconoce el derecho a la vida humana desde la concepción como un valor fundamental que debe garantizarse, así como los instrumentos internacionales y las leyes generales, que junto con ella integran la Ley Suprema de la Unión; el sistema de salvaguarda establecido por el Constituyente a los derechos naturales del hombre a través de la prohibición de su restricción o suspensión, salvo en los casos expresamente establecidos por la propia Constitución; la obligación del legislador de proteger al producto de la concepción desde el ámbito penal y, finalmente, si las disposiciones impugnadas al regular el delito de aborto se ajustan o no a nuestro orden constitucional al dejar a voluntad de la madre la vida del producto de la concepción en una etapa gestacional por sólo tipificarse como tal desde el vencimiento de la duodécima semana de gestación a partir de la implantación del embrión en el endometrio con independencia del consentimiento de la madre, dando prevalencia a

los derechos de maternidad, de plan de vida y de autodeterminación del cuerpo de la mujer sobre la vida del *nasciturus*.

Síntesis de las consideraciones de las que se disiente.

La resolución del Tribunal en Pleno aprobada como en-grose por la mayoría que se pronunció en favor de la constitucionalidad de los preceptos impugnados da respuesta a las cuestiones anteriores, en esencia, de la manera siguiente:

1. En el estudio de fondo del asunto en relación con la existencia y naturaleza de la vida humana, como primer apartado, se formula el siguiente cuestionamiento:

1. ¿Se encuentra el derecho a la vida contemplado por la Constitución mexicana?, lo que se resuelve bajo los siguientes apartados:

- A) En la Constitución mexicana no se establece un derecho a la vida, al valor de la vida o a alguna otra expresión que permita determinar que la vida tiene una específica protección normativa. Lo que sí establece es que "una vez dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de proporcionarla y desarrollar condiciones para que todos los individuos sujetos a las normas de la Constitución aumenten su nivel de disfrute y se les procure lo materialmente necesario para ello".

Del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos establecidos expresamente en la Constitución no puede válidamente considerarse a la vida como el derecho que goce de preeminencia frente a cual-

quier otro derecho. Esto es, del hecho de que la vida sea una condición necesaria para el disfrute de los demás derechos no puede extraerse una conclusión valorativa de que la vida sea más valiosa que los demás derechos fundamentales, pues con ello se incurre en lo que se conoce como falacia naturalista que consiste en deducir conclusiones normativas a partir de premisas que sólo contienen información de hechos, citándose, como ejemplo, que bajo la concepción que no se acepta implicaría que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida, por ser el primero condición del segundo.

- B) De la reforma a los artículos 14 y 22 de la Constitución de nueve de diciembre de dos mil cinco, mediante la cual se eliminó el término "vida" relacionado con la posibilidad de aplicación de la pena de muerte mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, así como los supuestos en que ésta se permitía, no deriva la intención del Constituyente de establecer un derecho general y absoluto a la vida, pues sólo tuvo como finalidad responder a compromisos internacionales en materia de derechos humanos para ajustarse a la tendencia internacional de abolición de la pena de muerte.

- C) Ningún instrumento internacional de derechos humanos aplicable en el Estado mexicano reconoce el derecho a la vida como un derecho absoluto, ni exige un momento específico para la protección de ese derecho. Sólo exigen que se cumplan y respeten las garantías relacionadas con la no privación arbitraria de la vida y las vinculadas con la aplicación de la pena de muerte.

- D) No hay ningún fundamento constitucional o internacional para un mandato de penalización en caso de afectación al derecho a la vida del que pueda sostenerse la existencia de la obligación del legislador para establecer o mantener un tipo penal específico. El legislador puede decidir discrecionalmente cuáles conductas "penalizar siempre y cuando lo haga mediante los procedimientos y respete las limitaciones de contenido establecidas por ciertos derechos fundamentales"; ello, porque deben distinguirse tres supuestos: a) conductas que el legislador está constitucionalmente obligado a penalizar (también, en el ámbito internacional, el Estado mexicano se ha obligado a penalizar determinadas conductas); b) conductas que está facultado para penalizar; y c) conductas que tiene prohibido penalizar.

Fuera de los casos en que existe obligación constitucional o internacional de penalizar conductas, el legislador está en libertad de despenalizar conductas que han dejado de tener, a su juicio, un reproche social, sujeto únicamente a los límites de no establecer una descriminalización discriminatoria, ni que ello se haga mediante ley privativa.

La evaluación que realice el legislador en ejercicio de sus facultades de configuración legal debe ser respetada por el Juez constitucional, procediéndose a revisar los argumentos utilizados por la Asamblea Legislativa para justificar las normas impugnadas.

Tales argumentos consistieron en acabar con el problema de salud pública derivado de la práctica de abortos clandestinos, estimando que la despenalización del aborto permitirá que las mujeres interrumpen voluntariamente su embarazo

en condiciones de higiene y seguridad; garantizará un trato igualitario a las mujeres, concretamente a las de menores ingresos, además de reconocerles libertad en la determinación de la forma en que quieren tener relaciones sexuales y su función reproductiva; reconocer que no debe existir la maternidad forzada, sino permitir que la mujer pueda desarrollar su proyecto de vida como lo estime conveniente; la permisión de interrumpir el embarazo en el periodo embrionario (hasta 12 semanas de gestación, o sea, desde la implantación del embrión en el endometrio) y no en el fetal toma en cuenta el incipiente desarrollo del embrión, la seguridad y facilidad de la interrupción sin graves consecuencias para la salud de la mujer; la penalización del aborto en esa etapa primaria del embarazo no constituye una medida idónea para salvaguardar la continuación del proceso de gestación, pues constituye una realidad social que las mujeres que no quieren ser madres recurren a la práctica de interrupciones de embarazos clandestinos.

Se estima correcta la ponderación realizada por el legislador local, pues resulta acorde con la tendencia legislativa reflejada en el derecho comparado que ha venido estableciendo hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo o límites a la persecución legal del aborto como resultado de la ponderación entre dos bienes en conflicto; es idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, pues la no penalización de la interrupción del embarazo respeta su libertad para decidir sobre su cuerpo, su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida; el reproche por la vía penal no sirve para asegurar el correcto desenvolvimiento del proceso en gestación, pues nuestra realidad social es otra y, de lo contrario, se menoscaba y reafirma la discriminación hacia las

mujeres; la amenaza penal no es la primera y única solución a la erradicación de las prácticas clandestinas de aborto; la *ultima ratio* en el derecho penal moderno obliga a que las penas sean el último instrumento estatal para prevenir los ataques a los bienes y valores fundamentales de la sociedad.

2. Como segundo apartado se pregunta:

II. ¿Violan las disposiciones impugnadas el principio de igualdad?, lo que resuelve previa precisión de que no se está ante un problema de análisis de la permisón de la conducta de interrupción del embarazo hasta la doceava semana, sino ante los problemas secundarios en relación con la igualdad de género (al no prever la participación del varón en la toma de la decisión de interrumpir el embarazo) y la igualdad por razón de edad (al no regularse el supuesto de las mujeres menores de edad que deseen interrumpir su embarazo), que no constituyen en realidad impugnaciones directas de desigualdad de la norma, sino de falta de razonabilidad de la medida descriminalizadora de la conducta, de la manera siguiente:

- A) La determinación del legislador local de hacer recaer la decisión final de la interrupción del embarazo en la mujer como portadora de un embrión no deseado no es discriminatoria ni resulta irrazonable, porque descansa en la clara diferencia de su posición frente a la de cualquier otra persona. La continuación del embarazo tiene consecuencias distintivamente permanentes y profundas para la mujer, con independencia del apoyo con que cuente durante el embarazo y después en el cuidado y educación del niño, y es esa afectación asimétrica al plan de vida lo que establece la base para el trato distinto.

- B) No se encuentra motivo para que el legislador hubiera tenido que hacer distinción expresa para el caso de las menores de edad y que no haberlo hecho la discrimine en el ejercicio de algún derecho, máxime que los servicios de consejería previstos en las normas de salud del Distrito Federal son suficientes para cubrir las necesidades que plantea un aborto de menores. Además, "cualquier declaración de inconstitucionalidad (en este caso por omisión) equivaldría a una decisión repenalizadora por parte de la Corte: supondría añadir condiciones o (sic) obstáculos a lo que los ciudadanos pueden hacer libres de la amenaza del derecho penal", lo que "este tribunal considera que corresponde de manera directa al legislador democrático local definir".

3. En diverso considerando ("NOVENO.—Planteamientos de fondo en relación con los principios en materia penal") se determina que las normas impugnadas no violan el principio de legalidad ni el de razonabilidad de las penas, señalando, en esencia:

- A) En las normas impugnadas no operó ningún cambio en el bien jurídico tutelado, que sigue siendo la vida en gestación; en todo caso, lo que operó fue una variación a las circunstancias en que se le protege.

Los artículos impugnados contienen todos los elementos que constituyen la prohibición legislativa y no cuentan con conceptos ambiguos o imprecisos.

- B) El Poder Legislativo Local cumplió con su obligación de justificar, de manera expresa, las razones por las cuales estableció las penas correspondientes a los tipos de aborto

autoinducido, consentido y forzado y las normas impugnadas resultan proporcionales en relación con la conducta prohibida y el bien jurídico tutelado.

Consideraciones del voto de minoría.

Contra las anteriores consideraciones que sustentan el engrose aprobado por la mayoría de los Ministros integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se formula el presente voto de minoría en los siguientes términos:

I. Las jurisprudencias plenarios 13/2002 y 14/2002 no fueron interrumpidas, pues la mayoría de Ministros confirmó su criterio y el engrose aprobado no sólo no refleja, sino que es opuesto a la decisión mayoritaria.

En primer término, los Ministros de la minoría destacamos que la resolución cuyas consideraciones han quedado anteriormente resumidas, no refleja la decisión de la mayoría de los integrantes del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los aspectos relativos a la consagración del derecho a la vida en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a la protección que ésta otorga al producto de la concepción como manifestación de vida humana, pues en tales cuestiones la mayoría se pronunció por reiterar el criterio contenido en las jurisprudencias identificadas con los números 13/2002 y 14/2002, que llevan por rubros: "DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL." y "DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES

FEDERALES Y LOCALES.", publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, Tomo XV, febrero de 2002, páginas 588 y 589, por lo que dichas jurisprudencias siguen teniendo plena vigencia.

En efecto, si bien existió mayoría de votos de los integrantes del Tribunal en Pleno en el sentido de declarar la constitucionalidad de los artículos 144 a 147 del Código Penal para el Distrito Federal, debe destacarse que como puede advertirse de las intervenciones de los Ministros en las sesiones públicas en que se discutió el asunto, la mayoría sostuvo que la Constitución protege el derecho a la vida y al producto de la concepción, lo que no sólo no quedó reflejado en la sentencia, sino que ésta sustenta el criterio minoritario de los Ministros que votaron por el reconocimiento de validez de las citadas normas impugnadas, lo que se reconoce en razón de la votación asentada en la parte final del engrose, en el que expresamente se señala:

"... y por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza se resolvió declarar infundadas las acciones de inconstitucionalidad y reconocer la validez de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, y que la resolución se publique en el *Semanario Judicial de la Federación*, y reservaron su derecho para formular, en su caso y oportunidad, sendos votos concurrentes, en el entendido que las razones que fundan el considerando octavo de esta ejecutoria, al no haber sido coincidentes en cuanto al reconocimiento de validez de los preceptos, no serán obligatorias en términos de los (sic) dispuesto por el artículo 43

de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; ..."

Como se advierte de la anterior precisión asentada en la razón de votación del engrose de la resolución aprobado por el Pleno no existió coincidencia entre los Ministros en cuanto a las razones expuestas en el considerando octavo intitulado: "Planteamientos de fondo en relación con la existencia y naturaleza del derecho a la vida", por lo que no serán obligatorias, de lo que deriva que no se interrumpieron las jurisprudencias 13/2002 y 14/2002 anteriormente citadas.

Importa resaltar que, en realidad, las consideraciones que se contienen en el considerando aludido son sólo reflejo fiel de la opinión personal del Ministro que elaboró el engrose, quien, por tanto, habiéndose reservado su derecho a formular voto concurrente, determinó ya no hacerlo. Lo anterior dio lugar a que el Ministro Juan N. Silva Meza, en su voto concurrente, cuestione la obligatoriedad de lo decidido por la mayoría, como se advierte de la siguiente transcripción:

"... La afirmación de que el derecho a la vida no se encuentra protegido constitucionalmente, no fue sostenida por la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno que votó a favor de la constitucionalidad de las normas impugnadas. Antes bien, dicho pronunciamiento resulta opuesto al consenso de la mayoría que consideró que el derecho a la vida, aunque implícitamente, sí se encuentra reconocido a nivel constitucional. La inclusión de este tema en la sentencia sin haber sido una consideración sostenida por la mayoría, eventualmente puede poner en duda la obligatoriedad de lo decidido. ..."

Para comprobar lo aseverado con antelación, se transcribe la parte conducente de las intervenciones de los Ministros integrantes del Pleno en las sesiones públicas celebradas los días veinticinco, veintiséis, veintisiete y veintiocho de agosto de dos mil ocho:

1. Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano: "... sostengo que la Constitución sí consagra el derecho a la vida humana, lo que deriva principalmente de sus artículos 1, 14 y 22, así como de la interpretación conjunta y sistemática de todas sus disposiciones, tanto de las que consagran derechos fundamentales de los individuos, sean de igualdad, de libertad, de seguridad jurídica, sociales, colectivos, como de las relativas a su parte orgánica, que tienen como finalidad el bienestar de la persona humana, sujeta al imperio de los órganos de poder. ...

"El proyecto claramente sustenta y justifica la protección constitucional del derecho a la vida del producto de la concepción en lo siguiente: a) El análisis relacionado de los artículos 4, 123, apartados A), fracciones V y XV, y B), fracción XI, incisos c), constitucionales; b) El artículo tercero transitorio del decreto que reformó los artículos 30, 32 y 37 constitucionales en materia de nacionalidad, publicado el veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete, y su reforma publicada el veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve; c) Los demás derechos fundamentales que tienen como finalidad garantizar una existencia digna al ser humano y su pleno desarrollo, entre los que adquieren relevancia especial los contemplados en los artículos 1o., 3o., 4o.; d) Diversos instrumentos internacionales ... e) La Ley General de Salud —artículos 320, 323, fracción I, y 326—, así como la legislación federal

y local —artículos 329 del Código Penal Federal y 22—, tanto del Código Civil Federal como del Código Civil para el Distrito Federal. ..."

2. Ministro Juan N. Silva Meza: "... Por ende, el reconocimiento que hizo esta Suprema Corte de Justicia de la Nación del derecho a la vida no significa que el mismo sea absoluto y que no sea susceptible de ser balanceado con otros derechos o limitado en atención a ciertos intereses estatales. ...

"Por otra parte, y en relación a la protección constitucional, relacionada con la continuación del proceso de gestación, debe decirse que el interés del Estado en salvaguardarlo, tiene sustento precisamente, en sus artículos 4o. y 123, entre otros, pues de ellos se infiere una protección integral, tanto a la familia como a la mujer embarazada, para que cuente con las medidas necesarias para laborar, sin poner en riesgo la salud del producto de la concepción.

"Es importante destacar, que dicha protección, también encuentra asidero en disposiciones legales de diversa índole, civiles, laborales, penales, destacándose que la protección de referencia, se circunscribe a las materias en las que se contiene.

"Ahora bien, partiendo del conocimiento de que existe protección constitucional, tanto para la mujer, como para asegurar la continuidad del proceso de gestación, lo procedente es dilucidar, si la medida adoptada por el legislador local, consistente en despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo, es racional y proporcional y, por ende, apegada al Texto Constitucional. ..."

3. Ministro Mariano Azuela Güitrón: "... Estimo que la Constitución protege la vida, desde el momento de la concepción.

"Estimo que de acuerdo con el artículo 1o. de la Constitución, la limitación, las restricciones a cualquier garantía establecida en la Constitución, deben ser hechas por el Poder Reformador de la Constitución. En el caso, se violentó el orden constitucional, al regularse esas situaciones en un Código Penal de una entidad federativa, ..."

4. Ministro José Fernando Franco González Salas: "... Yo convengo en que la Constitución mexicana protege la vida humana; sin embargo, no considero que se pueda sostener a la luz de su texto que lo haga sin hacer ninguna distinción y sin prever excepción, restricción o limitación alguna; nuestra Constitución no establece, en mi opinión, derechos absolutos ni preeminencia *per se*, de unos sobre otros de los derechos, aun en el caso del derecho a la vida existen excepciones constitucionales y legales; pongo por ejemplo el artículo 10 de la Constitución que establece el derecho a la legítima defensa y, por supuesto, es generalizada la aceptación de que pueda haber excusas absolutorias y excluyentes de responsabilidad. ..."

"Mi disenso sobre las distintas consideraciones se sustenta en similares razonamientos a los expresados anteriormente por los Ministros Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Cossío Díaz y Silva Meza, que comparto en lo general, para demostrar que ni en la legislación nacional o en los Tratados Internacionales, existe una norma que obligue al Estado mexicano a sancionar penalmente a la mujer que decide interrumpir su embarazo en las primeras doce semanas de gestación; ade-

más, quisiera añadir solamente dos razones que me parecen relevantes para el juicio de ponderación constitucional que sostengo en este asunto, para afirmar que el bien jurídico tutelado, el ser en gestación, tiene un tratamiento y protección diferenciados, según el momento del proceso de gestación. ..."

5. Ministra Olga María Sánchez Cordero de García Villegas: "... Una vez establecido lo anterior, podemos hacer la siguiente pregunta. ¿Cuáles son los derechos fundamentales que procede ponderar en el presente caso? Por un lado, debemos hablar de los derechos de la madre consistentes en salud y vida de la mujer y por el otro, del derecho de vida del *nasciturus* antes de las doce semanas. Ahora bien, si damos por bueno el procedimiento antes relatado respecto a la forma de realizar la ponderación entre dos o más y aquí quiero decirles que no quiero hablar de principios, valores, reglas y quiero hablar en forma genérica de la ponderación entre dos o más normas constitucionales en primer lugar, para no meternos a un terreno a lo mejor académico o a lo mejor muy válido pero, y además no es el caso, en primer lugar debemos partir del principio de que los derechos que se están reconociendo respecto de la madre, tienen la misma categoría que el derecho a la vida del *nasciturus*, pues de nuestro orden jurídico y específicamente del Texto Constitucional, no podemos desprender que el derecho a la vida sea absoluto e irrestricto, pues no obstante que este Alto Tribunal, ya se hubiera pronunciado en el sentido de que el derecho a la vida sí se encuentra protegido constitucionalmente y que se trata de un derecho intrínseco a los seres humanos y sin el cual no cabe el disfrute de los demás derechos, inherente a éste se encuentra también el derecho a la dignidad, del cual se des-

prenden otros derechos como la libertad reproductiva, la libertad de autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros, es decir, estamos exactamente frente a la necesidad de establecer cuál derecho deberá prevalecer, sin que ello implique la anulación del otro, sino simplemente como un ejercicio de ponderación para el presente caso. ..."

6. Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos: "... Mucho se ha mencionado que si la Constitución protege o no la vida; por supuesto que la protege, yo creo que de eso nadie tiene la menor duda; sin embargo, la protege; la protege ¿respecto de qué?, de la actuación de las autoridades, no de la actuación de los particulares ..."

7. Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia: "... El considerando que discutimos propone tres grandes temas:

"Si la Constitución protege la vida, si la protege desde que se inicia hasta que se concluye, y si la protege de manera absoluta.

"Las dos primeras preguntas, mejor dicho la primera, la Constitución protege a la vida, creo que ha sido respondida unánimemente por todos los que hemos participado en la discusión, ya no se da esta unanimidad en el sentido de si se protege desde el inicio de la vida o en qué momento preciso surge la protección.

"Sobre este tema yo creo que hay disposición expresa en nuestra Carta Magna, que tutela la vida como un valor, como un derecho universal de la humanidad y particularmente de la nación mexicana, desde el momento en que un nuevo ser

humano es concebido y hay gestación. Esta disposición está contenida en el artículo 123 de la Constitución; hay referencia al tema en tres distintas fracciones, en la V, en la XI y en la XV. Las dos primeras ciertamente hacen una referencia muy clara a la salud de la madre y sólo por vía de consecuencia viene la protección indirecta a la salud del producto de la concepción, pero la fracción XV, es expresa en el sentido de proteger la vida y la salud del producto de la concepción. ...

"En mi convicción personal no hay duda pues de que el derecho a la vida está protegido por nuestra Constitución desde el momento de la concepción. ..."

8. Ministro Sergio Armando Valls Hernández: "... En nuestra Constitución, no existe de manera expresa la protección a la vida; esto es, no encuentro en sus disposiciones, ninguna, que consagre expresamente y en forma absoluta la inviolabilidad de la vida, o al derecho a la vida; sin embargo, indiscutiblemente, debemos diferenciar entre la vida como un bien que constitucionalmente está protegido, y el derecho a la vida, que precisamente por su connotación es un derecho público subjetivo de carácter fundamental.

"Me explico: la vida como un bien protegido deriva no expresamente, sino del propio contenido de la Norma Fundamental en cuanto que sin aquélla no podrían existir todos los demás derechos fundamentales de una persona o individuo, por ello estamos ante una protección general de la vida por parte del Estado, es decir, que todos los poderes públicos y autoridades deben actuar dentro de sus facultades para lograr el desarrollo de la vida humana, mientras que el derecho a la vida,

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

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

"Los derechos fundamentales consagrados en los artículos 14 y 22 constitucionales son relativos a la protección de la persona y no a la vida humana, pues de ellos se advierte la necesidad de que para ejercerlos el sujeto debe estar determinado, ya que si no, se llegaría al extremo de sostener que también la Constitución está protegiendo una célula, porque es vida; la Constitución reconoce el ejercicio de los derechos fundamentales a partir de la existencia del individuo, y la protección general de la vida como bien constitucional en cuanto vida potencial no es ilimitada ni absoluta frente a tales derechos. ..."

9. Ministro Genaro David Góngora Pimentel: "... No hay discusión en la importancia del derecho a la vida, sin embargo, esto no debe confundirse con que la Constitución proteja este derecho en abstracto, indicando temporalidad y estableciendo medidas de protección penal, una vez mencionado lo anterior y aun cuando el proyecto se refiere a este tema en

puntos posteriores, es oportuno señalar estos aspectos porque no podemos continuar la discusión con la afirmación de que la Constitución mexicana reconoce el derecho a la vida en abstracto y en cualquier parte del proceso biológico. ...

"En este sentido, considero que la jurisprudencia que se cita no debe confirmarse porque no se refiere a la esencia de los artículos 1o., 14 y 22 constitucionales, y no justifica por qué de su interpretación derive un derecho a la vida absoluta y abstracta con alcances para todo el desarrollo biológico. ..."

10. Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo: "... La Constitución por un lado establece valores ¿Cuáles? Los que en la Constitución de 1957 (sic), se denominaban derechos del hombre y que se consideraban como valores abstractos emanados directamente de la naturaleza, etcétera; pero son principios y valores.

"Y por otro lado, contiene reglas que son las garantías individuales; por tal motivo, que yo creo que de la dinámica de esta interacción entre principios y valores, entre principios y normas, entre valores y reglas, es como debe hacerse una correcta interpretación constitucional; por tal motivo, yo creo que no puede sostenerse que la Constitución mexicana no establezca como un valor constitucional el derecho a la vida; creo que eso no se puede sostener, si partimos que lo que las garantías individuales pretenden garantizar son precisamente esos valores. ..."

11. Ministro José Ramón Cossío Díaz: "... El primer problema entonces que tenemos que enfrentar, es el de si efectivamente la Constitución reconoce o no un derecho a la vida

y cuáles serían los fundamentos de esta parte. ... me parece difícil aceptar que la supresión de la expresión 'derecho a la vida' del artículo 14, primer párrafo, o la supresión de un conjunto de conductas tipificadas, parricidios, asaltador de caminos, traidor a la patria, incendiario, plagiarío, etc., sea un motivo suficiente para entender que se está protegiendo a la vida; ... me parece que podemos encontrar en la Constitución de manera expresa, son ciertas previsiones constitucionales que de manera positiva establecen obligaciones para el Estado de promocionar, de realizar los derechos relacionados con la vida, por ejemplo, lo relacionado a la salud, a la vivienda, al medio ambiente, a la protección a la niñez, a la alimentación y cuidado de mujeres en estado de embarazo y parto, entre otros.

"Es decir, la Constitución, a mi juicio, no reconoce esto como un derecho en sentido positivo pero establece que dada la condición de vida, sí hay una obligación del Estado para efectos de promocionarla, de desarrollarla en este caso. ... me parece que ni constitucionalmente ni internacionalmente, en el ámbito al que me he referido, existe un derecho como tal a la vida; no existe un derecho y, en consecuencia, tampoco puede existir un derecho absoluto a la vida. Me parece que lo que existe es una cuestión distinta: existe la protección de un bien jurídico internacionalmente considerado, mas no así este derecho a la vida. ... yo no veo que el derecho a la vida tenga reconocido este estatus constitucional y, por ende, no encuentro la manera de hacerlo oponible al resto de los propios derechos. ..."

Deriva de las anteriores transcripciones que el Ministro José Ramón Cossío Díaz fue el único que sostuvo que la

Constitución no reconoce el derecho a la vida y que todos los demás Ministros coincidieron en la protección que nuestra Constitución otorga a la vida humana, pues si bien el Ministro Genaro David Góngora Pimentel señaló que la jurisprudencia del Tribunal en Pleno en torno al reconocimiento constitucional del derecho a la vida humana no debía confirmarse, ello fue porque en su concepto no se refiere a la esencia de los artículos 1o., 14 y 22 constitucionales, de los cuales no se advierte que derive ese derecho concebido de manera absoluta y abstracta con alcances para todo el desarrollo biológico, mas no porque negara la consagración del derecho a la vida en la Constitución.

De igual manera, en torno a la protección constitucional al producto de la concepción, únicamente los Ministros José de Jesús Gudiño Pelayo, José Ramón Cossío Díaz y Genaro David Góngora Pimentel, este último variando el criterio que sustentó en la jurisprudencia plenaria 14/2002, sostuvieron que nuestra Constitución no protege al producto de la concepción, aclarándose que el Ministro Sergio Armando Valls Hernández aun cuando manifestó que el artículo 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), dirige su protección en forma directa a la mujer embarazada y sólo como consecuencia de ello garantiza la del concebido, señaló que "tanto constitucionalmente como de acuerdo a los tratados internacionales la protección a la vida, tratándose del *nasciturus* no es absoluta ni irrestricta, sino que en todo caso debe ponderarse con otros valores protegidos constitucionalmente", por lo que se pronunció a favor de la protección constitucional del ser en gestación. La Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos no hizo señalamiento expreso en torno a esta cuestión, por lo que debe entenderse que comparte el criterio

de la jurisprudencia plenaria citada al no haber manifestado que ésta debiera variarse dado su carácter obligatorio. Los demás Ministros integrantes del Pleno se pronunciaron a favor de la protección que la Constitución otorga al no nacido.

En consecuencia, las jurisprudencias 13/2002 y 14/2002 continúan vigentes y con plena obligatoriedad, pues el Tribunal en Pleno no interrumpió el criterio sustentado en las mismas, sino que, por el contrario, las ratificó por la mayoría de votos antes especificada.

Al respecto, debe precisarse que en la sesión plenaria celebrada el miércoles veintisiete de agosto de dos mil ocho se manifestó, por el Ministro que elaboró el engrose, que:

"... el criterio derivado de la acción de inconstitucionalidad 10/2000, en el cual se sostuvo el criterio: 'DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.', es cierto que ese criterio existe, es cierto que ese criterio fue sustentado, simplemente yo quisiera señalar que ese es un criterio aprobado por una mayoría de siete votos y no por la mayoría de ocho que requiere el artículo 43 de la ley reglamentaria del artículo 105, de forma tal que esto plantea la opinión mayoritaria de un grupo de señores Ministros, una opinión muy respetable por supuesto, pero no una interpretación de carácter obligatorio y menos una interpretación que vincule a este Pleno en el sentido de tener que ofrecer razones adicionales para su superación; ..."

Lo anterior carece de sustento, por las siguientes razones:

El artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, aplicable a las acciones

de inconstitucionalidad de conformidad con el artículo 73 de la propia ley, dispone:

"Artículo 43. Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, Juzgados de Distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales."

Como se advierte, son las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de la sentencia, las que constituyen los criterios integradores de jurisprudencia cuando sean aprobados por cuando menos ocho votos, de manera tal que con independencia de la votación de los resolutivos, podrá integrarse jurisprudencia en los diversos temas jurídicos abordados para llegar a ellos.

Ahora bien, el criterio a que aludió el Ministro encargado del engrose, contenido en la tesis de jurisprudencia 13/2002, así como el contenido en la tesis 14/2002, referente a la protección constitucional e internacional a la vida del producto de la concepción, fueron sustentados al resolverse la acción de inconstitucionalidad 10/2000 y sí tienen carácter de jurisprudencias, en virtud de que el primero fue aprobado favorablemente por diez Ministros, y el segundo por nueve, como se advierte en la razón que en la publicación de cada una de dichas jurisprudencias se asienta, apoyada en las intervenciones de los Ministros en las sesiones privadas y públicas en que se discutió el asunto, así como en los diversos votos formulados por los Ministros, razones que textualmente señalan:

Jurisprudencia 13/2002:

"Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis discrepó el señor Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

"El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 13/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos."

Jurisprudencia 14/2002:

"Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y

30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis discreparon los señores Ministros presidente Genaro David Góngora Pimentel y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

"El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 14/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos."

Es claro entonces que los siete votos a que aludió el Ministro encargado del engrose corresponden a la declaratoria de constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal, que se examinó en la referida acción; mientras que respecto a los criterios específicos de las tesis señaladas, sólo un Ministro discrepó en el primero y dos en el segundo, por lo que considerando que participaron los once Ministros que integraban el Pleno, como

consta en el acta de la sesión relativa, celebrada el veintinueve de enero de dos mil dos, el criterio contenido en la tesis jurisprudencial 13/2002 fue aprobado por mayoría de diez votos y el contenido en la tesis jurisprudencial 14/2002 por mayoría de nueve votos.

Por tanto, estos criterios tienen carácter obligatorio conforme al artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al que remite para las acciones de inconstitucionalidad el numeral 73 de la propia ley, y continúan teniéndolo al no haber sido interrumpidos por el Tribunal en Pleno.

Así, en caso de que el Tribunal Pleno hubiera decidido apartarse de tales criterios jurisprudenciales, contrariamente a lo expresado por el Ministro encargado del engrose, sí era necesario ocuparse expresamente de ellos, lo que no fue así, aunque el engrose no responda al criterio mayoritario, según ha quedado explicado.

II. Falta de metodología en el estudio de los temas de fondo abordados en el engrose.

En segundo término, y previo a controvertir las consideraciones en que se sustenta el engrose aprobado por el Tribunal en Pleno, se considera conveniente resaltar la carencia de metodología en el estudio de los temas abordados, lo que se advierte de lo siguiente:

a) Dentro del apartado relativo al examen de la consagración del derecho a la vida humana en la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos se comprenden aspectos ajenos a esa cuestión, como son:

- El análisis de los instrumentos internacionales, los que si bien en términos del artículo 133 de la Constitución integran junto con ella y las leyes generales, la Ley Suprema de la Unión, no se identifican con la Constitución, pues incluso su obligatoriedad se encuentra sujeta a la condición de que sean acordes con la misma.

- El estudio relativo a la obligación constitucional del legislador ordinario de penalizar o no determinadas conductas y la actuación del Juez constitucional en el análisis de la valoración del ejercicio de las facultades de configuración legal, aspectos que no se refieren a la consagración constitucional del derecho a la vida humana.

- La validez constitucional de las razones en que apoyó la Asamblea Legislativa del Distrito Federal su determinación de despenalizar el aborto durante las primeras doce semanas de embarazo, que en todo caso se refiere al análisis del ejercicio de ponderación que realizó el legislador ordinario y no en sí a la consagración o no del derecho a la vida humana en nuestra Constitución Política.

b) El análisis de la consagración del derecho a la vida humana parte de una contestación a argumentos específicos planteados por los accionantes y no de un estudio integral y sistemático de la Constitución, ni de la totalidad de las normas constitucionales invocadas en las demandas para sustentar el derecho a la vida humana como derecho fundamental reconocido en ella, lo que se advierte claramente porque sólo se

estudia la reforma que sufrieron los artículos 14 y 22 en el año de dos mil cinco, que llevaron a la eliminación de la pena de muerte, sin ocuparse de ninguna otra disposición de la Constitución.

c) Al analizar si el derecho a la vida humana está contemplado en la Constitución confunde la existencia del derecho con su carácter absoluto o relativo, así como tal carácter con la necesidad de que todo derecho sea armonizable con el conjunto de derechos y, finalmente, con el problema de jerarquía de derechos, lo que lleva a una falta de análisis real en la resolución que como engrose se aprobó mayoritariamente sobre la existencia o no del derecho a la vida en la Constitución.

d) Se sostiene que "Es el legislador democrático el que tiene la facultad de evaluar los elementos para regular, o desregular, una conducta específica. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal cuenta entonces con las facultades para determinar, por la mayoría de sus integrantes y mediante un debate abierto, las conductas que en el ámbito penal deben ser o no reprochadas y, dada la ausencia de una obligación constitucional expresa, es su responsabilidad realizar el balance de los diversos hechos, problemas y derechos que puedan encontrarse en conflicto", así como que "es esta evaluación realizada por el legislador en el ejercicio de sus facultades constitucionales de configuración legal la que debe respetarse por parte del Juez constitucional" y, no obstante lo anterior, procede al análisis de las razones en que apoyó la Asamblea Legislativa la despenalización del aborto en las doce primeras semanas de embarazo, concluyendo que "la evaluación de las condiciones sociales y la ponderación

realizada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es constitucional."

Esto es, aun cuando en el engrose se señala que la evaluación que realice el legislador en ejercicio de sus facultades de configuración legal debe ser respetada por el Juez constitucional, lo que implica dejar en libertad absoluta al legislador en tal tarea ante la imposibilidad del Juez constitucional de revisar su actuación por el deber de respeto que se le impone, incongruentemente, se procede a revisar los argumentos utilizados por la Asamblea Legislativa para justificar las normas impugnadas (revisión que ante el deber de respeto del Juez constitucional resulta inútil realizar) y se afirma que es correcta la ponderación que realizó.

e) En el apartado relativo al análisis de la violación al principio de igualdad por parte de las disposiciones impugnadas sólo se estudia la transgresión a este principio en relación con la igualdad de género (al no prever la participación del varón en la toma de la decisión de interrumpir el embarazo) y la igualdad por razón de edad (al no regularse el supuesto de las mujeres menores de edad que deseen interrumpir su embarazo), omitiéndose el estudio concreto del planteamiento hecho valer por los accionantes de discriminación por razón de edad gestacional.

III. Consagración constitucional del derecho a la vida humana y protección expresa al producto de la concepción.

Con independencia de la defectuosa metodología señalada, debe destacarse que en realidad la resolución plenaria no razona su determinación de que el derecho a la

vida no está consagrado en la Constitución, ya que tal afirmación la deriva de que expresamente ninguna norma constitucional alude a ello y del hecho de que la reforma de dos mil cinco a los artículos 14 y 22 sólo tuvo por finalidad ajustarse a compromisos internacionales para abolir la pena de muerte.

Es cierto que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no existe una norma que contemple de manera expresa el derecho a la vida humana; sin embargo, reconoce como valor fundamental ese derecho desde el momento de la concepción, lo que se advierte, principalmente, en sus artículos 1o., 3o., 4o., 14, 22, 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c) —el tercero y últimos citados, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente—, y tercero transitorio del decreto que reformó los artículos 30, 32 y 37 constitucionales en materia de nacionalidad, publicado el veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete y su reforma publicada el veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve, así como de la interpretación conjunta y sistemática de todas sus disposiciones, tanto de las que consagran los derechos fundamentales de los individuos, sean de igualdad, de libertad, de seguridad jurídica, sociales o colectivos, como de las relativas a su parte orgánica, que tienen como finalidad el bienestar de la persona humana sujeta al imperio de los órganos de poder.

Lo anterior se corrobora con el análisis que en el proyecto sometido a la consideración de los Ministros y que forma

parte integrante del presente voto se realizó de los preceptos constitucionales de los que deriva el reconocimiento implícito por el Constituyente del derecho a la vida humana, así como de la protección que brindó al producto de la concepción, como manifestación de la misma.

Como en dicho proyecto se señaló, del análisis concatenado de todos los preceptos de la Constitución y, en especial, de los que fueron citados con antelación, deriva la consagración del derecho a la vida humana desde la concepción, los que sintéticamente se analizan a continuación para sustentar nuestra postura.

El artículo 1o. de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada y jurada por el Gobierno Federal Constituyente el cinco de febrero de mil ochocientos cincuenta y siete, establecía:

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

En el mensaje dirigido por Venustiano Carranza al entregar al Congreso Constituyente de Querétaro de mil novecientos dieciséis a mil novecientos diecisiete el proyecto de Constitución señaló:

"... Ya antes dije que el deber primordial del gobierno es facilitar las condiciones necesarias para la organización del derecho, o, lo que es lo mismo, cuidar de que se mantengan

intactas todas las manifestaciones de libertad individual, para que desarrollándose el elemento social, pueda, a la vez que conseguirse la coexistencia pacífica de todas las actividades, realizarse la unidad de esfuerzos y tendencias en orden a la prosecución del fin común: la felicidad de todos los asociados.

"Por esta razón, lo primero que debe hacer la Constitución política de un pueblo, es garantizar, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana, para evitar que el gobierno, a pretexto del orden o de la paz, motivos que siempre alegan los tiranos para justificar sus atentados, tengan alguna vez que limitar el derecho y no respetar su uso íntegro, atribuyéndose la facultad exclusiva de dirigir la iniciativa individual y la actividad social, esclavizando al hombre y a la sociedad bajo su voluntad omnipotente.

"La Constitución de 1857 hizo, según antes he expresado, la declaración de que los derechos del hombre son la base y objeto de todas las instituciones sociales; pero con pocas excepciones, no otorgó a esos derechos las garantías debidas, lo que tampoco hicieron las leyes secundarias, que no llegaron a castigar severamente la violación de aquéllas, porque sólo fijaron penas nugatorias, por insignificantes, que casi nunca se hicieron efectivas. De manera que sin error a incurrir en exageración, puede decirse que a pesar de la Constitución mencionada, la libertad individual quedó por completo a merced de los gobernantes.

"... La simple declaración de derechos, bastante en un pueblo de cultura elevada, en que la sola proclamación de un principio fundamental de orden social y político, es suficiente para imponer su respeto, resulta un valladar ilusorio

donde, por una larga tradición y por usos y costumbres inveterados, la autoridad ha estado investida de facultades omnímodas, donde se ha atribuido poderes para todo y donde el pueblo no tiene otra cosa que hacer mas (sic) que callar y obedecer. ..."

El texto del artículo 1o. que propuso fue el siguiente:

"En la República mexicana, todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución, las que no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece."

Como artículo 2o. formuló el siguiente texto:

"Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos de otros países que entrasen al territorio nacional, alcanzarán por ese solo hecho su libertad y la protección de las leyes."

En la octava sesión ordinaria del Congreso Constituyente, celebrada el once de diciembre de mil novecientos dieciséis, se dio lectura a los dictámenes presentados por la comisión sobre los artículos 1o. y 2o. del proyecto, manifestándose en torno al primero de ellos lo siguiente:

"Ciudadanos diputados: Comenzando el estudio del proyecto de Constitución presentado por la primera jefatura, la comisión es de parecer que debe aprobarse el artículo 1o., que contiene dos principios capitales cuya enunciación debe justamente preceder a la enumeración de los derechos que el pueblo reconoce como naturales del hombre, y por esto en-

comienda al poder público que los proteja de una manera especial, como que son la base de las instituciones sociales. El primero de esos principios, es que la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República.

"El segundo, es que no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución.

"Por consiguiente proponemos a la asamblea que dé su aprobación al citado artículo del proyecto de Constitución que dice literalmente:

"Art. 1o. En la República mexicana todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las que no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.'"

El texto de este artículo fue aprobado en los términos propuestos.

De igual manera, la comisión propuso la aprobación del artículo 2o., señalando al respecto que:

"... El artículo 2o. del proyecto de Constitución, que condena la esclavitud no hace sino reconocer que la libertad es la síntesis de los derechos naturales. No puede ser más justo el precepto y su colocación es oportuna; por lo cual proponemos a la asamblea se sirva aprobar el citado artículo. ..."

También este precepto fue aprobado en los términos propuestos.

Importa resaltar la intervención del diputado Macías que, en la parte conducente, manifestó:

"... Por eso es que los tratadistas modernos, hombres que han profundizado esta cuestión de una manera minuciosa, ya no opinan que se llamen garantías individuales, sino derechos del hombre, en la constitución política de los pueblos.

"Éste es el rubro que aconsejan varios tratadistas modernos; el C. Primer jefe creyó que era más claro el rubro: 'De las garantías individuales', porque habiendo los tres elementos, el individuo, la nación y el gobierno, hay garantías individuales que ven al individuo, al elemento del derecho constitucional que se llama individuo. ..."

El texto del artículo 1o. constitucional ha permanecido hasta la actualidad sin modificación, habiéndose adicionado, mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el catorce de agosto de dos mil uno, como segundo párrafo, el artículo 2o. original de la Constitución de mil novecientos diecisiete, así como un tercer párrafo, del tenor siguiente:

"Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

Este tercer y último párrafo del actual artículo 1o. constitucional fue reformado por decreto publicado en el Diario

Oficial de la Federación el cuatro de diciembre de dos mil seis, sólo para adecuar la terminología referente a las personas con "capacidades diferentes" para aludir a "discapacidades", quedando redactado bajo el siguiente texto:

"Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

Así, el texto actual del artículo 1o. constitucional es el siguiente:

"Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

"Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

"Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

Deriva de los anteriores antecedentes que dieron lugar al texto actual del artículo 1o. constitucional, así como de su propia literalidad que, en su primer párrafo, consagra el goce de todo ser humano a los derechos naturales que en la Constitución se reconocen y los salvaguarda mediante la prohibición expresa de su restricción o suspensión, salvo en los casos y con las condiciones que la propia Constitución establece.

La modificación al texto que de este precepto se contenía en la anterior Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete, para establecer el actual primer párrafo, no fue en cuanto al reconocimiento de los derechos del hombre como la base y objeto de las instituciones sociales, pues mediante la disposición de que todo individuo gozará de las garantías consagradas en la misma se conservó tal reconocimiento, advirtiéndose que el término "garantías" es utilizado desde un punto de vista sustantivo, es decir, como sinónimo de tales derechos humanos naturales y no en un aspecto adjetivo o procesal, como los medios a través de los cuales podrán hacerse efectivos tales derechos. La finalidad perseguida por el Constituyente de mil novecientos diecisiete mediante el cambio al párrafo primero del artículo 1o. fue la de que tales derechos quedaran efectivamente salvaguardados a través de la prohibición expresa a su limitación, restricción o suspensión en casos diversos a los que expresamente autorizara y la obligación estatal de garantizar su efectividad.

La expresión "garantías" utilizada por el Constituyente tuvo como finalidad evidenciar que la Constitución no se limita a reconocer los derechos del hombre como base y objeto de las instituciones sociales, sino que también impone a las autoridades el deber de respetarlos y salvaguardarlos mediante

la prohibición de su restricción o suspensión salvo en los casos y condiciones que la propia Constitución establezca.

Esto significa que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se contienen los derechos naturales del ser humano que el Estado reconoce y que se obliga a salvaguardar en la forma que ella misma establece, como expresamente lo señaló la comisión dictaminadora al manifestar que en este párrafo del artículo 1o. se contienen dos principios fundamentales que preceden a la enumeración de los derechos que el pueblo reconoce como naturales del hombre, a saber: 1) que la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República; y 2) que no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución.

Partiendo de ello, resulta relevante destacar que carece de sustento una interpretación del actual párrafo primero de este precepto bajo la óptica que se hace en el voto concurrente del Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, manifestada también en la intervención que tuvo durante la discusión del asunto, en el sentido de que en la Constitución vigente sólo se establecen como principios y valores los que la Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete denominaba derechos del hombre, pero que en ninguna de las dos se enumeraron, porque lo que tanto el Constituyente de mil ochocientos cincuenta y siete como el de mil novecientos diecisiete pretendieron no fue salvaguardar todos los derechos humanos, sino sólo establecer reglas de limitación a la autoridad estatal en situaciones específicas para garantizar los principios o valores que conforme a la experiencia histórica eran los que con mayor frecuencia resultaban vulnerados o infringidos, por lo que no

existe obligación constitucional para el legislador de penalizar conductas.

En efecto, una interpretación en tal sentido llevaría a limitar los alcances generales de salvaguarda de los derechos naturales del ser humano al restringirlos exclusivamente a los casos en que, conforme a un momento histórico, resultaba imperioso constreñir la actuación del Estado, lo que claramente contradice la intención general del Constituyente de garantizar los derechos humanos, reflejada tanto en el proyecto de Constitución de mil novecientos diecisiete como en el dictamen de la comisión dictaminadora de dicho proyecto, en la discusión que dio lugar a la aprobación del párrafo en comento del artículo 1º c. de la Ley Fundamental y en la literalidad de su texto.

Además, siendo la Constitución Política un instrumento permanente de gobierno, no puede partirse de atribuir al Constituyente una intención sólo temporal en las disposiciones que aprobó para hacer frente a situaciones de un determinado momento histórico, pero que no pervivan. En la interpretación de la Constitución deben tomarse en cuenta no solamente las condiciones y necesidades existentes al momento de su sanción, sino también las condiciones que existen al tiempo de su interpretación y aplicación, a la luz de los fines que informan la Ley Suprema de la Nación.

En efecto, la Constitución establece normas fundamentales que en sus preceptos aseguran estabilidad y certeza, que son necesarias para la existencia del Estado y de su orden jurídico, y si bien en ocasiones determinadas previsiones constitucionales, por la materia que regulan, pudieran haber sido

redactadas por el Constituyente con el fin de hacer factible ajustar su contenido a las nuevas condiciones sin experimentar un cambio sustancial, precisamente para brindar mayor fuerza al principio de estabilidad de la preceptiva constitucional, es claro que dentro de estas normas no se encuentran aquellas que implican el reconocimiento a los derechos naturales del ser humano, pues en cuanto a esto fue escrupulosamente cuidadoso en dejar expresa su voluntad de dar efectividad a su salvaguarda, al consignar la obligación estatal de garantizar su goce a todos los individuos en la República mexicana y consignar la prohibición de su restricción y suspensión salvo en los casos y con las condiciones que la propia Ley Fundamental establece.

Por ello, una interpretación como la pretendida, es decir, que en la Constitución vigente sólo se contienen, por una parte, principios o valores, pero no se reconocen derechos humanos de manera abstracta; y, por la otra, reglas de limitación a la autoridad estatal en situaciones específicas para salvaguardar tales principios o valores, desnaturalizaría los propósitos que llevaron al Constituyente a aprobar en los términos en que lo hizo el artículo 1o., pues implicaría partir de que las restricciones o limitaciones establecidas en la Constitución son un límite excepcional a la actividad del Estado cuando, precisamente, las restricciones o limitaciones a los derechos humanos que la Constitución reconoce sólo podrán imponerse en los casos y condiciones que ella misma determina, porque la regla general es el goce de tales derechos sin restricción o limitación. Por consecuencia, una interpretación en tal sentido llevaría a atribuir significados y sentidos incongruentes a las diversas normas constitucionales, sin sistemática alguna dentro de nuestro orden constitucional y, finalmente, al quebranto

de este orden, pues la autoridad estatal se encuentra sujeta a la obligación de ajustarse a este orden, en el cual se distribuyen funciones para asegurar que no sólo no se quebranten los derechos fundamentales del hombre, sino para salvaguardar su pleno goce y disfrute por la población, de lo que deriva la obligación del legislador ordinario, en su atribución de crear leyes, de desarrollar el orden constitucional acorde con los fines perseguidos por el Constituyente, concretamente, en el ámbito penal, protegiendo los derechos naturales del ser humano mediante la tipificación delictiva de las conductas que tiendan a vulnerarlos.

Al respecto, resulta aplicable la tesis XII/2006 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, febrero de 2006, página 25, que señala:

"INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA.—En virtud de que cada uno de los preceptos contenidos en la Norma Fundamental forman parte de un sistema constitucional, al interpretarlos debe partirse por reconocer, como principio general, que el sentido que se les atribuya debe ser congruente con lo establecido en las diversas disposiciones constitucionales que integran ese sistema, lo que se justifica por el hecho de que todos ellos se erigen en el parámetro de validez al tenor del cual se desarrolla el orden jurídico nacional, por lo que de aceptar interpretaciones constitucionales que pudieran dar lugar a contradecir frontal-

mente lo establecido en otras normas de la propia Constitución, se estaría atribuyendo a la voluntad soberana la intención de provocar grave incertidumbre entre los gobernados al regirse por una Norma Fundamental que es fuente de contradicciones; sin dejar de reconocer que en ésta pueden establecerse excepciones, las cuales deben preverse expresamente y no derivar de una interpretación que desatienda los fines del Constituyente."

Además, la interpretación del primer párrafo del artículo 1o. constitucional que se comparte por los Ministros que suscribimos el presente voto de minoría ha sido reconocida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis LVIII/2001, sustentada al fallar el amparo directo en revisión 1124/2000, en sesión de 17 de abril de 2001, por unanimidad de cinco votos, al señalar, en la parte conducente de dicha tesis, lo siguiente:

"CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN POR SEPARACIÓN. EL ESTUDIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 395 Y 413 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, QUE AUTORIZAN SU INCORPORACIÓN EN LOS CONTRATOS COLECTIVOS DE TRABAJO Y EN LOS CONTRATOS-LEY, RESPECTIVAMENTE, DEBE HACERSE CONFRONTÁNDOLOS CON LOS PRECEPTOS DE LA CONSTITUCIÓN APLICABLES Y LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LOS MISMOS.—Para establecer si los preceptos especificados son constitucionales, debe hacerse su confrontación con los artículos 5o., 9o. y 123, apartado A, fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su interpretación jurídica, lo que exige atender a la letra de los mismos, a su sentido, que debe desentrañarse acudiendo a la vinculación que existe entre ellos y otras dis-

posiciones propias de la materia, a criterios jurisprudenciales, así como a los principios esenciales que rigen el sistema de derecho del trabajo mexicano, que se desprenden del artículo 123; asimismo, en este proceso interpretativo, resulta ilustrativo atender al proceso seguido en el Poder Constituyente y, en su caso, en el Poder Reformador de la Constitución, para aprobar las disposiciones constitucionales de que se trata. También auxilia en esta labor el análisis de la doctrina existente, en especial cuando guarda coherencia con los elementos anteriores. Por consiguiente, no puede admitirse que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones de que se trata, derive de consideraciones abstractas que dogmáticamente se atribuyan a la Constitución. ... Además, de conformidad con un análisis objetivo de la Constitución, las excepciones a las garantías individuales que su artículo 1o. reconoce a 'todos los individuos', sólo pueden admitirse si expresamente se establecen en el propio texto de la Ley Fundamental, pues, jurídicamente, es inadmisibles, conforme al principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 133, que en una ley secundaria, mucho menos en disposiciones generales de rango inferior o en actos concretos de autoridad, se puedan establecer limitaciones al régimen de garantías individuales que la Constitución establece de manera general para todos los individuos, incluyéndose, obviamente, a los trabajadores." (Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, Tomo XIII, mayo de 2001, página 442)

En el tercer párrafo del artículo 1o. en análisis se establece, como complemento de la garantía de igualdad de todos los seres humanos en el goce y disfrute de los derechos fundamentales, la regla precisa y concreta de prohibición de

discriminar por razones de origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, las condiciones sociales y de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

El principio de igualdad y su regla específica de no discriminación constituyen derechos públicos subjetivos que garantizan el mismo trato a todos los seres humanos en cuanto tales y el no ser discriminados injustificadamente, entre otras, por razón de edad y, por tanto, implica para el legislador el deber de ajustarse a estos principios y de no hacer distinciones injustificadas.

De conformidad con el artículo 3o., la educación deberá tener como finalidad desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y perseguir el fomento de los diversos valores que el Constituyente ha plasmado en nuestra Carta Fundamental, entre ellos, el aprecio de la dignidad de la persona y la integridad de la familia, sustentando ideales de fraternidad e igualdad de todos los hombres.

El artículo 4o. consagra expresamente los siguientes derechos:

a) La igualdad del varón y la mujer ante la ley.

b) Derecho de procreación, es decir, a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos.

c) Derecho de protección a la salud.

d) Derecho a un medio ambiente adecuado.

e) Derecho de la familia a disfrutar de una vivienda digna y decorosa.

f) Derecho de la niñez a su desarrollo integral mediante la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento.

Con la consagración de los derechos aludidos se procura a los seres humanos su salud y bienestar físico y mental y el mejoramiento de su calidad de vida, tal como se advierte del proceso de reformas que culminó con el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, en el que, además, expresamente se aludió a la protección que se otorga al producto de la concepción en el dictamen de la Cámara de Senadores, al señalar la importancia de proporcionar a la mujer embarazada la debida atención y descanso para velar no sólo "por su salud propia, sino también por la del futuro hijo quien, de esta manera, desde antes de su nacimiento goza de la protección del derecho y del Estado", así como en el dictamen de la Cámara de Diputados, que expresamente señala que el "derecho a la protección de la salud debe alcanzar por igual, desde el momento de la gestación, tanto a la futura madre como al hijo".

La norma constitucional al consagrar el derecho de procreación establece como modalidades de la decisión relativa la libertad, la responsabilidad y la información, lo que supone

no sólo el deber del Estado de proporcionar al hombre y a la mujer la información suficiente que les permita tomar de manera responsable la decisión respectiva, sino también la obligación individual de informarse, pues la libertad sexual y reproductiva debe ejercerse con responsabilidad.

Si bien a nadie puede imponérsele un embarazo, cuando éste deriva del ejercicio sexual libremente ejercido y decidido y no impuesto mediante coacción, la condición de responsabilidad a que se sujeta este derecho en la Constitución impone el deber de no interrumpirlo.

Así, la adecuada información y educación en materia sexual y reproductiva para hacer efectivo el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, repercute en el derecho de la mujer a elegir un proyecto de vida y el desarrollo de su personalidad mediante el ejercicio de su derecho a la maternidad informada, libre y consciente.

El precepto en análisis no consagra expresamente los derechos a la autodeterminación del cuerpo y a un plan de vida, que los Ministros de la mayoría derivan implícitamente. Sin que los Ministros que suscribimos el presente voto neguemos la existencia de tales derechos implícitos, destacamos la incongruencia que encierra la postura de exigir la consagración expresa del derecho a la vida desde el momento de la concepción en la Constitución, pero, en cambio, adoptar una postura flexible en relación con los derechos aludidos que sí se estiman consagrados implícitamente en la Constitución.

En efecto, la sentencia de la mayoría incurre en una contradicción lógica, en tanto afirma que el derecho a la vida del concebido no deriva de la Constitución, pues no existe un precepto que de manera expresa la proteja y, no obstante ello, acepta que las mujeres gozan del derecho a la autodeterminación de su cuerpo cuando la lectura de la Ley Fundamental revela que tampoco se prevé tal derecho de manera expresa; es decir, el engrose aprobado por la mayoría de los Ministros rechaza que la protección de la vida se desprenda implícitamente de la Constitución, pero acepta la existencia de un derecho —al que le confiere un valor axiológico mayor al de la vida del concebido— que necesariamente se desprendió implícitamente. Además, incurre en otra contradicción lógica toda vez que extralimita el derecho de las mujeres a la autodeterminación de su cuerpo, pues pasa por alto que no se trata de "su cuerpo" sino de un cuerpo distinto del de ellas.

El derecho a la salud, como garantía individual, constituye un derecho oponible por toda persona para preservar su bienestar integral, tanto a nivel físico como psíquico, y como garantía social supone la obligación del Estado mexicano de preservar la salud de los individuos. En lo que interesa, debe destacarse la obligación estatal de atender las demandas de salud poblacional y las diversas circunstancias que la afecten, siendo la materia de salud de carácter prioritario, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley General de Salud, la atención materno-infantil que, dentro de otros aspectos, comprende la atención de la mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio.

En este sentido, también resulta relevante destacar la obligación del Estado de otorgar servicios en materia de salud

genésica, es decir, en materia sexual y reproductiva, para hacer efectivo el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.

Se consagra también en el precepto en análisis el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a su salud física y mental, quedando a cargo de los padres el deber de preservar tal derecho y del Estado el de otorgar el apoyo para la protección de los menores, así como de otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. Lo anterior exige al legislador dictar las medidas y garantías legislativas a favor de los menores, que salvaguarden sus derechos.

La reforma a los artículos 14 y 22, a través del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el nueve de diciembre de dos mil cinco, eliminó la pena de muerte que el artículo 22 establecía para los casos excepcionales que expresamente señalaba, al considerarse, como expresamente lo manifestó el órgano reformador, al derecho a la vida como el derecho humano por excelencia, el más alto, el que constituye condición necesaria para que existan y se respeten los demás derechos humanos, cuya protección debía tenerse como la más elemental de las defensas, pues de la vida deriva todo el potencial del desarrollo y realización de las personas.

En consecuencia, si la Suprema Corte había establecido que la Constitución protegía el derecho a la vida antes de la reforma, al fallar la acción de inconstitucionalidad 10/2000, tal reforma vino a confirmar esa protección, por lo que las jurisprudencias plenarios 13/2002 y 14/2002, que en términos de lo analizado continúan en vigor, tienen plena actualidad.

En el engrose plenario se señala expresamente que "el derecho a la vida se encuentra reconocido en una gran cantidad de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos", citando, entre ellos, los que considera más importantes. Se afirma también que la "eliminación de la pena —se refiere a la muerte— obedece a la existencia de obligaciones en derecho internacional en materia de derechos humanos para ajustarse a la tendencia internacional respecto de la abolición de la pena de muerte. ... Esta es la motivación que se desarrolla de manera extensiva en la exposición de motivos y los diversos trabajos preparatorios, más que un razonamiento acerca de la existencia de un derecho general y absoluto a la vida."

Como se advierte, en el engrose se confunde la existencia del derecho a la vida, que reconoce está consagrado en gran cantidad de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, con su naturaleza de un derecho de carácter general y absoluto, naturaleza ésta que con posterioridad será materia de análisis en el presente voto, importando resaltar en el presente momento únicamente que el referido engrose no controvierte, sino confirma la existencia del derecho a la vida aunque, incongruentemente, únicamente a nivel internacional y no constitucional.

Por su parte, el artículo 123, apartados A, fracciones V y XV, y B, fracción XI, inciso c), establece una protección expresa al producto de la concepción al señalar, respectivamente: "Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores

al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos"; "El patrón estará obligado a observar, de acuerdo con la naturaleza de su negociación, los preceptos legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de su establecimiento, y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepción, cuando se trate de mujeres embarazadas. Las leyes contendrán, al efecto, las sanciones procedentes en cada caso" y "Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayuda para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles."

La reforma a esta disposición y al artículo 4o. mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro tuvo el claro propósito de consagrar la igualdad entre el hombre y la mujer y de otorgar a ambos, en igualdad de condiciones, los derechos que les aseguren un trabajo digno, con

la única distinción válida derivada de la protección a la salud tanto de la mujer embarazada como del producto de la concepción.

Por tanto, no es posible interpretar que la norma constitucional en análisis se refiere sólo a la relación laboral entre el patrón y la mujer, tutelando derechos de esa índole a favor de la mujer pero sin conferir derecho alguno al producto de la concepción, pues ello implicaría desconocer tanto la literalidad de la norma como su interpretación sistemática y conjunta con otras disposiciones constitucionales, inclusive, la teleología de la reforma aludida y de las demás relacionadas, en concreto la realizada el tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

La afirmación consistente en que la protección establecida en el artículo 123 constitucional antes precisado no está dirigida únicamente a la trabajadora se corrobora con el dictamen emitido por la Cámara de Senadores el veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y dos (relativo a la reforma constitucional que se publicó en el Diario Oficial de la Federación de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres), que en lo conducente dice:

"... De esta forma, como garantías sociales de salud de que gozan los mexicanos, entre otras, encontramos: la obligación que tienen los patrones de observar los preceptos legales sobre higiene y seguridad para prevenir accidentes de trabajo, y para que éste se verifique con las mayores garantías para la salud y la vida de los trabajadores; el establecimiento del Instituto Mexicano del Seguro Social para atender los requerimientos de la salud y, básicamente, su

quebrantamiento y cubrir seguros de invalidez, de vida y de cesación involuntaria del trabajo; el deber que tienen las sociedades cooperativas para la construcción de casas baratas e higiénicas; la responsabilidad patronal de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales; las aportaciones para el Fondo Nacional de la Vivienda; la debida atención y descansos para la mujer embarazada, pretendiendo con esto no sólo velar por su salud propia, sino también por la del futuro hijo, quien, de esta manera, desde antes de su nacimiento goza de la protección del derecho y del Estado. ..."

De la anterior transcripción se desprende que dentro del pensamiento que motivó la citada reforma se encuentra el relativo a la obligación del Estado de proteger a los niños "desde antes de su nacimiento". Aquí se advierte que el Estado debe velar por la salud de la población que lo conforma y de quienes aún no han nacido, pues la afirmación es categórica al precisar que el producto de la concepción goza de la protección del derecho y del Estado. Ante una afirmación tan categórica resulta difícil justificar el argumento relativo a que el precepto constitucional de que se trata únicamente protege a la madre embarazada y, de manera secundaria o refleja, al producto de la concepción, máxime cuando el Tribunal en Pleno ya reconoció que para desentrañar el sentido de los preceptos constitucionales deben privilegiarse los métodos de interpretación que permitan conocer los valores o instituciones que el Poder Revisor de la Ley Fundamental quiso salvaguardar. Así, el método genético teleológico permite acudir no únicamente a la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma, sino que autoriza examinar los dictámenes de las diversas comisiones del Congreso de la Unión e, incluso, los debates, a efecto de desentrañar con la mayor precisión

posible las causas que generaron la enmienda al Código Político así como la finalidad de su inclusión y los valores que se intentaron proteger. El criterio al que se alude (y en cuya conformación intervinieron algunos de los Ministros de la mayoría que votaron por el reconocimiento de validez de las disposiciones impugnadas) es el visible en la página 117 del Tomo VII, correspondiente al mes de abril de mil novecientos noventa y ocho, de la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, que dice:

"INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR.—El propio artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor. Así, el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma constitucional, los dictámenes de las Comisiones del Congreso de la Unión y el propio debate, descubrir las causas que generaron determinada enmienda al Código Político, así como la finalidad de su inclusión, lo que constituye un método que puede utilizarse al analizar un artículo de la Constitución, ya que en ella se cristalizan los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico."

En este orden de ideas, si se aplica el referido método de interpretación y se tiene en consideración el dictamen antes transcrito relacionado con la reforma de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres al artículo 123 constitucional, se llega a la conclusión inobjetable de que el citado precepto de la Ley Fundamental protege la vida y la salud tanto de la madre como del producto de la concepción.

Llama especialmente la atención que en la acción de inconstitucionalidad 10/2000 en la que se analizó la ley conocida como "ley robles", algunos de los Ministros que en el presente caso votaron con la mayoría formularon un voto particular en el que expresamente reconocieron que el concebido tenía derecho a la vida, pues afirmaron textualmente que:

"... Si bien el Estado no puede autorizar a una mujer a abortar, pues ello conculcaría el derecho a la vida del producto de la concepción, tampoco puede obligar a la mujer a tener un hijo cuando se encuentre embarazada por causas ajenas a su voluntad, porque la cópula le fue brutalmente impuesta. ..."

Como se ve, en el citado voto se aceptó que el Estado no puede autorizar a una mujer a abortar, pues ello conculcaría el derecho a la vida del producto de la concepción (aquí el aborto se entiende como la muerte del producto de la concepción en cualquier etapa del embarazo). Siendo así, es inconcuso que se reconoció que el concebido no nacido tiene vida y que ésta se encuentra constitucionalmente protegida.

Finalmente, el artículo tercero transitorio del decreto que reformó los artículos 30, 32 y 37 constitucionales en materia de nacionalidad, publicado el veinte de marzo de mil nove-

cientos noventa y siete y su reforma publicada el veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve, concede en igualdad de términos, tanto a los nacidos como a los concebidos con anterioridad al decreto de reformas constitucionales de que forma parte, el derecho a que se les apliquen las disposiciones en materia de nacionalidad mexicana anteriores a su vigencia, sin perjuicio de los beneficios que les otorga la reforma.

Este precepto transitorio demuestra que la Constitución protege la vida de los concebidos, pues de lo contrario no se hubiera referido a éstos de manera expresa, ni les hubiera otorgado derechos en forma destacada. No obsta a lo anterior el hecho de que el artículo 30 constitucional determine que la nacionalidad se adquiere con el nacimiento, pues la disposición transitoria en análisis no se opone a este precepto constitucional, sino que únicamente se refiere a los concebidos como beneficiarios de derechos en materia de nacionalidad. Debe añadirse que esta disposición transitoria tiene la misma validez y obligatoriedad que las demás normas constitucionales, pues en su creación se siguieron las formalidades correspondientes, como lo ha determinado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia en la tesis visible en la página 6 del Tomo XX de la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, que lleva por rubro: "CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. EL PLANTEAMIENTO DE QUE UNA LEY SECUNDARIA CONTRADICE EL TEXTO DE LAS NORMAS TRANSITORIAS DE UNA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, CONSTITUYE UN TEMA DE ESA NATURALEZA."

El análisis de las anteriores disposiciones constitucionales claramente evidencia la consagración por el Constituyente

del derecho a la vida humana como un derecho natural del ser humano, presupuesto lógico de todos los demás derechos y de la organización política del Estado mexicano, que tiene como eje central a los seres humanos que conforman su población y que en sus garantías ampara a todo individuo que se encuentre dentro de su territorio.

En síntesis, la consagración del derecho a la vida humana en nuestra Constitución Política deriva de:

- El artículo 1o., en la protección que brinda a los derechos naturales del ser humano, cuya salvaguarda por el Constituyente se consignó mediante la prohibición expresa de su restricción o suspensión salvo en los casos y con las condiciones establecidas en la propia Constitución, lo que se advierte claramente de lo señalado por la comisión dictaminadora del Congreso de mil novecientos diecisiete en el sentido de que en este precepto se contienen dos principios fundamentales que preceden a la enumeración de los derechos que el pueblo reconoce como naturales de hombre, a saber: 1) que la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República; y 2) que no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución.

De igual manera, los principios de igualdad y no discriminación consagrados en este precepto impiden establecer diferenciaciones en los derechos naturales que consagra, concretamente, en lo que al caso se refiere, en cuanto al derecho a la vida, por lo que debe comprenderse ésta en su integridad.

- El artículo 3o., en cuanto consagra como valor de la educación el aprecio a la dignidad de la persona y la integridad de la familia, basándose en una conciencia de solidaridad y en un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento del pueblo.

- El artículo 4o., en tanto consagra el derecho a la protección de la salud, la paternidad y maternidad responsables (el derecho de procreación debe ejercerse de manera libre, informada y responsable), la protección a la familia y los derechos de la niñez, así como la obligación del Estado de coadyuvar al cumplimiento de estos derechos y de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez.

- Los artículos 14 y 22, en cuanto fueron reformados para eliminar la pena de muerte, aludiéndose en el proceso de reforma relativo, al derecho a la vida como el derecho humano por excelencia que constituye condición necesaria para que existan y se respeten los demás derechos humanos, cuya protección debe tenerse como la más elemental de las defensas, pues de la vida deriva todo el potencial del desarrollo y realización de las personas.

- El artículo 123, apartados A, fracciones V y XV, y B, fracción XI, inciso c), al establecer una protección expresa al producto de la concepción, lo que implica el reconocimiento del derecho a la vida humana desde su inicio.

- El artículo tercero transitorio del decreto que reformó los artículos 30, 32 y 37 constitucionales en materia de nacionalidad, publicado el veinte de marzo de mil novecientos

noventa y siete y su reforma publicada el veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve, al otorgar derechos en materia de nacionalidad por igual a nacidos y concebidos.

De todos los demás derechos fundamentales consagrados por el Constituyente, que tienen como finalidad garantizar una existencia digna al ser humano y su pleno desarrollo, así como de los demás preceptos que integran la parte orgánica de la Constitución, al ser el sentido y razón de todas sus regulaciones el pueblo y sus integrantes, como se ha reconocido en las tesis intituladas: "DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO." y "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER.", publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, Tomo XXV, mayo de 2007, tesis 1ª. XCVII/2007, página 793 y Pleno, Tomo X, septiembre de 1999, tesis P./J. 101/99, página 708, respectivamente.

Por tanto, interpretar, como lo hace el engrose aprobado por el Pleno, que no existe en la Constitución el derecho a la vida humana por no haber sido consagrado expresamente en alguna de sus disposiciones (criterio de un solo Ministro aunque se refleje como postura plenaria), significa realizar una interpretación contraria a su teleología y desarmónica e incongruente en sus disposiciones, contrariando el criterio del Pleno contenido en la tesis de rubro: "INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE

LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA.", transcrita con anterioridad.

De igual manera, como se señaló, el Pleno de la Suprema Corte ya reconoció que para desentrañar el sentido de los preceptos constitucionales deben privilegiarse los métodos de interpretación que permitan conocer los valores o instituciones que el Poder Revisor de la Ley Fundamental quiso salvaguardar, en términos de la tesis que ha quedado ya transcrita y que lleva por rubro: "INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR."

Además, conforme a lo analizado, la Constitución sí alude de manera expresa a la protección de la vida del producto de la concepción, como manifestación de la vida humana.

La Constitución no tiene por qué decir lo que es obvio, lo que resulta evidente y, en consecuencia, lo que es del conocimiento general de todas las personas sin excepción por ser producto de su experiencia vital ordinaria. Se dice lo anterior a propósito de que resulta obvio que la vida constituye el más elemental de los derechos por ser el presupuesto necesario para poder gozar de todas las prerrogativas que otorga y protege la Constitución. Dicho en otros términos, no existe razón alguna que determine que ésta debe reconocer en forma expresa un derecho que está claramente implicado en absolu-

tamente todos los derechos que otorga: basta la lectura de la Constitución para percatarse de que no hay un solo derecho que no entrañe como presupuesto necesario el relativo a la vida humana. Así por ejemplo, si la Ley Fundamental salvaguarda la salud es claro que garantiza la vida, pues aquélla es una condición propia y exclusiva de los seres vivos; es decir, si no hay vida no puede hablarse de salud. Luego, si la Constitución salvaguarda la salud, por mayoría de razón debe concluirse que protege la vida. Sostener lo contrario conduciría a un absurdo pues ¿para qué proteger la salud si se considera que no está garantizada la vida que es su presupuesto necesario? Es claro que la protección a la vida encuadra de manera natural en la lógica garantista de la Constitución.

En la sentencia plenaria se sostiene que de la afirmación relativa a que la vida es condición necesaria para el disfrute de los demás derechos, no puede derivarse la conclusión valorativa de que la vida es más valiosa que cualquiera de los otros derechos fundamentales, pues ello implica incurrir en lo que se conoce como falacia naturalista consistente en deducir conclusiones normativas a partir de premisas que sólo contienen información acerca de hechos y que aceptar este argumento obligaría a aceptar también "por ejemplo, que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida porque lo primero es una condición de lo segundo."

A lo anterior debe señalarse que la sentencia plenaria claramente confunde la existencia de un derecho con el problema relativo a una posible escala de jerarquía entre los derechos fundamentales. En efecto, lo que se aduce constituye lo que se conoce como falacia naturalista y deriva precisamente de esta confusión, pues del hecho consistente en que la vida

es presupuesto de los demás derechos se deriva la existencia lógica de este derecho con independencia de si es de mayor o menor valía que otros derechos fundamentales.

Además, debe resaltarse que los derechos fundamentales protegen valores o bienes jurídicos y, precisamente por ello, no cabe ponderar derechos en abstracto, pues todos protegen ámbitos necesarios para el desarrollo pleno y digno de la persona, entre los que no es posible establecer jerarquías o prevalencias al ser complementarios entre sí. Lo que verdaderamente entra en conflicto son las conductas que pretenden sustentarse en un derecho, correspondiendo tanto al legislador como al Juez determinar a quién realmente corresponde el derecho y a quién no, siempre con la finalidad de lograr la convivencia armónica y atendiendo a la teleología de los derechos fundamentales que permita delimitarlos en tales casos. Resulta ilustrativo en este sentido lo señalado por Juan Andrés Muñoz Arnau en su obra "Los Límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español" (Editorial Aranzadi, S.A., 1998, Pamplona, Navarra, España, páginas 170 y 171):

"... los derechos, si realmente lo son y no mera apariencia no chocan jamás. Lo que chocan son las conductas que intentan ampararse en una apariencia de derecho y cuya verdadera naturaleza corresponde desvelar al Juez en cada caso al ponderar los hechos y contrastarlos con las disposiciones jurídicas. En el plano de las categorías jurídicas no hay colisión posible. Por eso, no cabe ponderar derechos en abstracto, pues todos protegen ámbitos de libertad requeridos para el libre desarrollo de la persona entre los que no sería factible establecer jerarquías ... Lo que es objeto de ponderación son lo

hechos, no los derechos que, si lo son realmente, no tendrán más limitación que las derivadas de su naturaleza y que serán por lo mismo 'internos', sean expresos o tácitos. El problema está en determinar si ciertas conductas están realmente protegidas por el derecho que se invoca y que al enfrentarse a otra posición pretendidamente legítima, por fundarse en otro derecho invocado, se presenta como una realidad problemática que el Juez debe aclarar y resolver. Lo que varían son 'los tiempos y las personas' que deben ser enjuiciados por quien corresponda con el fin de conocer si de verdad están amparados por un derecho fundamental. ..."

El propio autor cita a Serna Bermúdez en su obra "Derechos Fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información" en *Humana lura*, 4 (1994, páginas 230-231), quien señala:

"... si los derechos humanos son el modo histórico de concretar ciertas exigencias que garanticen al hombre una vida digna, parece que su determinación guarda relación con el modo de ser propio del hombre. Ahora bien, dicho modo de ser, que postula unos medios concretos sin los cuales la autorrealización y la felicidad se tornan muy difíciles o imposibles, no comporta exigencias contradictorias o enfrentadas, porque el ser humano es básicamente una unidad. Si esto no fuese así, no se podría —aunque se estableciese dogmáticamente— interpretar como un sistema aquella parte de la Constitución que recoge los derechos fundamentales, y algunas de sus disposiciones entrarían frecuentemente en contradicción con otras, con lo cual dejaría de ser normativa para convertirse en retórica, al menos parcialmente. Esto

explica la importancia hermenéutica que debe concederse al tema del fundamento de los derechos humanos y al principio de la dignidad de la persona ... Si se tiene esto presente, será posible sostener que la consideración de los derechos desde la perspectiva de su teleología, es decir, de lo que tratan de proteger en el ser humano en orden a una vida acorde con su dignidad, conduce a derechos equilibrados entre sí, que no se anulan mutuamente ni necesitan de límites externos como los proporcionados por la jerarquización. ..."

Partiendo de lo anterior, es labor del legislador y del Juez en sus respectivos ámbitos de facultades valorar los hechos para, en el caso del primero, regular conductas en las que exista un supuesto conflicto de derechos mediante la delimitación de éstos, tratándose de derechos fundamentales ceñido a los límites que del mismo haya establecido el Constituyente en términos de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1o. constitucional y conforme a la teleología de éstos, buscando su convivencia armónica y su no oposición.

Tratándose concretamente del derecho a la vida del *nasciturus* frente a la autodeterminación, libertad reproductiva y plan de vida de la mujer, tendría que delimitarse hasta dónde llegan estos últimos derechos frente a la vida del concebido, es decir, si los derechos de la mujer comprenden la disposición de la vida del ser en gestación por el hecho de encontrarse en su cuerpo, para lo cual es necesario atender a las propias condiciones que la Constitución consagra a la libertad reproductiva mediante su ejercicio responsable e informado y a la no sujeción de límite alguno a la existencia del derecho a la vida, así como a la teleología de estos derechos, para concluir que el supuesto derecho de la mujer embarazada a la

autodeterminación, libertad reproductiva y plan de vida no tiene el alcance de afectar y disponer de la vida de otro ser humano como lo es el ser en gestación, por lo que se estaría sólo ante una apariencia de derechos de aquélla frente a un derecho real del concebido.

El engrose plenario (que refleja sólo la postura del Ministro que lo elaboró) se limita a afirmar que la Constitución no establece expresamente el derecho a la vida, pero sin realizar un análisis de la misma a fin de determinar si consagra o no implícitamente este derecho. Llama la atención que no obstante que la Suprema Corte ha adoptado un criterio abierto en cuanto al reconocimiento de muchos principios implícitos en la Constitución, en el caso del derecho a la vida humana, en tal engrose se adopte una postura tan rígida e inflexible al exigir su previsión expresa para su reconocimiento. La postura señalada se advierte, entre otras, en las siguientes tesis:

"PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.—De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie

sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar 'los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado'; en el artículo 21, al disponer que 'la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público'; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole 'buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos'. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado." (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, Tomo XVI, agosto de 2002, tesis P. XXXV/2002, página 14).

"DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO.—El derecho constitucional al mínimo

vital cobra plena vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución General y particularmente de los artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123. Un presupuesto del Estado Democrático de Derecho es el que requiere que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados participen activamente en la vida democrática. De esta forma, el goce del mínimo vital es un presupuesto sin el cual las coordenadas centrales de nuestro orden constitucional carecen de sentido, de tal suerte que la intersección entre la potestad Estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente. Este parámetro constituye el contenido del derecho al mínimo vital, el cual, a su vez, coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria, de tal manera que el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Así, este derecho busca garantizar que la persona —centro del ordenamiento jurídico— no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean." (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, Tomo XXV, mayo de 2007, tesis 1a. XCVII/2007, página 793).

De igual manera, debe resaltarse que resulta contradictorio, por una parte, negar la consagración implícita del derecho a la vida en la Constitución, no obstante señalarse en el engrose que "El derecho a la vida se encuentra reconocido en una gran cantidad de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos", aunque se sostenga "que no se establece ni reconoce como un derecho absoluto" (lo que no se refiere a la existencia del derecho sino a sus posibles límites) y, por la otra, que en dicho engrose y diversos Ministros en la discusión del asunto y en sus votos concurrentes aludan a derechos de la mujer que no están expresamente consagrados, sino que se derivan implícitamente del artículo 4o. constitucional.

Así, una interpretación lógica, sistemática y genético-teleológica de la Constitución, que haga congruente y armónica sus disposiciones, permite arribar a la conclusión de que en ésta se consagra implícitamente el derecho a la vida y expresamente la protección al producto de la concepción, lo que significa que el derecho a la vida humana se reconoce desde que ésta inicia. No resulta concebible que se reconozca el derecho a la libertad, al trabajo, a la información, al mínimo vital, a la autodeterminación del cuerpo, a un plan de vida, etcétera, pero no así, a vivir. ¿De qué sirven todos esos derechos si no se tiene vida ni se garantiza ésta? La postura de la sentencia, llevada al extremo, vacía de contenido normativo a la Constitución, pues no tiene caso regular supuestos que dependen de un presupuesto necesario que carece de protección e importancia.

El concepto constitucional de vida humana y derecho a la vida, se refiere al ser humano vivo, por lo que se protege

desde que la vida inicia. La vida humana existe desde que se dan los presupuestos biofisiológicos, cualquiera que sea el estado, condición y capacidad de presentación social de su titular, debiendo ser protegida, jurídicamente, en todas sus etapas.

El derecho a la vida comprende la existencia biológica y física, como un presupuesto vital para el ejercicio de los derechos fundamentales. La vida, comprendida en un sentido exclusivamente biológico y fisiológico, incluye la integridad física y psíquica; constituye un objetivo y un fin en sí mismo, independiente de la estimación subjetiva de los demás, por lo que el Estado tiene la obligación de garantizarla con independencia del pluralismo social, religioso, ideológico o político, al estar consagrada en la Constitución.

El derecho a la vida humana necesariamente tiene que ser desde la concepción, pues como se destacó en el proyecto del ponente, es un hecho irrefutable y de sentido común al formar parte del conocimiento elemental y de la experiencia personal que hombres y mujeres tenemos ante los fenómenos de concepción y nacimiento de un ser humano, sentido común en que se basó el Constituyente Originario, que toda vida humana tiene un principio y un fin, además de constituir un proceso continuo de desarrollo individual, propio e irrepetible que inicia con la fertilización y termina con la muerte, lo que se corrobora con el hecho de que de la unión de un hombre y una mujer —un óvulo y un espermatozoide humanos— no puede más que crearse un ser humano, es decir, no puede generarse otro tipo de ser (un perro, un gato, etcétera), lo que revela que desde la concepción hasta el momento previo al nacimiento se tiene la certeza de que dentro del vientre de la madre lo que se está formando es un ser humano.

Al respecto resultan ilustrativas las respuestas que a las preguntas 1, 2, 38 y 39 del cuestionario correspondiente a la prueba pericial médica en materia de concepción y vida humana en el seno materno, desahogada durante la instrucción de las acciones de inconstitucionalidad a que se refiere el presente voto, que dieron los doctores Jesús Kumate Rodríguez, María Cristina Márquez Orozco, Fabio Salamanca Gómez y Ricardo Tapia Ibarquengoytia.

Las preguntas referidas consistieron en lo siguiente:

"1. ¿Qué características externas tiene un feto humano de doce semanas?"

"2. ¿Qué órganos internos tiene un feto humano de doce semanas?"

"...

"38. ¿Es posible fijar la edad en que se tiene o se adquiere la condición de humano?"

"39. ¿Cuál o cuáles son las razones técnico-científicas para despenalizar el aborto durante las primeras doce semanas de gestación?"

A las referidas preguntas, los expertos dieron contestación en los siguientes términos:

Doctor Jesús Kumate Rodríguez (médico cirujano y doctor en ciencias biológicas):

Respuesta a la pregunta uno:

"Un feto humano de doce semanas sólo se parece a un humano, la distribución de la cabeza, cuello, tórax, miembros superiores e inferiores son típicos del ser humano.

"La proporción de los miembros y de la pelvis corresponden a la de un individuo bípedo. La oposición del pulgar es característica en forma y extensión a la de un ser humano, muy diferente a la encontrada en chimpancés y gorilas.

"La posición y extensión de la nariz es muy diferente de los simios antropoides, lo mismo es extensivo al mentón y a la posición del cuello."

Respuesta a la pregunta dos:

"Desde la octava semana se ha terminado el desarrollo embrionario, ya que existen los esbozos de todos los órganos y sistemas. A partir de la novena semana se inicia la etapa fetal en la que se manifiestan preponderantemente acciones de crecimiento y no de diferenciación. El feto humano de doce semanas tiene un sistema nervioso central muy desarrollado con dos hemisferios, cerebelo, núcleos basales, protuberancia, médula y nervios tanto craneales como periféricos. Existe hipófisis.

"En el cuello están presentes el timo y la glándula tiroideas y sus anexos.

"En el tórax existe un corazón con cuatro cavidades contráctil desde la tercer semana. Los pulmones y los bronquios

están presentes y la ramificación de los bronquios está avanzada hasta la séptima división. El feto humano tiene doce costillas a diferencia de las trece en chimpancés y gorilas.

"El abdomen está separado del tórax por el diafragma y están presentes todo el tubo digestivo, el hígado con vesícula biliar, el bazo, los riñones, las glándulas suprarrenales y el origen de los órganos sexuales ya diferenciados por género son visibles externamente.

"En los miembros superiores e inferiores hay desarrollo de las uñas y se inician los esbozos de las huellas digitales. La osificación se ha iniciado desde antes de la octava semana."

Respuesta a la pregunta treinta y ocho:

"Fijar una etapa del desarrollo fetal o extrauterino de un lactante a partir de la cual se adquiere la condición humana no es dable en las condiciones actuales. El cerebro cambia constantemente especialmente en los primeros años de la vida, la sinapsis está en continua formación y refinamiento y las experiencias del medio ambiente incluyendo la educación influyen poderosamente en el desarrollo de la corteza cerebral, razón por la cual la fijación de una fecha durante el embarazo para definir que a partir de ese momento se alcanzó la condición humana es imposible."

Respuesta a la pregunta treinta y nueve:

"Las razones aducidas para despenalizar el aborto durante las doce semanas en el sentido de que no ha alcanzado

autonomía fisiológica, viabilidad extrauterina y capacidad para percibir dolor, tener consciencia y funciones cognitivas, no existen ni al término del embarazo ni al término del primer día de la vida en el sentido estricto (legal) hasta después de la adolescencia. Si tal fuera pudiera justificarse el aborto hasta el término de la gestación dado que todavía no alcanza la condición humana.

"Si por el contrario la vida se toma como un proceso continuo que se inicia con la fertilización y se prolonga a lo largo de toda la existencia se tiene un panorama más congruente con la realidad evolutiva del cerebro y de los demás órganos ..."

Doctora María Cristina Márquez Orozco (licenciada en biología y doctora en ciencias):

Respuesta a la pregunta uno:

"Sus características externas son el tener una cabeza que corresponde a un tercio de su cuerpo, la estructura de la cara tiene aspecto humano como son la nariz con puente y punta elevadas, los ojos en posición frontal, con los párpados fusionados, las narinas al frente, presenta mejillas bien definidas, las orejas con la estructura definitiva, presenta un labio superior con un surco medio, el mentón está bien constituido, el cuello es erecto, el tórax y el abdomen son muy semejantes a los de un recién nacido, los brazos son más largos que las piernas tienen los dedos separados con el dedo pulgar oponible, esbozos de uñas y de crestas dérmicas que formarán las huellas digitales, los genitales externos están bien diferenciados de acuerdo al sexo del feto, las piernas

tienen un aspecto semejante al del recién nacido, en los pies el primer dedo está alineado con los otros cuatro, y es de menor tamaño que el de un chimpancé."

Respuesta a la pregunta dos:

"A nivel del sistema nervioso central los hemisferios cerebrales han crecido en todos sentidos y los lóbulos occipitales han cubierto por completo al diencéfalo y parcialmente al mesencéfalo. En el cerebro se ha desarrollado la placa cortical que dará origen a la corteza cerebral. Los núcleos basales del cerebro se están diferenciando en particular el cuerpo estriado y el hipocampo filogenéticamente más antiguo. El I par cerebral (olfatorio) está conectado con el epitelio olfatorio.

"Las regiones del tálamo, epítalamo y el hipotálamo están en proceso de desarrollo. El II par craneal (óptico) tiene fibras decusadas a nivel del quiasma óptico. La hipófisis está presente y es funcional, se han establecido conexiones entre el tálamo y la corteza cerebral en desarrollo.

"Se pueden identificar los colículos a nivel mesenfálico. Están diferenciados los núcleos de los pares craneales III (motor ocular común que inerva a cuatro de los cinco músculos extraoculares), IV (troclear que inerva al músculo oblicuo mayor del ojo) y parte del V (trigémino que inerva la maxila, la mandíbula y el ojo), se han empezado a diferenciar los núcleos rojos, la sustancia nigra, la sustancia reticular y los pedúnculos cerebrales.

"El cerebelo es extraventricular y sus células han migrado para formar la corteza cerebral. En el puente se han diferen-

ciado parte de los núcleos del V paracraneal, los del VI (motor ocular externo que inerva el recto externo de los ojos), VII (facial que inerva todos los músculos de la expresión facial) y VIII (estadoacústico que interviene en la audición y el equilibrio).

"En el mielencéfalo o médula oblongada se han diferenciado los núcleos de los pares craneales V, VIII, IX (glossofaríngeo que inerva parte del epitelio de la lengua y de la faringe), X (vago que inerva al corazón, al sistema respiratorio y al digestivo), XI (espinal que inerva al músculo esternocleidomastoideo) y el XII (hipogloso que inerva los músculos de la lengua). La médula espinal está bien diferenciada y a nivel cervical ya se han mielenizado las raíces anteriores).

"En los ojos se ha iniciado la diferenciación de los conos y los bastones (fotoreceptores) desde la décima semana y el oído interno tiene su estructura definitiva.

"En el cuello están presentes glándulas como la tiroidea, el timo y las paratiroides.

"El corazón tiene estructura definitiva desde la octava semana del desarrollo y desde el día 21 al 22 empezó a latir a pesar de que en esa época era un tubo. El sistema vascular ha completado su diferenciación. Han aparecido todos los elementos de la sangre, que empezaron a desarrollarse desde la tercera semana.

"En los pulmones se han formado ramificaciones del árbol respiratorio y se encuentra en etapa pseudoglandular. La cavidad torácica está separada del abdominal por el diafragma.

"El estómago se encuentra en la cavidad abdominal, es móvil, el intestino ha retornado a esta cavidad y presenta asas intestinales y colon con apéndice. El hígado aún es muy grande y es el principal centro formador de sangre, hasta el final del segundo trimestre de gestación.

"Los riñones han ascendido a su posición definitiva y las glándulas reproductoras tienen la estructura histológica característica.

"Los músculos han alcanzado un grado de desarrollo suficiente para ser funcionales. Los huesos largos de los miembros están formando sangre a partir de la octava semana.

"Durante la etapa embrionaria, que abarca desde la fecundación hasta las ocho semanas se diferencian los esbozos de todos los órganos y el embrión mide 3.2 mm. de la región cefálica a la glútea. Esta etapa se caracteriza por el predominio de la diferenciación y organización del desarrollo sobre el crecimiento.

"La etapa fetal abarca de la novena semana del desarrollo hasta el nacimiento y se caracteriza por el predominio del crecimiento sobre la diferenciación, es decir que todos los esbozos de los órganos continúan su desarrollo hasta alcanzar la estructura típica del recién nacido. Aunque el cerebro, el sistema reproductor y las glándulas suprarrenales, por ejemplo continúan creciendo y diferenciándose hasta la adolescencia o la etapa adulta."

Respuesta a la pregunta treinta y ocho:

"Sí, la condición de ser humano se adquiere en el momento de la fecundación, ya que es entonces que se inicia el desarrollo de un ser humano con genes propios que determinan su condición de ser humano único e irrepetible, que le dan individualidad. La vida es un continuo desde la fecundación hasta la muerte y si se ha subdividido en etapas para su estudio, sólo es para facilitar la comprensión de los cambios más importantes que se producen a través de la ontogenia humana.

"Un ser humano es el mismo desde la fecundación hasta la muerte, a pesar de los cambios de apariencia que puede experimentar durante las diferentes etapas del desarrollo pre y posnatal. Algunas de estas modificaciones son muy drásticas como la aparición y desaparición de cola, pero también lo son los cambios que experimenta el ser humano desde recién nacido hasta la vejez."

Respuesta a la pregunta treinta y nueve:

"De acuerdo a la respuesta de la pregunta 38 y a las características externas, internas y funcionales mencionadas brevemente en las preguntas 1, 2 y 4, no encuentro razones técnicas científicas para definir que un feto de doce semanas carezca de atributos humanos que impida considerarlo un ser humano. El hecho de que su corteza cerebral sea inmadura o que no tenga conciencia se debe a la etapa del desarrollo en la que se encuentra, y por la que todos los seres humanos nacidos pasamos. Si se permite que un feto de doce semanas de desarrollo continúe dentro del seno materno podrá adquirir su condición de recién nacido. En la etapa de doce semanas el desarrollo del corion ya ha alcanzado una condición en la que se requiere utilizar maniobras abortivas que pueden afectar el endometrio y causar problemas posteriores a la madre."

Doctor Fabio Salamanca Gómez (médico cirujano y especialista en genética médica):

Respuesta a la pregunta uno:

"La apariencia del feto humano de doce semanas es inconfundiblemente humana, ya que cuenta con una cabeza que alcanza la tercera parte del cuerpo, tiene ojos con fisuras palpebrales fusionadas, pabellones auriculares casi en su posición definitiva, ramas maxilares divergentes, mientras que en el chimpancé son paralelas, miembros superiores y miembros inferiores móviles, presencia de doce costillas, columna y pelvis orientadas para la bipedestación, genitales externos diferenciados, dedos de manos y pies y presencia de crestas dactilares que constituyen los dermatoglifos y que permiten la identificación individual."

Respuesta a la pregunta dos:

"Tiene hemisferios cerebrales que cubren el diencéfalo y alcanzan el mesencéfalo, núcleos basales, cerebelo, protuberancia, médula oblonga, médula espinal y nervios periféricos, cuenta con ojos con presencia de fotorreceptores y tiene el oído interno formado. Tiene hipófisis, tiroides y glándulas suprarrenales funcionales. Cuenta con un corazón que tiene cuatro cavidades y que es funcional desde el día veintiuno. Tiene pulmones con bronquios y ramificaciones terciarias. Tiene diafragma, hígado que produce bilis, bazo, estómago, intestino con apéndice, colon, órganos sexuales diferenciados, riñones funcionales, cuenta con tejido óseo que ha comenzado función hematopoyética."

Respuesta a la pregunta treinta y ocho:

"La condición de humano, como se ha anotado con anterioridad, está presente desde la unión misma del óvulo y el espermatozoide en el proceso de la fertilización, ya que su genoma contiene las instrucciones de un plan de desarrollo corporal particular para la especie humana y como se anotó con anterioridad, cuenta con genes que son exclusivos para los seres humanos. Por otra parte, si bien existe una homología del 99.9% cuando se compara el genoma humano con el del chimpancé, los estudios de genómica funcional claramente demuestran que la transcripción de los mismos genes es muchas veces mayor en el humano que en el chimpancé."

Respuesta a la pregunta treinta y nueve:

"No existen razones técnico científicas estrictamente hablando, pero hay consideraciones sobre los riesgos que el procedimiento implica para la madre si se lleva a cabo en edades más avanzadas, y consideraciones de tipo social relativas a los derechos de autonomía de la mujer."

Doctor Ricardo Tapia Ibargüengoytia (médico cirujano y doctor en bioquímica):

Respuesta a la pregunta uno:

"El feto humano de 12 semanas ha desarrollado ya las extremidades pero aún no se ha completado la formación de ellas. Ya está también formada la cabeza pero no se ha establecido su forma final ni se han diferenciado completamente las partes de la cara ni los oídos ni los ojos."

Respuesta a la pregunta dos:

"Internamente se ha empezado ya ha formar el esqueleto óseo y existe el primordio de la columna vertebral en cuyo interior se desarrollará la médula espinal. No se han desarrollado los nervios periféricos ni los receptores sensoriales que varias semanas después responderán a estímulos externos para transmitir la información a la médula espinal y de ésta al cerebro.

"El encéfalo está formado a las doce semanas por grupos celulares, incluyendo neuronas bipolares y se ha empezado a formar la placa subcortical de la cual semanas posteriores se formará la corteza cerebral. No han aparecido todavía las células gliales que serán, entre otras funciones, el soporte para la migración de neuronas hacia las distintas capas de la corteza cerebral y de otras regiones del interior del cerebro."

Respuesta a la pregunta treinta y ocho:

"Como ya he explicado, en biología es muy difícil hablar de términos temporales precisos. Creo haber contestado esta pregunta en mis respuestas anteriores."

Respuesta a la pregunta treinta y nueve:

"Por las razones expuestas en mis respuestas anteriores, desde el punto de vista técnico-científico me parece que no hay ninguna razón para no despenalizar el aborto durante las primeras doce semanas. Además, hasta las doce semanas la ejecución del aborto no representa problemas técnicos serios. Inclusive, si se realiza en las primeras seis a ocho semanas

existen métodos farmacológicos para producirlo, sin ningún riesgo para la salud o la vida de la mujer."

Las respuestas transcritas permiten formarse una idea clara del desarrollo que ha alcanzado el producto de la concepción al finalizar las primeras doce semanas de gestación, así como adquirir la convicción plena de que en el seno materno se está formando un ser humano.

Así, el hecho de que la vida humana se inicia con la concepción es hoy día una adquisición científica reconocida médica y biológicamente. Al efecto, Humberto Nogueira Alcalá, en su artículo "El Derecho a la Vida", cita a Alfred Kastler, biólogo, premio nóbel, el que refiriéndose a la fertilización del óvulo, señala: "Desde ese momento, comienza una nueva vida; el feto es un ser vivo, un ser humano, un ser completo con un código genético irrepetible". Asimismo, cita a Jérôme Lejeune, quien desde el campo de la genética destaca que "la vida tiene una historia muy larga, pero cada individuo tiene un comienzo bien definido: el momento de la concepción", agregando "tan pronto como los 23 cromosomas paternos se unen mediante la fertilización con los 23 cromosomas maternos, se reúne toda la información genética necesaria y suficiente para expresar todas las cualidades innatas del nuevo individuo ... el individuo que se está dividiendo en muchas células, en el comienzo mismo, es un ser humano".

IV. Consagración del derecho a la vida humana en los instrumentos internacionales y protección al *nasciturus* desde la concepción.

También a nivel internacional en instrumentos que constituyen la Ley Suprema de la Unión al haber sido suscritos por

el Estado mexicano, se encuentra reconocido el derecho a la vida humana, como lo demuestra el proyecto que presentó el ponente a la consideración del Pleno y lo reconoce la resolución mayoritaria. En esta resolución se afirma que "el derecho a la vida se encuentra reconocido en una gran cantidad de instrumentos internacionales en materia de derechos, entre los cuales se pueden mencionar: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4). De manera complementaria a éstos se encuentran también: la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 6 y 37), el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Destinado a Abolir la Pena de Muerte (art. 1), el Protocolo a la Convención Americana Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (art. 1), Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (art. 3), Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de las Armas de Fuego por Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (principios 4, 5, 6 y 9), Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve (art. 3 común), Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (arts. I y II), Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (arts. 1 y 2), Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (arts. I y II), por citar algunos de los más importantes."

Sin embargo, se sostiene en la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que en los instrumentos materia de derechos humanos anteriormente reseñados no se define el momento a partir del cual inicia la

protección del derecho a la vida, ni desde qué momento el ser humano es sujeto de protección; que "El único tratado internacional que hace referencia a un momento específico para el inicio de la protección del derecho a la vida, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece un momento a partir del cual, 'en general', debe ser protegida la vida ...", siendo este momento el de la concepción; expresión "en general" que tuvo como finalidad otorgar a los Estados un margen para adoptar la legislación que permitiera la interrupción del embarazo en determinadas circunstancias, y respecto de la que México hizo una declaración interpretativa en el sentido de que esta expresión no constituía obligación de adoptar o mantener legislación que protegiera la vida a partir del momento de la concepción por pertenecer esta materia al dominio reservado de los Estados, por lo que México no se encuentra obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción o en algún momento específico.

Se disiente de lo anterior, por una parte, en cuanto a la interpretación que se realiza de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por la otra, en cuanto a la afirmación relativa a que es el único tratado internacional suscrito por México que protege al producto de la concepción.

Al respecto, debe señalarse que la convención en análisis es clara al establecer la protección de la vida humana desde la concepción, utilizando la expresión "en general" en respeto a la soberanía de los Estados parte. Sin embargo, ello no puede llevar a considerar que no implica la protección desde este momento, porque sería atribuirle a esta previsión un significado contrario al expresamente señalado, lo que significa

que sólo por excepción no se dará esa protección en los casos que cada Estado parte así lo determine en su legislación interna.

Tratándose de México, la declaración interpretativa que hizo respecto de la referida expresión tuvo como objetivo dejar a salvo la posibilidad de que el Poder Reformador de la Constitución, como representante de la voluntad del pueblo mexicano, pueda variar las disposiciones fundamentales para hacerlas acorde a la realidad social, sin que con ello se transgreda el compromiso internacional adquirido en el convenio.

En efecto, atendiendo, por una parte, a la supremacía constitucional consagrada en el artículo 133 de la Carta Magna y, por la otra, a la facultad que consagra el artículo 135 de la Constitución para ser adicionada o reformada mediante el proceso que consigna, la declaración interpretativa formulada por el Gobierno Mexicano tuvo como objetivo salvaguardar estos dos principios constitucionales dejando a salvo la facultad del Constituyente Reformador de modificar la Norma Suprema en cuanto a la protección que otorga al producto de la concepción, ante la imposibilidad de establecer un compromiso que obligue en forma permanente al Estado mexicano a mantener una determinada legislación interna en la materia.

La declaración interpretativa no puede ser entendida en el sentido de que el Estado mexicano haya rechazado el compromiso de proteger la vida humana desde el momento de la concepción, en tanto que, como se ha analizado, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege el

derecho a la vida desde este momento, sin que ello signifique que la protección en tales términos deba permanecer inalterable. Por tanto, mientras la Constitución no sea reformada en cuanto a esa protección, debe entenderse que el compromiso adquirido por el Estado mexicano opera en toda su extensión.

Además, el artículo 29 de la convención contiene las reglas relativas a su interpretación, en las que no se permite a alguno de los Estados partes suprimir o limitar el goce y ejercicio de los derechos previstos en ella o reconocidos en su legislación interna, ni excluir derechos ni garantías inherentes al ser humano.

Consecuentemente, es claro que la declaración interpretativa en cuanto a la precisión que efectúa de la expresión "en general", no puede llevar a limitar un derecho reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagrado en la propia convención y que es un derecho inherente al ser humano, en tanto el *nasciturus* tiene tal calidad desde el momento de la concepción.

Además, en los puntos 2 y 5 del artículo 4 de la convención se establece que en los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo se impondrá por los delitos más graves y nunca a personas que en el momento de la comisión del delito sean menores de dieciocho años o más de setenta, ni a las mujeres en estado de gravidez.

Por tanto, si cuando el Estado mexicano se adhirió a la convención, en su normatividad interna se contemplaba la pena de muerte previa audiencia y en casos determinados, resulta

que se obligó a no imponer esa pena a las mujeres embarazadas, al igual que lo hizo en el artículo 6.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lógicamente para proteger la vida del producto de la concepción.

Por otra parte, debe señalarse que la protección al producto de la concepción también se pactó por México en los siguientes instrumentos internacionales:

a) La Convención sobre los Derechos del Niño, que fue aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, según decreto publicado en el diario citado de treinta y uno de julio del mismo año, dispone en sus artículos 1o., 2o. y 6o. lo siguiente:

"Artículo 1o. Para los efectos de la presente convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad."

"Artículo 2o. 1. Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

"2. Los Estados partes tomarán las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma

de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares."

"Artículo 6o. 1. Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

"2. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño."

En el preámbulo de la convención se lee:

"... Teniendo presente que, como se indica en la declaración de los Derechos del Niño 'el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento'."

Si se considera que para efectos de la interpretación de un tratado, el preámbulo del mismo debe ser considerado como parte de su texto, ya que así se establece en el artículo 31, punto segundo, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la que México es Estado parte, además de que ello constituye criterio definido de este Alto Tribunal, se sigue que la Convención sobre los Derechos del Niño consagra a favor del niño el derecho a la vida, entendido el término de "niño" como todo ser humano desde el momento de su concepción hasta la edad de dieciocho años, salvo que antes haya alcanzado la mayoría de edad en virtud de la ley que le sea aplicable. Se sustenta lo anterior con la siguiente tesis:

"TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL 14 DE FEBRERO DE 1975).—Conforme a lo dispuesto en los citados preceptos para desentrañar el alcance de lo establecido en un instrumento internacional debe acudirse a reglas precisas que en tanto no se apartan de lo dispuesto en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución General de la República vinculan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la mencionada Convención, para interpretar los actos jurídicos de la referida naturaleza como regla general debe, en principio, acudirse al sentido literal de las palabras utilizadas por las partes contratantes al redactar el respectivo documento final debiendo, en todo caso, adoptar la conclusión que sea lógica con el contexto propio del tratado y acorde con el objeto o fin que se tuvo con su celebración; es decir, debe acudirse a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica. A su vez, en cuanto al contexto que debe tomarse en cuenta para realizar la interpretación sistemática, la Convención señala que aquél se integra por: a) el texto del instrumento respectivo, así como su preámbulo y anexos; y, b) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de su celebración o todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; y, como otros elementos hermenéuticos que deben considerarse al aplicar los referidos métodos destaca: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda

práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación; y, c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes; siendo conveniente precisar que en términos de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para realizar la interpretación teleológica y conocer los fines que se tuvieron con la celebración de un instrumento internacional no debe acudirse, en principio, a los trabajos preparatorios de éste ni a las circunstancias que rodearon su celebración, pues de éstos el intérprete únicamente puede valerse para confirmar el resultado al que se haya arribado con base en los elementos antes narrados o bien cuando la conclusión derivada de la aplicación de éstos sea ambigua, oscura o manifiestamente absurda." (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, Tomo XVI, diciembre de 2002, tesis 2a. CLXXI/2002, página 292).

Efectivamente, si en el preámbulo de la convención se manifiesta que tal como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, y si ello se relaciona con el artículo 1o., que establece la edad hasta la que se considera se está ante un niño, y con el punto 1 del artículo 2o., en cuanto prohíbe hacer distinción entre los niños por razón del nacimiento, lógico es concluir que para efectos de la convención, por niño se entiende al ser humano desde la concepción hasta que llega a la edad de dieciocho años, salvo que antes haya alcanzado la mayoría de edad en virtud de la ley que le sea aplicable.

Aunado a lo anterior, el artículo 24 del instrumento internacional de que se trata en lo que interesa dispone:

"Artículo 24.

"1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

"2. Los Estados partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

"a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

"...

"d) Asegurar atención sanitaria prenatal y post-natal apropiada a las madres; ..."

Como se ve, los Estados se encuentran obligados a reducir la mortalidad infantil y a asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal a las madres. Esta última obligación cobra especial relevancia si se considera que está inserta en un instrumento internacional destinado a reconocer los derechos de los niños, lo que permite inferir fundadamente que está dirigida a asegurar tanto la atención de la mujer durante y después del embarazo como el bienestar del producto de la concepción.

b) Los artículos 5o., 10 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, publicado en el Diario Oficial de la Federación de doce de mayo de mil novecientos ochenta y uno, dicen:

"Artículo 5o.

"1. Ninguna disposición del presente pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

"2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado."

"Artículo 10.

"Los Estados partes en el presente pacto reconocen que:

"1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

"2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del

parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. ..."

"Artículo 12.

"1. Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

"2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

"a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; ..."

De los citados preceptos se desprende un principio fundamental de interpretación que consiste en que todas las disposiciones deben entenderse en el sentido que favorezcan las libertades y derechos de las personas. Esto es así, pues el artículo 5 del pacto de que se trata establece que ninguna disposición podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidas por el propio pacto. Cabe precisar que los derechos y libertades que reconoce el pacto son inherentes al hombre, es decir, tienen como centro al ser humano, pues la vida es el presupuesto necesario para poder gozar de todos los demás derechos. Siendo así, es claro que ninguna disposición puede menoscabar el derecho a la vida, pues atentar contra ésta es privar de todos los demás derechos inherentes al ser humano.

Por otra parte, se establece que debe concederse a las madres embarazadas una protección especial y que la familia es el elemento "natural y fundamental de la sociedad". El hecho de que durante el embarazo deba concederse a la madre una "protección especial" lógicamente implica que es para cuidar el producto de la concepción, pues de otra manera no puede entenderse esa "protección especial" o de mayor entidad a la protección que ordinariamente se les debe otorgar a las mujeres. Además, esta protección debe vincularse con el interés de los Estados por fomentar y cuidar a la familia que es el "elemento natural y fundamental de la sociedad".

Es muy importante apuntar aquí que los Estados que suscribieron el pacto de que se trata, en términos del artículo 12, tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias tendentes a reducir la mortinatalidad, lo que evidentemente se infringe cuando un Estado permite interrumpir el embarazo en determinada etapa de la gestación (como lo sería hasta el vencimiento de la duodécima semana de embarazo, computadas estas semanas a partir de la implantación), pues ello implica la muerte del producto de la concepción. Cabe aquí hacerse la siguiente pregunta ¿qué mayor ausencia de medidas para reducir la mortinatalidad que legalizar la interrupción del embarazo hasta la duodécima semana de gestación?

Lo hasta aquí expuesto se confirma con el acta U.N. Doc. E/C.12/2000/4, emitida durante el periodo de sesiones de dos mil y aprobada el once de mayo de dicho año, relativa a la "Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del pacto)", que en lo conducente dice:

"II. Obligaciones de los Estados partes ... Obligaciones básicas ... 44. El Comité confirma asimismo que entre las obligaciones de prioridad comparables figuran las siguientes: a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil; ..."

c) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer, publicado en el Diario Oficial de la Federación de doce de mayo de mil novecientos ochenta y uno, estatuye en su artículo 12:

"Artículo 12.

"1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

"2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia."

Del citado precepto se desprende que los Estados tienen la obligación de asegurar a la mujer embarazada una nutrición adecuada. Esta obligación —que constituye un deber de cuidado especial o de mayor entidad al que normalmente se otorga a las mujeres no embarazadas— no puede explicarse

fuera de un interés por proteger el producto de la concepción, pues de lo contrario no se entendería la razón de ese deber de cuidado especial. El hecho de que los Estados se obliguen a conceder a las mujeres embarazadas una adecuada nutrición únicamente puede entenderse sobre la base del interés que tienen por proteger el producto de la concepción.

d) El Convenio Número 110 relativo a las Condiciones de Empleo de los Trabajadores de las Plantaciones, aprobado por el Senado de la República mexicana el trece de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve, publicada tal aprobación el dieciséis de diciembre de dicho año, promulgado por el Ejecutivo Federal el diez de agosto de mil novecientos sesenta y publicado en el Diario Oficial de la Federación de catorce de septiembre de este último año, contiene un capítulo especial para la protección de la maternidad. El artículo 47, en lo que aquí interesa, dice:

"Artículo 47.

"1. Toda mujer a la que se aplique esta parte del convenio tendrá derecho, mediante presentación de pruebas de la fecha presunta del parto, a un descanso de maternidad.

"...

"6. Cuando se haya establecido debidamente que una enfermedad sea consecuencia del embarazo, la legislación nacional deberá prever un descanso prenatal suplementario cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente.

"...

"8. Ninguna mujer embarazada podrá ser obligada a efectuar un trabajo perjudicial para su estado durante el periodo que preceda a su descanso de maternidad."

Así, el convenio otorga a la mujer embarazada una protección especial la cual únicamente puede entenderse por el interés que tienen los Estados en proteger tanto a la madre como al producto de la concepción.

Consecuentemente, es inexacto lo afirmado en el engrose aprobado por el Pleno en el sentido de que sólo un instrumento internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece el momento a partir del cual debe protegerse la vida humana, pues también en los anteriores tratados se reconoce que esa protección debe darse desde el momento de la concepción de un ser humano.

Efectivamente, la Convención sobre los Derechos del Niño en su preámbulo expresamente señala que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso, la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

Los demás instrumentos internacionales citados otorgan una protección especial a la maternidad, lo que supone el reconocimiento por parte de los Estados partes de la importancia que tiene asegurar a la mujer embarazada las condiciones que le permitan mantener su salud durante este periodo de su vida, lo que revela la clara protección no sólo para ella, sino también para el ser en formación.

Por tanto, los referidos instrumentos internacionales sí establecen el momento en que se da la protección al producto de la concepción, aun cuando no aludan expresamente a éste, pues se le brinda protección a él y a la madre, sin diferenciación en cuanto a etapas de la gestación, lo que significa que no puede establecerse diferenciación al respecto, por lo que tal protección se da desde la concepción, pues desde ese momento el ser humano en formación es producto de ella.

V. Imposibilidad constitucional del legislador ordinario para imponer limitaciones al derecho a la vida humana.

Establecido que tanto la Constitución como los instrumentos internacionales consagran el derecho a la vida desde la concepción, se procede a controvertir la afirmación del engrose aprobado por el Pleno en torno a la posibilidad del legislador ordinario de establecer limitaciones a este derecho.

En atención al principio de salvaguarda de los derechos fundamentales que consagró el Constituyente en el artículo 1o. constitucional al establecer que no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la Constitución establece, es importante determinar si el derecho a la vida encuentra o no límites establecidos en la Carta Magna.

Para lo anterior es importante señalar que todo derecho fundamental tiene una configuración mínima, que constituye su esencia, esto es, su núcleo esencial, que en virtud del principio aludido no puede ser afectado aun en el caso de que se encuentren constitucionalmente previstos límites al mismo. Esto es, el derecho podrá ser limitado en su titularidad o ejer-

cicio en los casos expresamente previstos, pero sin afectar su núcleo esencial.

Así, para determinar los límites de un derecho debe atenderse a lo previsto por el Constituyente para cada uno de ellos, atendiendo a la naturaleza propia del derecho, verbigracia, el derecho de expresión está limitado por el respeto a la moral, los derechos de tercero, que no se provoque algún delito ni se perturbe el orden público; la libertad de escribir y publicar artículos encuentra sus límites en el respeto a la vida privada, la moral y la paz pública; el derecho de petición exige que se formule de manera pacífica y respetuosa y, en materia política, se restringe a los ciudadanos de la República; el derecho a poseer armas, será en el domicilio y no implicará las de aquellas prohibidas por la ley federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional, debiendo regular la ley los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar la portación de las mismas; el derecho al libre tránsito por el territorio de la República está subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa en lo que se refiere a las limitaciones impuestas en leyes sobre migración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país, etcétera.

En cambio, el derecho a la vida humana no tiene un límite propio, pues, atendiendo a su propia naturaleza, un límite implicaría su anulación. La vida es una realidad sustantiva, es supuesto ontológico. A nadie puede condicionarse su propia existencia, el derecho a existir.

En esos términos está contemplado el derecho a la vida humana en nuestra Constitución, sin previsión de un límite para existir.

La única limitación que la Constitución establecía fue eliminada mediante la reforma a los artículos 14 y 22 de dos mil cinco, que abolió la pena de muerte que se preveía para determinados supuestos y mediante juicio previo.

Consecuentemente, a partir de tal reforma puede afirmarse que el derecho a la vida humana no tiene consagrado ningún límite en la Constitución.

Nadie tiene derecho a matar, a disponer de la vida de otro, ya sean los particulares o el Estado mismo.

En efecto, la Constitución establece el derecho de defensa tanto de los gobernados en el artículo 10, como del Estado para preservar el orden y la seguridad pública en el artículo 21.

El artículo 10 constitucional establece como derecho de los habitantes del país el poseer armas para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley general y de las reservadas para el Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional, así como el de portar armas previa autorización que se sujetará a los casos, condiciones, requisitos y lugares que regule la ley respectiva.

El artículo 21 establece que la seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias señaladas por la Constitución, debiendo coordinarse en los términos

que la ley señale, sujetando la actuación de las instituciones policiales a los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.

Si bien en virtud del derecho de defensa de los gobernados y la facultad de la autoridad de ejercer la seguridad pública para conservar el orden público y la paz social puede llegar a afectarse la vida de las personas, esto será siempre sujeto a condiciones específicas que exijan una necesidad de disposición de este bien fundamental, pues la legítima defensa supone que se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende; y los miembros de los cuerpos de seguridad en el cumplimiento de su deber tienen la obligación de actuar racionalmente, es decir, deberán utilizar en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y, cuando ésta sea inevitable, deben actuar con moderación y en proporción a la gravedad que enfrentan. Esto es, la posible privación de la vida a individuos en virtud de la defensa al orden público y paz social por parte de las fuerzas de seguridad del Estado o del ejercicio del derecho de defensa de los gobernados no implica un límite propio y específico al ejercicio y titularidad del derecho a la vida, pues no otorgan el derecho a matar o a disponer de la vida de individuo alguno sino un derecho o facultad de defensa que puedan llevar, como consecuencia, a la privación de la vida, desde luego siempre sujeto a las condiciones exigidas por la ley.

La privación de la vida de las personas en caso de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto tampoco implica un límite al derecho a la vida, pues en tal hipótesis precisamente se estará en el supuesto contemplado en el artículo 29 constitucional de suspensión de garantías individuales.

La postura que niega la existencia de derechos absolutos o ilimitados se basa en que todos los derechos se encuentran limitados por la interrelación de los derechos de los demás y los originados en las exigencias del orden público objetivo; sin embargo, éstos no constituyen límites concretos al derecho a la vida en que se posibilite su privación, sino hipótesis en que tal privación podrá darse como consecuencia del ejercicio de un derecho o un deber cuya conducta en los casos concretos relativos se justificará si se reúnen las circunstancias que den lugar a tal justificación, lo que deberá apreciarse conforme a la regulación legal respectiva que elimine su antijuridicidad o ilicitud, o bien, la penalidad correspondiente, pero que no permiten considerarlos como un límite al derecho a la vida porque, en principio, toda persona y autoridad debe respetar la vida humana.

Así, el establecimiento por el legislador de la legítima defensa como causal de exclusión del delito o de otras excluyentes de responsabilidad, en las que no obstante que los individuos atentan contra la vida de otros, se elimine la antijuridicidad de la conducta en atención a las circunstancias específicas en que aquélla se realiza, no se traduce en una restricción o limitación del derecho fundamental en tanto no incide sobre su goce y ejercicio porque, se reitera, basta la mera existencia

individual para disfrutar y ejercer el derecho a la vida, situación que también acontecerá en los casos de excusas absolutorias en que se elimine la punibilidad de la conducta, supuestos éstos en los que no existe una desprotección del bien jurídico de la vida, sino una justificación por las circunstancias concretas en que se lleva a cabo la conducta por la que se afecta. Es decir, en principio, la conducta que atente contra el derecho a la vida estará viciada de su antijuridicidad y sólo, por excepción, se eliminarán ya sea su antijuridicidad o su punibilidad por las circunstancias concretas en que se haya llevado a cabo la conducta que afectó el bien jurídico protegido.

Además, la legítima defensa encuentra su justificación en el hecho de que es para salvaguardar un bien jurídico. Así, cuando la vida de una persona sufre una amenaza real e inminente es válida la legítima defensa. Esto corrobora que la única limitación a la vida es la vida misma y tal limitación (que en realidad es anulación) se justifica porque se está ante una amenaza ilegal.

Por tal motivo, en el ámbito penal y, concretamente en relación con el derecho a la vida humana, no puede considerarse que el legislador se encuentre impedido para establecer excluyentes de responsabilidad o excusas absolutorias, porque éstas no implican limitación o restricción a este derecho fundamental, sino circunstancias a las que se atiende para eliminar la antijuridicidad o la punibilidad de una conducta, pues ello no supone el derecho a disponer de la vida de otro ser humano, sino exclusivamente atender a la diversidad de los acontecimientos en que puede verse involucrado el ser humano y que impidan un reproche de culpabilidad o reflejen la inutilidad de la imposición de penas.

Por otra parte, tratándose de la regulación que lleva a cabo el legislador de las conductas de los gobernados que den lugar a una posible colisión entre bienes jurídicos amparados por derechos fundamentales, necesariamente la vida tendrá que ser un valor prevalente, porque su limitación a favor de otro implicaría su anulación. Así, no en razón de jerarquía sino en virtud de que la vida es un derecho que por naturaleza no admite limitación sin anularse es por lo que necesariamente tiene que prevalecer en cualquier ponderación que se realice con bienes de otra naturaleza, sin que lo anterior impida al legislador regular excluyentes de responsabilidad o excusas absolutorias en materia penal para supuestos específicos y que no impliquen, desde luego, desprotección total al bien jurídico.

En esos términos, y no por razón de jerarquía, es por lo que se afirma que el derecho a la vida humana no admite limitación y así se encuentra consagrado en la Constitución a partir de la reforma que eliminó la pena de muerte.

En la sentencia se afirma que la ponderación que llevó a cabo la Asamblea Legislativa para salvaguardar tanto la libertad de autodeterminación de las mujeres como el derecho a la vida del producto de la concepción es razonable y proporcional, toda vez que respeta la autodeterminación de las mujeres sobre su propio cuerpo protegiendo su salud física y mental, al tiempo que salvaguarda la vida del *nasciturus* a partir de la décimo tercera semana de gestación. Además, se agrega que dicha ponderación fue jurídicamente acertada, porque la imposición de una pena a quien interrumpa el embarazo no sirve para asegurar el correcto desenvolvimiento del producto en gestación, toda vez que la realidad social demuestra que las mujeres se someten a abortos clandestinos.

Si se protegiera al producto de la concepción de manera absoluta se violarían los derechos de las mujeres al tenerlas como meros instrumentos de procreación.

El argumento anterior no es correcto, pues basta la lectura del dictamen emitido por las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género de la Asamblea Legislativa para percatarse que contiene una contradicción interna de tal magnitud que excluye, por sí sola, la posibilidad de que la ponderación de derechos que se hizo satisfaga los principios de proporcionalidad y racionalidad. En efecto, el referido dictamen en lo que interesa dice:

"... En la elaboración de este dictamen las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género parten de la consideración total de que tanto los derechos fundamentales de las mujeres como la protección de la vida en gestación son bienes constitucionalmente protegidos, que no pueden tener un carácter absoluto, ya que la primacía incondicionada de los derechos fundamentales cuya titularidad corresponde a las mujeres, podría implicar el desconocimiento de la protección de la vida en gestación que deriva de la Constitución Federal, mientras que la protección incondicionada de la vida en gestación, podría traducirse en la anulación de los derechos fundamentales de las mujeres, y en su caracterización como meros instrumentos reproductivos.

"Debido a ello, corresponde al legislador ordinario ponderar los bienes constitucionales que entran en conflicto en la regulación legal del aborto, con el fin de determinar los

supuestos en los que uno de ellos debe ceder, sin anularse, para garantizar la protección del restante bien constitucional.

"Al realizar tal labor de ponderación de bienes constitucionales en colisión debe tenerse presente que la protección de la vida en gestación o de los derechos fundamentales de las mujeres no se agota en el ámbito del derecho penal y que, por definición, tanto la penalización absoluta como la despenalización absoluta del aborto podrían entrar en conflicto con la norma constitucional, al determinar la prevalencia irrestricta de uno de los bienes constitucionales en conflicto. ..."

Ante todo no puede pasar inadvertido que el planteamiento de las Comisiones Unidas que se especifican parte de la afirmación expresa de que tanto los derechos fundamentales de las mujeres como la protección de la vida en gestación son bienes constitucionalmente protegidos, o sea, que el engrose de la sentencia mayoritaria fue más allá de lo establecido por quienes intervinieron en la iniciativa de los preceptos del Código Penal, cuya inconstitucionalidad fue planteada ante la Suprema Corte, independientemente de lo erróneo de las conclusiones a que se llega.

En efecto, no obstante el reconocimiento aludido en el sentido de que tanto los derechos fundamentales de las mujeres como la protección de la vida en gestación son bienes constitucionalmente protegidos, el referido dictamen aprueba la interrupción del embarazo hasta la décima segunda semana de gestación, esto es, considera que basta la solicitud de la mujer embarazada y la comprobación de que no ha rebasado las doce semanas de gestación para que pueda practicarse tal interrupción, lo que lógicamente implica la completa anulación

del derecho a la vida del producto de la concepción durante ese periodo, es decir, dicha vida queda totalmente desprotegida durante las primeras doce semanas de gestación contadas a partir de la implantación del embrión en el endometrio y, lógicamente, en el breve plazo de la fecundación a la de la implantación referida. Así, en el dictamen de que se trata, por una parte, se sostiene que tal derecho no debe anularse y, por otra parte, se adopta una solución que lo anula por completo, lo que denota una clara contradicción que impide estimar que el referido dictamen satisface los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad pues tal contradicción interna determina que está contra las reglas más elementales de la lógica. Al respecto, basta hacerse la siguiente pregunta ¿cuál es la racionalidad de una medida dirigida a salvaguardar dos derechos (los relativos a la madre y el relativo al producto de la concepción) si uno de ellos se anula por completo? Esta situación absurda del referido dictamen es aceptada por la sentencia contra la que nos pronunciamos, entre otras razones, por este motivo.

VI. Obligación constitucional del legislador ordinario de penalizar las conductas que atentan contra el derecho a la vida.

En cuanto a las facultades del órgano legislativo en materia penal debe tomarse en cuenta que la noción de delito y del bien jurídico, como objeto jurídico tutelado por la ley, ha evolucionado a través de los tiempos, junto con el concepto de derechos y deberes.

En el derecho penal de la época de la monarquía absoluta lo principal eran los deberes, al imponerse la razón de Estado

en una jerarquía que transmitía la autoridad de Dios al soberano y solamente, en un segundo nivel, se derivaban los derechos. Los derechos tenían cabida, pero subordinados a la idea del deber.

La idea de los derechos humanos fue generada particularmente hasta el siglo XVII, fincándose una teoría individualista que concibe al hombre, ya no en comunidad sometido a la voluntad de Dios, sino en abstracto, desligado de todo vínculo social y de todo deber. Surgieron los conceptos de derechos naturales y ley natural y se propuso la teoría contractualista del Estado que coloca en un primer plano los derechos naturales del hombre, al ser anteriores al pacto social que se celebra para lograr la seguridad y que, si bien implica la pérdida de algunos derechos, establece la de otros con carácter inalienable, pues el pacto debe garantizar un mínimo de derechos para hacer posible el tránsito del estado natural al estado social. Así, los derechos no necesitan justificación, mientras que los deberes sí, al ser posteriores al pacto social que tiene por finalidad el establecimiento de un orden y ser limitativos de los derechos. Esta ideología impuso la razón de individuo por encima de la razón de Estado.

La teoría iusnaturalista-racionalista dio lugar a un derecho penal liberal que tendría como fin proteger las libertades del hombre en su estado natural y, por tanto, sólo prohibir mediante las sanciones correspondientes las acciones perjudiciales para la sociedad. Así, la necesidad de asegurar los derechos de todos es la razón que obliga al Estado a sancionar penalmente.

El derecho subjetivo perdió importancia al surgir el positivismo en el siglo XIX y, con ello, se hizo prevalecer el interés

público sobre el privado, la sociedad sobre el individuo. El positivismo fue influido por la teoría subjetiva de los valores, conforme a la cual los valores deben su existencia y sentido al sujeto que valora, de lo que derivó que la determinación de lo justo fuera hecha por quien imponía el derecho. Este criterio, en que se basó el derecho nacionalsocialista alemán, permitió la abolición del bien jurídico e hizo imperar la razón del Estado sobre la razón de individuo.

Después de la Segunda Guerra Mundial se retomó el camino del derecho natural, pero ya no con la concepción individualista anterior, sino atendiendo a la dignidad del hombre social. En el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos del diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho se señala que:

"... la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana ..."

Así, el constitucionalismo moderno eleva la dignidad de la persona a valor jurídico supremo.

Esta evolución en la concepción de los derechos fundamentales dio lugar a los distintos modelos de Estado liberal, democrático y social. El primero, en el que la exaltación de los derechos del individuo implicó su no interferencia por el Estado, siendo su frase representativa el "*laissez-faire, laissez-passer*", es decir el "*dejar hacer, dejar pasar*"; el segundo, en el que tiene prevalencia la regla de las mayorías y origina la participación de todos los ciudadanos en la definición de

los temas trascendentes para la vida en comunidad; y, el último de ellos, en el que el Estado actúa en la configuración de la realidad social, surgiendo los derechos económicos, sociales y culturales (como son la salud pública, seguridad social, educación pública, asistencia social, etcétera), que implican el derecho de los individuos para reclamar al Estado la realización de determinadas actividades.

El avance de la civilización ha dado lugar al surgimiento de otros derechos que algunos tratadistas denominan derechos por especificación del contenido o del sujeto (ecológicos, de progreso social, a la paz, de los niños, de las mujeres, etcétera) y que, afirman, permiten sostener que hemos entrado en una era de aproximación a un concepto de valores objetivos, que se han definido como aquellos que existen independientemente de un sujeto o de una conciencia valorativa, señalándose que es el único concepto capaz de evitar la arbitrariedad de los gobernantes y la omnipotencia del legislador.

Así, el contenido de los derechos fundamentales ha evolucionado con los movimientos sociales y la transformación de los modelos de Estado: del individualismo, se pasó a la formulación de derechos de índole político, social y económico.

La doctrina afirma que en la actualidad existe una cuarta generación de derechos fundamentales orientados a la preservación de la especie y al mantenimiento de sus condiciones dignas de existencia.

Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, en su obra "Bien Jurídico y Derechos Fundamentales" (Universidad Externado de Colombia, primera edición, 1996, página

70 y siguientes), afirman que si en el contexto de la evolución de los derechos fundamentales, a los de carácter individual se les otorga un alcance relativo desde la superación de la fase de las libertades individuales, la posibilidad real de conflicto entre derechos fundamentales de primera, segunda, tercera e, incluso, cuarta generación, prácticamente desaparece, pues la delimitación en el alcance de cada uno de los derechos (clasificados en diversas generaciones sólo para efectos pedagógicos o sistemáticos) trae consigo una complementación armónica y no su choque y exclusión, a partir de una premisa básica, a saber, todas las categorías de derechos fundamentales tienen como núcleo al ser humano, ya sea en su dimensión individual o como integrante de un conglomerado. Sostienen que:

"Tanto los derechos 'individuales' como los sociales, económicos, políticos y los de 'generaciones futuras', son en esencia derechos de la persona. El ente colectivo no adquiere entidad valorativa sino en razón a la esencia de su formación. La sociedad es objeto de interés y protección en cuanto suma de individuos dotados de 'dignidad humana'.

"Esta personalización de los 'derechos fundamentales' implica, paralelamente, la personalización de la protección de los bienes jurídicos en su consideración trascendentalista. No como manifestación de un rezago individualista sino como lógica consecuencia de su comprensión a partir de sus bases."

Los artículos 1.º, primer párrafo y 25, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen, respectivamente, que todo individuo gozará de los derechos fundamentales que consagra y la misión del Estado de

ser rector del desarrollo nacional para garantizar, entre otros aspectos, el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales.

Por tanto, es misión del Estado mexicano establecer un orden social que garantice los derechos humanos fundamentales, de los que derivan valores e intereses que son objeto de las normas penales, pues el derecho penal constituye uno de los varios instrumentos para asegurar su respeto.

El derecho penal objetivo es el fruto del "*ius puniendi*" o potestad punitiva del Estado. La potestad punitiva del Estado, en el aspecto relativo a la determinación del derecho positivo que orientará y ordenará el comportamiento o conducta de la generalidad de los individuos, se encuentra sujeta a dos principios que informan y delimitan la función básica del derecho penal. Estos principios son:

a) Exclusiva protección de bienes jurídicos.

El derecho penal, como uno de los conductores del comportamiento social, no puede orientar todos los valores éticos de la sociedad, sino únicamente los mínimos necesarios para la convivencia. La norma penal prohíbe o manda una serie de conductas cuya realización u omisión ponen en peligro o lesionan intereses espirituales o materiales generalmente apreciados y que mediante ella se protegen, los que se denominan bienes jurídicos.

Así, el objeto de protección de la norma penal es el bien jurídico, finalmente soportado o derivado de los derechos fundamentales, sin que ello implique confundir al bien jurídico con

tales derechos. La conducta reprobada en el ámbito penal deberá, por tanto, traspasar el mínimo ético socialmente tolerable en opinión de la mayoría, pues de no ser así, la norma penal sería arbitraria y antidemocrática al servicio del grupo dominante que quiere imponer sus reglas ético-sociales.

La existencia del Estado de derecho impone la necesidad de que ciertos intereses sean custodiados penalmente, concretamente, aquellos en los que exista una voluntad mayoritaria de ser mínimos esenciales de mantener.

Desde luego, muchos de los objetos de protección penal sólo alcanzarán su custodia total en combinación con otras ramas del derecho y con el control político y social, lo que da lugar a que el derecho penal se considere de carácter fragmentario.

Sostiene Gonzalo Quintero Olivares, en su "Curso de derecho penal" (Cedecs Editorial, Barcelona, España, 1996, página 55), la necesidad de que en la positivización del derecho penal:

"Es imprescindible encontrar un equilibrio justo, que a la vez satisfaga las necesidades sociales y las garantías democráticas, entre la función de protección de la sociedad y la de protección de los derechos fundamentales del individuo... una utilización de la potestad punitiva que atienda realmente a intereses 'sociales' y no de un grupo ... la solución de un problema social no puede justificar la renuncia a los derechos individuales ..."

Por su parte, Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, en la obra citada con anterioridad, señalan al respecto:

"Las normas penales, como mecanismo de regulación de la convivencia social, deben tener límites precisos, marcados por el reconocimiento de la libertad humana y, en general, de los derechos fundamentales. Por principio, la proscripción de conductas y su reproche punitivo debe ser excepcional y proporcionado a su lesividad; en otros términos, la existencia de referentes objetivos que permitan medir la dañosidad de algunas conductas, es lo que legitimaría la reacción punitiva y permitiría resguardar derechos fundamentales del individuo. Tales referentes son ordinariamente denominados 'bienes jurídicos' ... En la evolución del concepto de bien jurídico no puede perderse de vista el contexto socio-político; de manera paralela con la transformación de los modelos estatales, el derecho penal ha ajustado sus contenidos y sus métodos ... el límite material del *ius puniendi* a través de la determinación del bien jurídico no se explica solamente por los valores acogidos por las normas de derecho interno sino, principalmente, por el concepto de dignidad humana y la necesidad de propender por el respeto de los derechos fundamentales ..."

b) Intervención mínima.

Si existe la posibilidad de garantizar con otra tutela los intereses que buscan protegerse, en el derecho penal no debe emplearse la pena entendida como *ultima ratio*, es decir, que sólo debe utilizarse cuando no haya más remedio y ante la ineficacia de otros instrumentos jurídicos, obliga a reducir el derecho penal al mínimo indispensable.

Esto es, el principio de subsidiariedad (*ultima ratio*), que reconoce al derecho penal como mecanismo extremo al que únicamente puede recurrirse cuando hayan fallado otros

mecanismos para la protección de los bienes jurídicos, lleva a la mínima intervención de esta rama del derecho.

Un Estado de derecho democrático social exige un equilibrio en la tutela de los bienes jurídicos, es decir, que exista una adecuada selección y ponderación de los bienes jurídicos a proteger penalmente, los que deberán custodiar valores de respeto esencial para las condiciones mínimas de convivencia.

Deriva de lo anterior que un Estado de derecho exige un equilibrio en la tutela de los bienes jurídicos, es decir, que exista una adecuada selección y ponderación de los bienes jurídicos a proteger penalmente.

Este equilibrio supone también, por tanto, desde un aspecto positivo, la obligación del Estado de no dejar desprotegidos bienes jurídicos esenciales para la sociedad.

Sostienen Barbosa Castillo y Gómez Pavajeau, en la obra citada, página 76, que el Tribunal Constitucional Alemán ha interpretado que "las normas sobre derechos fundamentales imponen al Estado deberes de protección y hasta el deber de sancionar" y, de igual manera, la Corte Constitucional colombiana ha establecido que la tipificación penal de conductas que vulneren derechos fundamentales es "una tarea ineludible de cualquier Estado que pretenda dar eficacia real a los derechos" (Sentencia C-587/1992). Afirman que de la sentencia C-133, de diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, también se desprende tal posición, al definirse la necesidad indefectible de penalizar el aborto, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional que reza:

"El derecho fundamental a la vida, cuya existencia se limita a constatar la carta política, es el más valioso de los bienes que se reconoce a todo individuo de la especie humana, y el sustrato ontológico de la existencia de los restantes derechos ... En efecto, si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal ... En virtud de lo anterior, el Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional."

En relación a tener a la vida como un bien jurídico tutelado y lo relativo a la *ultima ratio* del derecho penal, Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Mararée, en el libro "Nuevo Sistema de Derecho Penal", Editorial Trotta, Madrid, España, 2004, en la página 32 sostienen:

"En la sociedad las personas se relacionan de acuerdo con sus necesidades, sobre ellas se construyen interacciones de conflictos y surge el requerimiento social del mantenimiento de una determinada relación social de necesidad. Si el matar a otro se convierte en la forma de relacionarse, ello significaría precisamente la destrucción de las relaciones sociales. De ahí, entonces, que surjan ciertas relaciones sociales necesarias, como la vida, por ejemplo, que son fundamentales para la existencia y desarrollo de las personas. El reconocimiento de estas relaciones sociales resulta indispensable para la intervención del Estado; sólo podrá intervenir en la medida

en que se afecte una relación social determinada necesaria. El bien jurídico, en consecuencia, es una relación social concreta, sintético-jurídica, dialéctica y necesaria. Son bienes jurídicos, por tanto, en cuanto objeto de protección del derecho penal relaciones sociales concretas, sintéticas, dialécticas y necesarias, por ejemplo, la vida, la libertad y la salud. Es cierto que desde otras perspectivas, por ejemplo biológicas, la vida y la salud tienen otro significado y que la libertad, desde una perspectiva política, también, pero en cuanto objeto jurídico de protección del derecho penal son relaciones sociales en tanto que su protección resulta necesaria frente a la acción de otros. Son relaciones sociales sintético-jurídicas en cuanto implican un reconocimiento de las necesidades de existencia y desarrollo de las personas en sus relaciones sociales, que son siempre dinámicas, como son las necesidades que expresan y que por tanto están en un constante devenir dialéctico."

Sostiene la resolución mayoritaria que en relación con la regulación de las conductas por el legislador penal, de la Constitución derivan tres tipos: a) conductas que el legislador está constitucionalmente obligado a penalizar; b) conductas para las que está facultado para hacerlo, sin que esto implique la existencia de una obligación para ello; y c) conductas que tiene prohibido penalizar.

En relación a ello cabe señalar que conforme ha quedado analizado, en nuestro orden constitucional corresponde al Estado establecer un orden social que garantice los derechos humanos fundamentales, de los que derivan valores e intereses que deben ser objeto de protección por las leyes y como *ultima ratio* por el derecho penal, como sucede tratándose de la vida de todo ser humano.

Si bien el derecho penal no tiene porqué orientar todos los valores éticos de la sociedad, sí debe hacerlo tratándose de aquellos necesarios para la convivencia, es decir, la función del derecho —en general— no puede ser otra que la de posibilitar la existencia, entendiendo que ésta, referida al hombre, no es sino coexistencia. Se trata pues, de asegurar a todo individuo un ámbito material que posibilite la elección de aquello que desea ser o devenir.

Dicho en otras palabras, el derecho penal posibilita la libertad y dignidad humanas en la medida en que consigue crear un marco de seguridad que le permite al hombre ser aquello que ha elegido ser y, para ello, mediante la coerción, tutela los bienes jurídicos que son necesarios para implementar dicha elección.

No puede quedar, por tanto, al libre albedrío del legislador ordinario penalizar o no conductas que atenten contra valores mínimos esenciales de la sociedad, verbigracia, el homicidio, el secuestro, la violación, el aborto, etcétera. Cuando el bien jurídico protegido es esencial se requiere su protección desde el ámbito penal. Los delitos contra derechos naturales del ser humano, es decir, aquellos que tienen que ver con la vida, la salud y la integridad corporal de aquél tienen que ser objeto de penalización. ¿Sería constitucionalmente válido que en un Código Penal se dejara de tipificar como delito al homicidio, a las lesiones, a la violación, a la privación ilegal de la libertad e, incluso, al aborto?

Se aclara que la obligación legislativa de proteger los valores humanos fundamentales es independiente al tipo de sanción que proceda imponer y de la previsión, en su caso,

de sanciones jurídicas sustitutas o penas alternativas, así como del establecimiento de casos específicos que den lugar a excusas absolutorias o excluyentes de responsabilidad, lo que será tarea del legislador evaluar.

Por tanto, debe considerarse que la Constitución no contiene un listado taxativo de las conductas que el legislador ordinario está obligado a penalizar, de manera tal que, como se sostiene en la resolución plenaria, sólo en los supuestos que se contemplan existe obligación de hacerlo, como son, entre otros: el abuso a la orden relativa a que el Ministerio Público no puede retener por más de cuarenta y ocho horas al indiciado o de noventa y seis horas en caso de delincuencia organizada (artículo 16); los actos que atenten contra la libertad y privacidad de las comunicaciones privadas (artículo 16); la violación a la correspondencia que bajo cubierta circule por estafeta (artículo 16); la prolongación del plazo de detención ante autoridad judicial en perjuicio del indiciado (artículo 19); la incomunicación, intimidación o tortura del inculpado (artículo 20); el incumplimiento a una ejecutoria de amparo o la repetición del acto reclamado (artículo 107, fracción XVI); y las responsabilidades de los servidores públicos (artículo 109).

En efecto, la previsión en la Constitución de determinados supuestos en que el legislador deberá penalizar ciertas conductas no significa que sean los únicos de los que derive una obligación en tal sentido ya que, como se señaló, existen mínimos sociales que deben ser protegidos al consignar el artículo 1o., párrafo primero, constitucional, la obligación para todas las autoridades de salvaguardar las garantías que consagra y establecer en el artículo 25 constitucional la rectoría del Estado para buscar el desarrollo nacional y garantizar de esta

manera el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales.

Resulta incongruente sostener que haya sido intención del Constituyente obligar al legislador ordinario a penalizar conductas que atenten, por ejemplo, contra la privacidad de las comunicaciones y correspondencia, pero no así aquellas que atenten contra la vida de las personas, lo que claramente denota que no puede seguirse un criterio restrictivo o limitativo al respecto, es decir, que sólo exista para el legislador la obligación de sancionar desde el ámbito penal las conductas que expresamente se señalen en la Constitución.

La Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos sostuvo, durante la discusión del asunto en el Pleno de la Suprema Corte, que las garantías individuales sólo son oponibles frente al Estado, a las autoridades, mas no respecto de la actuación de los particulares, lo que tratándose concretamente del derecho a la vida significa que si bien la Constitución la protege, lo hace frente a la autoridad mediante la prohibición de la pena de muerte, pero no impone la prohibición a los particulares de privar de la vida a alguien, precisamente porque se trata de conductas de particulares cuya regulación corresponde al legislador ordinario por ser normas de contenido optativo para éste, esto es, a él corresponde determinar cuándo sí o cuándo no se va a establecer la punibilidad de esa conducta. En su voto concurrente expresamente señala:

"... Constitucionalmente, las normas, atendiendo a su contenido pueden ser: 3.1. De contenido necesario; 3.2. De contenido prohibitivo; y 3.3. De contenido optativo. ...

"3.3. Las de contenido optativo, son las disposiciones cuyo contenido queda a la ponderación del legislador, quien tiene que sopesar la situación económica, social, moral, política, etcétera. Por ejemplo, es obligación de los mexicanos contribuir para el gasto público ... pero la Constitución no determina qué impuestos debe establecer la autoridad legislativa; ... la normatividad secundaria puede o no establecer determinados cargos fiscales simplemente respetando, claro está, otros principios constitucionales como los de legalidad, equidad, proporcionalidad y destino al gasto público. Si la ley que los crea no cumple con estos principios, entonces el impuesto relativo será inconstitucional.

"... si por garantía individual entendemos que es el derecho público subjetivo que la Constitución reconoce a favor de los particulares quienes tienen el derecho a oponer al Estado su respeto a través del juicio de amparo; es válido afirmar que las garantías surgen de la relación gobernado (acreedor) y Estado (deudor), es decir de la relación entre particulares y autoridades. Por tanto, solamente son las autoridades las que pueden cometer violaciones a dichas garantías no así los particulares. Por ejemplo, si se priva de la vida a una persona por condena de sentencia jurisdiccional, la autoridad que lo ordene viola la Constitución que prohíbe la pena de muerte, pero si es un particular el que priva de la vida a otro, estamos en presencia de la comisión de un delito no de la violación a una garantía individual. ...

"Por tanto, la comisión de un delito no es tema de constitucionalidad, como sí podría serlo la violación de garantías por parte de la autoridad. ...

"Es decir, el establecimiento del tipo para efectos de sanción penal, de no estar expresamente determinado en la Constitución, son normas de contenido optativo, pues no es un contenido necesario, ni un contenido prohibido; por tanto, la circunstancia de que determinadas conductas sean o no consideradas como delitos sancionables penalmente, no vulnera la Constitución.

"Esa ponderación a cargo del legislador para determinar qué conductas pueden ser tipificadas como delitos sancionables con pena corporal, no puede considerarse constitucional o inconstitucional, simplemente no es materia de constitucionalidad. ..."

No se comparte el anterior criterio, que indica que los derechos fundamentales sólo tienen operatividad en las relaciones de subordinación entre el Estado y los particulares.

Si bien nuestra Constitución, por regla general, otorga derechos a los gobernados y deberes u obligaciones a las autoridades, también, excepcionalmente, se ocupa directamente de establecer deberes a los primeros, como son, entre otros, la prohibición de discriminación contenida en el artículo 2o., que constituye un mandato no sólo para las autoridades sino también para los gobernados; la prohibición que contiene el artículo 17 de que las personas se hagan justicia por sí mismas, la cual impone un deber social a los gobernados correlativo a la obligación de las autoridades de mantener tribunales expeditos para prestar el servicio de administración de justicia; el artículo 28 constitucional al prohibir la realización de prácticas monopólicas y, en lo que al caso interesa, el artículo 4o. constitucional en cuanto a la paternidad responsable.

Determinados derechos fundamentales nada más se tienen frente a los poderes públicos, verbigracia el derecho de petición; sin embargo, existen otros que también se tienen frente a los particulares, siendo los poderes públicos los últimos garantes de su respeto para cuando se falte por los particulares.

Tratándose del derecho a la vida, es claro que constituye un derecho oponible frente al Estado y los particulares, teniendo el primero el deber de establecer todos los medios para su debido respeto.

Resultan ilustrativas en este sentido las palabras de Antonio Pérez Luño en su obra "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución" (Madrid, editorial Tecnos, 1991, páginas 227 y 228):

"El Estado social de derecho implica también la superación del carácter negativo de los derechos fundamentales que dejan, de este modo, de ser considerados como una autolimitación del poder soberano del Estado para devenir límites que el principio democrático de la soberanía popular impone a los órganos que de ella dependen. Por tanto, el papel de los derechos fundamentales deja de ser de meros límites para la actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de su actividad positiva, ..."

Al respecto, Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau en la obra que ha sido citada con anterioridad (página 77 y siguientes), señalan:

"El criterio que indica que los derechos fundamentales no tienen operancia en las relaciones entre particulares ha

sido superado por la doctrina ...; así lo ha señalado la Corte Constitucional, al señalar que el abandono del liberalismo clásico para adentrarse en el Estado social, ha implicado que los derechos fundamentales adquieran una dimensión objetiva 'cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí ... el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas'; pronunciamiento que tiene que ver con la materia penal ... La necesidad de protección de los derechos fundamentales, y obviamente de los bienes jurídico-penales que originan aquéllos, está a cargo del Estado ..."

De igual manera, cabe citar la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, publicada en BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts), órgano oficial de publicación de las sentencias de dicho tribunal, tomo 39, páginas 1 y siguientes, en la que se determinó que las normas que garantizan derechos fundamentales contienen no sólo derechos subjetivos del individuo de defensa frente al Estado, sino que al mismo tiempo dan cuerpo a un orden de valores objetivo que, como decisión constitucional fundamental, tiene validez para todos los ámbitos del derecho e impone directivas e impulsos para la legislación, la administración y la judicatura; que los derechos fundamentales gozan de eficacia frente a terceros, inclusive, frente a la madre respecto de la vida en formación, que el Estado tiene la obligación no sólo de proteger sino también de adoptar una postura promotora o protectora de dicha vida; y que el principio de proporcionalidad, concretamente, la prohibición de brindar una protección insuficiente, impone al Estado la obligación

de adoptar medidas de carácter normativo y fáctico adecuadas y suficientes, a fin de brindar al embrión una protección efectiva.

Por tanto, sí existe obligación para el legislador ordinario de penalizar conductas que constituyen mínimos esenciales para la sociedad, entre ellas, las que atenten contra derechos naturales como lo es la vida humana.

Debe advertirse que el hecho de que un bien jurídico sea objeto de protección en el ámbito penal, como en el caso lo es la vida del producto de la concepción al tipificarse el delito de aborto por la Asamblea Legislativa, no significa que necesariamente tenga que imponerse pena privativa de la libertad a quien incurra en el delito relativo, lo que en todo caso tendrá que ser ponderado por el legislador. Esto es, que exista la obligación para el legislador de proteger un bien jurídico en el ámbito penal no significa que se encuentre constreñido a imponer determinada sanción, lo que queda dentro de su ámbito de valoración atendiendo a las circunstancias del caso y a la regulación que requiera la realidad social, lo que inclusive puede llevarlo a establecer excluyentes de responsabilidad o excusas absolutorias.

Así, carece de sustento la postura de la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, en primer lugar, porque los poderes públicos instituidos en el ejercicio de sus funciones sí tienen obligación de actuar positivamente para la preservación de un orden que garantice los derechos fundamentales y, específicamente, los derechos naturales del ser humano, como lo es la vida. Esto es, las garantías individuales no sólo imponen a la actividad estatal un límite negativo a su actuación, sino

también la obligación de que en el desarrollo de sus funciones actúen para la consecución del fin último que justifica la existencia del Estado social; máxime que las normas impugnadas en las acciones de inconstitucionalidad no solamente se limitan a encauzar la conducta de los particulares mediante su represión en la vía penal, sino que trascienden al actuar de las autoridades encargadas de la ejecución de la ley mediante la imposición de atender las solicitudes de interrupción de embarazos, por lo que el Estado se convierte en sujeto activo de la conducta que atenta contra el derecho natural a la vida del producto de la concepción.

En segundo lugar porque, con independencia de que sí existe la obligación del legislador de proteger desde el ámbito penal los valores esenciales como son los derechos naturales del ser humano, en el caso de las normas impugnadas fue el legislador ordinario, concretamente la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, la que decidió penalizar el aborto al tipificar este delito, lo que implica el reconocimiento de que la vida del producto de la concepción constituye un valor esencial que debe protegerse desde el ámbito penal, encontrándose tal decisión legislativa sujeta a los principios constitucionales.

En efecto, aplicando el ejemplo que cita la Ministra en relación a la libertad del legislador para determinar las cargas tributarias que deban imponerse para sufragar los gastos públicos, eso sí, sujeto a los principios constitucionales de legalidad, equidad, proporcionalidad y destino al gasto público, resulta claro que la decisión de la Asamblea Legislativa de tipificar el delito de aborto está sujeta al respeto de las garantías constitucionales aplicables, de las que resulta re-

levante destacar la no imposición de límites o restricciones al derecho a la vida humana, así como la igualdad y no discriminación por razón de edad.

VII. La asamblea legislativa violó el derecho a la vida y los principios de igualdad y no discriminación al tipificar el delito de aborto.

En el decreto impugnado en las acciones de inconstitucionalidad a que se refiere el presente voto, se modificaron los artículos 144 a 147 del Código Penal de la entidad, ubicados dentro del libro segundo, título primero "Delitos contra la vida y la integridad corporal", capítulo V "Aborto", en vigor al día siguiente de su publicación. El texto de los artículos 144, 145 y 146 es el siguiente:

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

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

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

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

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

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

Como se advierte, en la nueva definición del tipo del delito de aborto contenida en el artículo 144 impugnado, la conducta que da lugar al mismo es la interrupción del embarazo después de la décimo segunda semana de gestación, adquiriendo especial relevancia el concepto de embarazo, pues al conceptuarse éste como la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio, no se incluye dentro de la gestación al periodo que corre de la fecundación a la implantación.

El consentimiento o no de la mujer con la interrupción del embarazo influye no sólo en cuanto a la penalidad, sino también en la ubicación de la conducta descrita por el tipo general de aborto o por el tipo especial de aborto forzado que prevé el artículo 146.

En efecto, el aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer, por lo que en este tipo especial la protección de la vida del embrión o feto ya no se supedita a la edad gestacional de doce semanas, aunque por la definición legal que se da de embarazo a partir de la implantación del embrión en el endometrio no es objeto de protección en el periodo comprendido entre la fecundación y tal implantación.

Así, el consentimiento de la madre con la interrupción del embarazo es determinante para tipificar el delito de aborto o el de aborto forzado, pues:

a) Si existe consentimiento de la madre con la interrupción del embarazo, se incurrirá en el delito de aborto si dicha interrupción se realiza después de la décimo segunda semana de gestación, contadas estas semanas a partir de la implantación del embrión y no de la fecundación.

b) Si no existe consentimiento de la madre con la interrupción del embarazo, se incurrirá en el delito de aborto forzado siempre que se practique después de la implantación del embrión en el endometrio, que es cuando existe embarazo conforme a la definición que da el segundo párrafo del artículo 144.

Tal consentimiento también será relevante para efectos de la penalidad correspondiente.

En conclusión, con la nueva definición del tipo general del delito de aborto queda fuera de la protección legal en materia penal en el Distrito Federal:

a) El producto de la concepción en el periodo que corre de la fecundación a la implantación del embrión en el endometrio; y

b) El embrión implantado en el endometrio hasta la décimo segunda semana de gestación, contadas estas semanas a partir de la implantación, cuando la madre consienta la interrupción del embarazo.

Por tanto, se da una desprotección total en los periodos señalados al producto de la concepción, pues no se establecen casos concretos que por su situación excepcional den lugar a excusas absolutorias que impidan la imposición de penas o supuestos de excluyentes de responsabilidad que eliminen la antijuridicidad requerida para la configuración del delito, como los contemplados en el artículo 148 del Código Penal para el Distrito Federal.

Inclusive, al encontrarse establecido como un deber a cargo de las instituciones de salud pública del gobierno del Distrito Federal practicar las interrupciones de embarazos que las mujeres soliciten en los casos permitidos por el Código Penal del Distrito Federal, tal deber ya no se limitará a los supuestos de excluyentes de responsabilidad del delito de aborto contemplados en el numeral 148 de dicho ordenamiento, sino que comprende los supuestos que han quedado excluidos en la definición del tipo legal de aborto, a saber, las interrupciones de embarazo que la mujer desee realizar antes de que finalice la décimo segunda semana de gestación, computadas las semanas en los términos precisados.

En consecuencia, las porciones normativas de los primeros párrafos de los artículos 144 y 145 del Código Penal para el Distrito Federal, en cuanto precisan el delito de aborto y su penalidad, respectivamente, a partir del vencimiento de la décimo segunda semana de gestación, contadas las semanas desde la implantación del embrión en el endometrio, así como la del segundo párrafo del citado artículo 144 que establece el concepto de embarazo, violan el derecho a la vida humana al definir el tipo general de aborto y su penalidad, pues desatenden la configuración que del mismo deriva de la Constitución,

conforme a la cual su protección inicia con la concepción y no está sujeta a restricción o limitación alguna, ya que dejan sin protección la vida del producto de la concepción desde la fecundación hasta el término de la décimo segunda semana de embarazo, computadas en los términos aludidos.

De la imposición de una restricción al derecho a la vida humana que implica la tipificación del delito de aborto en los términos establecidos en las normas señaladas, se sigue, además de la violación a este derecho fundamental, la incompetencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para emitir las, pues sólo el Poder Reformador de la Constitución puede restringir esa garantía en los términos del artículo 1o. de la misma.

De igual manera, se violan los principios de igualdad y no discriminación al establecerse diferenciaciones por razón de edad gestacional sin justificación, pues nuestra Constitución protege la vida humana desde la concepción.

No obsta a lo anterior lo señalado en la resolución plenaria respecto a que no existe ningún mandato constitucional específico para la penalización de las conductas a que se refieren los preceptos impugnados ni razón jurídica argumentable que indique una potestad insuficiente de la Asamblea Legislativa para despenalizar aquellas conductas que hayan dejado de tener, a su juicio, un reproche social.

Lo anterior porque, como se ha analizado, el legislador ordinario está obligado a proteger, desde el ámbito penal, los bienes jurídicos que constituyen mínimos esenciales para la sociedad, lo que no solamente significa la obligación de

penalizar determinadas conductas, sino también la de no despenalizarlas, con independencia de que pueda prever excluyentes de responsabilidad, excusas absolutorias o la imposición de penas no privativas de libertad, sin que pueda quedar "a su juicio" o libre albedrío la determinación relativa a qué conductas atentatorias de mínimos sociales esenciales hayan dejado de tener un reproche social, lo que necesariamente debe quedar sujeto a un control constitucional para salvaguardar el orden jurídico y el Estado de derecho.

Se sostiene en la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia que:

"... la Asamblea Legislativa del Distrito Federal cuenta entonces con las facultades para determinar, por la mayoría de sus integrantes y mediante un debate abierto, las conductas que en el ámbito penal deben ser o no reprochadas y, dada la ausencia de una obligación constitucional expresa, es su responsabilidad realizar el balance de los diversos hechos, problemas y derechos que puedan encontrarse en conflicto. ... Si es esta evaluación realizada por el legislador en el ejercicio de sus facultades constitucionales de configuración legal la que debe respetarse por parte del Juez constitucional, este Tribunal Constitucional considera importante revisar los argumentos utilizados por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal ... la evaluación de las condiciones sociales y la ponderación realizada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es constitucional."

Deriva de lo anterior que en el engrose plenario se sostiene: a) la Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene facultades constitucionales para determinar las conductas

que deban ser penalizadas y despenalizadas; b) la evaluación que realice en el ejercicio de esta función debe ser respetada por el Juez constitucional; c) por tanto, es importante que el Tribunal Constitucional revise los argumentos en que se basó la Asamblea Legislativa; y d) la evaluación realizada por dicha asamblea es constitucional.

En relación con la primera afirmación, ésta ya fue contestada en el apartado anterior del presente voto, quedando de manifiesto que el legislador ordinario sí está obligado a penalizar aquellas conductas de los particulares que atenten contra los valores esenciales de la sociedad y, por ende, a no despenalizarlas.

La segunda y tercera afirmaciones son contradictorias dado que si el Juez constitucional debe respetar la valoración realizada por el legislador ordinario, ¿cómo es que resulta entonces importante proceder como Tribunal Constitucional a revisar los argumentos en que justificó la asamblea su decisión de despenalizar el aborto en una etapa gestacional? Asimismo, la segunda afirmación es contradictoria con lo sostenido en la sentencia en los siguientes términos:

"... Lo anterior no significa que el legislador sea absolutamente libre para despenalizar conductas, existen claros límites constitucionales, como el establecimiento de una descriminalización discriminatoria en términos del artículo 1o. de la Constitución Federal o que la o (sic) criminalización de la conducta se haga mediante ley privativa; además debe satisfacer los requisitos procedimentales y orgánicos y obedeciendo a un facultamiento previo. ..."

Nuevamente la sentencia se contradice al señalar en el último párrafo del considerando octavo que:

"... En cualquier caso, para esta Corte resulta determinante en el punto bajo análisis lo que hemos destacado anteriormente en otros apartados de esta resolución: cualquier declaración de inconstitucionalidad (en este caso por omisión) equivaldría a una decisión repenalizadora por parte de la Corte: supondría añadir condiciones o (sic) obstáculos a lo que los ciudadanos pueden hacer libres de la amenaza del derecho penal, y eso es algo que, por las razones subrayadas con anterioridad, este tribunal considera que corresponde de manera directa al legislador democrático local definir cuáles son las conductas que deben ser penalizadas ..."

No puede dejarse en libertad absoluta al legislador ordinario, pues ello implicaría dejar fuera de control constitucional sus actos e impedir que esta Suprema Corte de Justicia realice sus funciones propias de Tribunal Constitucional. La declaratoria de inconstitucionalidad de una norma penal o de una porción normativa de la misma no significa el ejercicio de una facultad penalizadora, sino de sujeción de la labor del legislador ordinario al orden constitucional. Bajo el criterio que sustenta la sentencia ningún caso tendría el análisis de constitucionalidad de las normas impugnadas ante la imposibilidad *a priori* de dar efectos a una determinación de inconstitucionalidad.

Por tanto, contrariamente a lo señalado en una parte de la sentencia —pues en otra se afirma lo opuesto—, debe partirse de la necesidad de que la labor del legislador ordinario de configuración legal se encuentre sujeta a control constitu-

cional, es decir, su libertad de configuración de los tipos penales se encuentra sometida a los principios constitucionales que deben ser respetados por toda autoridad y su actuación, en la sujeción a tales principios, debe poder ser revisada por el Juez constitucional para la salvaguarda del orden constitucional, sin detrimento de su libertad de configuración. No constituye una libertad ilimitada, sino una libertad sujeta a nuestra Ley Fundamental y, por tanto, con factibilidad de ser revisada a fin de ajustarla a nuestro orden constitucional.

En el caso, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal vulneró el derecho a la vida humana y los principios de igualdad y no discriminación, al desproteger en el ámbito penal en forma absoluta al producto de la concepción en sus doce primeras semanas de vida, arrogándose con ello facultades que no le corresponden al consignar una limitación al derecho a la vida, sin que ello pueda entenderse comprendido dentro de su libertad de configuración de los tipos penales, en tanto, como se ha analizado, su labor se encuentra sujeta a los principios constitucionales que debe respetar y que le imponen la obligación de proteger la vida humana de manera general, sin distinciones que impliquen discriminaciones, entre otras razones, por edad gestacional.

Lo anterior lleva a la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados con independencia de la ponderación que llevó a cabo la Asamblea Legislativa entre los derechos del *nasciturus* y los derechos de la mujer, pues su libertad de configuración penal no le permite imponer limitaciones al derecho a la vida humana del producto de la concepción, como lo es la desprotección total que lleva a cabo del producto de la concepción hasta el vencimiento de la décimo segunda semana

de embarazo, desprotección que claramente se diferencia de la facultad del legislador ordinario de establecer supuestos de exclusión de antijuridicidad o de punibilidad, en tanto ha sido prevista de manera general y no atendiendo a circunstancias concretas en que se realice una conducta. Se deja a voluntad de la madre la vida del producto de la concepción en las doce primeras semanas de embarazo en los términos que de tal concepto hace la Asamblea Legislativa, de manera general y sin sujeción a condición alguna; y sin consideración de la voluntad materna, en el periodo que corre de la concepción a la implantación del embrión en el endometrio.

Por tanto, se quebrantan los límites que en la propia sentencia se reconoce tiene el legislador ordinario para despenalizar conductas, al establecerse una descriminalización discriminatoria en términos del artículo 1o. constitucional y carecer la Asamblea Legislativa del Distrito Federal materialmente de facultades para imponer restricciones al derecho a la vida humana.

Con el criterio de los Ministros de la mayoría podría afirmarse que sería válido que se suprimiera de cualquier Código Penal el delito de homicidio, pues la Constitución no contiene precepto alguno que obligue a criminalizar tal conducta.

VIII. Inconstitucionalidad de la ponderación realizada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Aunque se partiera de la posibilidad de ponderación entre los derechos de la mujer y el concebido, tendría que concluirse en la inconstitucionalidad de la realizada por la Asamblea Legislativa, pues incumplió con los principios de razonabilidad

y proporcionalidad jurídica que el Pleno de la Suprema Corte ha determinado deben cumplirse para el desarrollo de los límites de las garantías individuales y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador en la jurisprudencia intitulada: "GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.", consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVI, diciembre de 2007, página 8.

Lo anterior porque, tal como se demostró en el proyecto, las previsiones que estableció la Asamblea Legislativa en los preceptos impugnados no resultan adecuadas, pues nulifican en forma absoluta el derecho a la vida del *nasciturus* en el periodo comprendido desde la fecundación hasta finalizar la décimo segunda semana de gestación, computadas las semanas a partir de la implantación del embrión en el endometrio, además de resultar innecesaria para alcanzar las finalidades legítimas perseguidas, en razón de que existen alternativas a disposición del legislador para dar debido respeto a los derechos de la mujer sin nulificar el derecho a la vida y salud del concebido.

Conforme a lo anterior, carecen de sustento jurídico los razonamientos en que se apoya la sentencia plenaria para justificar la ponderación que realizó la Asamblea Legislativa.

Debe resaltarse que los preceptos impugnados en las acciones de inconstitucionalidad no se refieren a embarazos forzados, sino a embarazos producto de relaciones sexuales libremente decididas.

En efecto, la interrupción del embarazo producto de una violación o de una inseminación artificial no consentida está contemplada como excusa absolutoria para la mujer en el artículo 148, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal, precepto éste cuya constitucionalidad no fue materia de análisis en la resolución plenaria, pues aun cuando su invalidez fue demandada de manera extensiva, en el punto resolutivo segundo se sobreescribió en torno al mismo. Este precepto establece las excluyentes de responsabilidad en el delito de aborto, así como que cuando se trate de embarazos resultados de violaciones o inseminaciones artificiales, embarazos eugenésicos y aquellos en que la mujer corra peligro de afectación grave a su salud, los médicos tendrán la obligación de proporcionarle información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos de la interrupción de un embarazo y de los apoyos y alternativas existentes, con el fin de que la mujer embarazada pueda tomar la decisión relativa de manera libre, informada y responsable, como se advierte de su texto que a continuación se transcribe:

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

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

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

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

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

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

Paralelamente al establecimiento de la excluyente de responsabilidad para el delito de aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial, se encuentra prevista la sanción penal correspondiente para aquel que por medio de violencia física o moral imponga relación sexual a la mujer o realice inseminación artificial, agravada ésta si da lugar a embarazo (el artículo 174 del propio código establece que se impondrá sanción de seis a diecisiete años de prisión al que por medio de violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo y el numeral 150 prevé prisión de cinco a catorce años para quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aun con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado

del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial y de ella resulta un embarazo). Los preceptos aludidos son del tenor siguiente:

"Artículo 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

"Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión."

"Artículo 174. Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a diecisiete años.

"...

"Si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, se impondrá la pena prevista en este artículo, en estos casos el delito se perseguirá por querrela."

Así, la libertad sexual de la mujer se encuentra protegida, incluso, dentro del matrimonio, en el cual puede darse el delito de violación conforme lo ha determinado la Primera Sala de la Suprema Corte en su jurisprudencia identificada con el número 1a./J. 9/94, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIII, febrero de 2006,

página 616, criterio éste que preserva tal libertad en la mujer casada. Dicha jurisprudencia señala:

"VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.—La institución del matrimonio tiene entre sus finalidades, la procreación de la especie, en virtud de lo cual, los cónyuges deben prestarse a la relación carnal, que como consecuencia lógica sólo concibe la práctica de la cópula normal; de tal manera que si el cónyuge la impusiera de manera anormal y violentamente, lesionaría la moral y la libertad sexual de su pareja, que en ningún momento consintió tales prácticas, y por ende, se configurará el delito de violación."

De igual manera, el artículo 466 de la Ley General de Salud dispone:

"Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge."

Consecuentemente, hablar de embarazos impuestos es desconocer toda la protección que la Constitución y las leyes secundarias dan a la mujer para que ejerza su libertad sexual, de la cual, como lógica consecuencia, pueden resultar embarazos, por lo que no hay posibilidad constitucional ni legal de imposición de embarazos.

Tal libertad sexual que nuestro orden constitucional y legal garantiza se encuentra sujeta a la condición de su ejercicio

responsable e informado, es decir, que la decisión relativa se tome de manera responsable e informada, por lo que no es posible hablar de embarazos impuestos a las mujeres que libremente mantienen y aceptan relaciones sexuales de las cuales pueda derivar un embarazo.

El artículo 4o. constitucional claramente señala en su segundo párrafo que: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos."

Por tanto, es claro que la libertad sexual debe ser responsable e informada.

Consecuentemente, al realizarse la ponderación, debe tomarse en cuenta, por una parte, que no se está ante supuestos de imposición de embarazos sino, en todo caso, ante un ejercicio no responsable de la libertad sexual de la mujer y, por la otra, que la libertad sexual se sujeta constitucionalmente a las condiciones de información y responsabilidad.

Partiendo de lo anterior, debe considerarse que hay derechos constitucionales tanto para el concebido como para la mujer.

Los derechos de la mujer que están en juego son los de sexualidad, maternidad, libre disposición del cuerpo y el de forjarse un plan de vida propio, los que pueden entrar en una supuesta o aparente colisión con el derecho al nacimiento de un nuevo ser humano gestado en su vientre. Los derechos del *nasciturus* son los de la vida y la salud.

Los derechos del *nasciturus* los posee sólo por ser. No tiene obligación alguna para gozar de estos derechos. El concebido simplemente es, pero no puede ser sujeto de ningún deber.

En cambio, el artículo 4o. constitucional contempla obligaciones a cargo de la mujer para disfrutar de sus derechos, a saber, en los términos que han quedado analizados con anterioridad, el de información y responsabilidad.

Se afirma que los embarazos pueden afectar el plan de vida de las mujeres, pero el plan de vida debe relacionarse con el ejercicio de la sexualidad; tiene que ser un plan responsable y no un plan de vida generado de momento, sin previsión alguna en relación con el embarazo. Como ejemplo en este sentido puede citarse la Escuela de Enfermería Militar que prohíbe a sus estudiantes embarazarse durante el plazo de duración del curso: esto es un plan de vida, quien quiera estudiar esta carrera, determina anticipadamente no embarazarse y existen muchas maneras de evitar el embarazo, pues los métodos anticonceptivos son abundantes, publicitados en medios masivos de comunicación social, ofrecidos gratuitamente por las instituciones de seguridad social a la población abierta de mujeres mexicanas.

Se sostiene que la despenalización del aborto permite brindar a las mujeres la atención médica debida en vez de que, clandestinamente, acudan a sitios totalmente inadecuados a practicarse el aborto, problemática a la que se enfrentan básicamente las mujeres que padecen pobreza.

La problemática de pobreza, ignorancia y marginación que se aduce como causa motivadora de la despenalización del

aborto no justifica la disposición de la vida del *nasciturus* que nuestra Constitución protege, además de que con ello no se contribuye a la solución de tales problemas al no constituir una medida que las corrija.

Las mujeres tienen a su disposición diversos medios efectivos para evitar los embarazos no deseados y debe tomarse en cuenta que las disposiciones impugnadas han sido emitidas para el Distrito Federal, entidad que tiene la población urbana mejor informada de la República mexicana, por lo que es claro que en realidad se está alentando la práctica rutinaria e irresponsable de abortos, máxime si se considera que existen diversas alternativas a disposición de la mujer que no desea al hijo que concibió, como se destacó en el proyecto que se sometió a la consideración del Pleno, verbigracia, la adopción, debiendo tenerse presente que el deber primario para con el niño es de los ascendientes, tutores y custodios, pero subsidiariamente también es responsabilidad del Estado y de la sociedad en general, tal como deriva del último párrafo del artículo 4o. constitucional al contemplar la obligación del Estado de otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Debe añadirse que la razonabilidad que se pretende derivar de la existencia de un número significativo de abortos clandestinos —lo que por cierto nunca llegó a acreditarse— también resulta inaceptable. Por una parte, es obvio que, en los términos de la legislación que se analiza, ya no existirán abortos clandestinos en el periodo referido de doce semanas iniciales a partir de la gestación, puesto que jurídicamente, conforme al vocabulario que se introduce, si se interrumpe el embarazo dentro de ese periodo no podrá incurrirse en aborto,

naturalmente cumpliéndose con el requisito de la autorización de la mujer embarazada. En cuanto a las interrupciones, sin el consentimiento de la mujer embarazada, durante todo el embarazo, y aun con su consentimiento después de las doce semanas, así como cuando se produzca el delito de aborto forzado, incluso, durante las repetidas doce semanas iniciales, subsistirán las mismas condiciones anteriores a las reformas de que se trata y no se advierte cómo puede combatirse lo relacionado con los abortos clandestinos.

Las consecuencias de privar a la mujer de la oportunidad de decidir sobre su cuerpo y la vida del producto de la concepción son remediables, no así las derivadas de privar de la vida a un individuo en gestación.

Es claro que los derechos de libertad no deben anteponerse a la vida de un ser humano, al ser ésta condición necesaria para la existencia de todos los derechos.

Se aduce en la sentencia plenaria que en el derecho comparado se advierte la tendencia legislativa de establecer hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo o límites a la persecución legal del aborto como resultado de la ponderación entre los bienes en conflicto.

Con independencia de cuál sea la tendencia legislativa de otros países en torno al aborto, lo cierto es que el legislador ordinario debe ajustar su actuar a nuestra Constitución Política, la cual protege la vida del producto de la concepción, por lo que no puede adoptar medidas contrarias a ello. Además, el derecho internacional pugna por la protección y salvaguarda de los derechos humanos, por lo

que éstos no pueden negarse al *nasciturus*, máxime que el Estado mexicano ha suscrito diversos convenios internacionales referidos con anterioridad, en los que ha adquirido el compromiso de proteger al concebido, por lo que adoptar medidas que contradigan dicha protección resulta violatorio de los compromisos internacionales adquiridos.

Por otra parte, debe advertirse que la resolución plenaria, no obstante reconocer que el legislador ordinario en la despenalización de conductas se encuentra sujeto al límite constitucional establecido en el artículo 1o. constitucional, es decir, a no establecer una descriminalización discriminatoria, omite analizar si la distinción que en la tipificación del delito de aborto en razón de la edad gestacional (doce semanas) no constituye una violación a esta preceptiva constitucional, pues únicamente afirma que la asamblea tomó en cuenta el incipiente desarrollo del embrión y la seguridad y facilidad de la interrupción del embarazo sin graves consecuencias para la salud de la mujer, sin analizar la distinción que implica entre los seres humanos en gestación.

La distinción antes aludida tampoco fue examinada en el apartado II de la resolución del Pleno intitulado "¿Violan las disposiciones impugnadas el principio de igualdad?", en el que sólo se analiza la violación a ese principio en relación con el padre al no contemplar su participación en la decisión de interrupción del embarazo y respecto de las menores de edad por no establecerse un régimen especial cuando sean éstas las que deseen interrumpir el embarazo, soslayando la violación al principio de igualdad por lo que se refiere al producto de la concepción al establecerse diferenciación por edad gestacional.

Además, resulta claro que las disposiciones impugnadas, contrario a lo sostenido en la resolución mayoritaria, vulneran los derechos del padre del ser humano en gestación al dar decisión unilateral a la mujer en la determinación de interrumpir el embarazo, concretamente los de igualdad del hombre y la mujer ante la ley y el derecho de ambos a decidir sobre el número de hijos que desean tener, consagrados expresamente en el artículo 4o. constitucional, al privarlo de la oportunidad de proteger al individuo de cuya concepción formó parte.

Por las razones expuestas, la ponderación del supuesto conflicto entre los derechos de la mujer embarazada y los del *nasciturus* es incorrecta, debiendo añadirse lo siguiente:

1. La vida es la condición necesaria para la existencia de todo derecho.

El reconocimiento constitucional del derecho a la vida se encuentra en cada una de las garantías individuales. El derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a la igualdad, a la vivienda, a un juicio justo, a la propiedad, a la libertad, así como el resto de derechos reconocidos en el título primero de la Carta Magna tienen como propósito último procurar las condiciones necesarias para que toda persona pueda vivir adecuadamente. Cada una de esas garantías tiene como propósito influir en un aspecto determinado para que éste garantice o no afecte el desarrollo de una vida humana.

Lo anterior no es una falacia, no es lo mismo que decir que el derecho a la alimentación es más importante porque de éste depende la vida. Al contrario, el mismo ejemplo

corroborar lo dicho anteriormente: la vida es el origen de cada una de las garantías individuales y éstas a su vez tienen como propósito final proteger la vida del ser humano. En el caso de la alimentación, un ser humano se puede alimentar porque está vivo, mientras que el derecho a la alimentación tiene como propósito último proteger su naturaleza viva.

Aun en caso de que esté en peligro el ejercicio de cualquier otro derecho, no se puede privar de la vida a ninguna persona, ya que esta privación sólo puede ser absoluta y permanente mientras que la privación de cualquier otro derecho puede ser restaurada.

Incluso en el caso de la legítima defensa no existe una limitación constitucional al derecho a la vida, solamente estamos ante una excluyente de ilicitud para quien priva de la vida a otro, pero porque del otro lado de esta confrontación está su propia vida.

De esta suerte, la vida no puede ser sopesada en una balanza frente a cualquier otro derecho, dada su naturaleza y la del acto de su privación (permanente, irremediable y absoluta), a diferencia del carácter remediable que tiene cualquier otra situación.

2. El embrión es un ser humano titular de los derechos a la vida e igualdad.

El embrión en etapa de gestación es un individuo, no es medio humano, sino un ser humano en una etapa de crecimiento muy temprana. No importa su apariencia física; no importa si no tiene ojos, corteza cerebral, piernas o manos;

estas circunstancias son sólo producto de su edad, de que apenas se está desarrollando. Así se desprende de las respuestas dadas por los médicos encargados de desahogar la prueba pericial médica en materia de concepción y vida humana en el seno materno. Incluso es relevante destacar la respuesta dada por el doctor Jesús Kumate Rodríguez a la pregunta dos: "A partir de la novena semana se inicia la etapa fetal en la que se manifiestan preponderantemente acciones de crecimiento y no de diferenciación".

Como todo ser vivo, el ser humano está en constante crecimiento, su aspecto físico no puede tomarse en cuenta como elemento para definir si es humano o no. ¿Acaso una persona sin canas o sin arrugas no es humano por la falta de esas características?, definitivamente no, éstas son producto de la edad.

En otras palabras, un embrión de doce semanas, uno de veinticuatro o uno de treinta y seis o un bebé de un año se diferencia de la misma forma que una persona de doce años, una de veinticuatro, una de treinta y seis y una de setenta. Su distinción radica únicamente en su etapa de desarrollo, en su edad, no en su naturaleza. Su información genética permanecerá inmutable durante su gestación, nacimiento, niñez, juventud, vejez y muerte. De ello se derivan dos situaciones:

En primer lugar, que el individuo en etapa de gestación, etapa en la que todos los seres humanos estuvimos, ya que forma parte de nuestro desarrollo natural, es, como el resto de individuos, titular de derechos, entre los que se encuentra el derecho a la vida.

En segundo lugar, que el individuo de once semanas de gestación tiene la misma naturaleza y calidad de ser humano que el individuo que tiene trece semanas de gestación, solamente se diferencian por la etapa de crecimiento en la que se encuentran, dada su edad gestacional, de ahí que permitir la privación de la vida al primero únicamente siguiendo el criterio de edad, se traduce en discriminación hacia el mismo.

3. Las consecuencias de la libertad sexual ejercida con irresponsabilidad deben ser asumidas por su causante.

Todo ser humano debe ser responsable del ejercicio de sus libertades y esta responsabilidad no significa que se limiten sus derechos, simplemente que si el uso de la libertad de uno trasciende a la esfera jurídica de otro, el primero debe responder por esa afectación.

En el caso del embarazo no deseado, distinto a un embarazo forzado producto de una violación, tanto la mujer como el hombre con el que concibe ejercieron su libertad sexual; hoy en día resulta prácticamente imposible negar que los mayores de dieciocho años saben que ese es el camino para la reproducción, por lo que, al ejercerla, saben de las consecuencias que se pueden producir.

Una pareja que ejerce su libertad sexual sin fines de reproducción y que no toma las medidas anticonceptivas necesarias para evitar el embarazo ejerce irresponsablemente esa libertad y, por ende, debe pagar las consecuencias de ello. No es un embarazo forzado, libremente se ejerció la cópula, pero de ese ejercicio se originó un nuevo ser humano, ante quien debe responder.

Legalizar el aborto para proteger estos ejercicios irresponsables de libertad sexual no hace más que incentivarlos y aumentar el número de vidas que se privarán para que la mujer y el hombre no carguen con las consecuencias por el resto de su vida.

Si bien la mujer es la que soporta la mayor carga con estas responsabilidades, existen disposiciones legales mediante las cuales se puede hacer partícipe de éstas al padre, pues ambos se encuentran obligados a la manutención de sus hijos, además de las alternativas con que cuentan, como lo es la adopción.

Si en la práctica las madres son las que mayoritariamente llevan la carga, no corresponde a la ley afectar permanente y absolutamente a un tercero ajeno a la problemática para restaurar el equilibrio social. Si así fuera, se despenalizaría que un culpable de intento de homicidio matara a la víctima para que no lo denuncie, y así evitar que tenga que cargar por el resto de su vida (encarcelamiento) con las consecuencias de sus actos.

Quizás sea cierto que el embarazo sea una especie de esclavitud, ¿pero acaso no todos somos productos de un embarazo?, ¿acaso será válido para una mujer embarazada aniquilar la vida que lleva adentro?

En el mismo tenor, ¿acaso no producirá las mismas consecuencias en la vida de la madre un embrión de doce semanas que uno de trece? ¿Acaso no producen la misma "esclavitud" cualquier tipo de embrión y cualquier bebé recién nacido?

La respuesta a estas preguntas nos demuestra una vez más el trato diferenciado que existe entre un bebé de doce semanas de gestación y uno de trece. Asimismo, nos demuestra que las supuestas causas que utilizó la mayoría para considerar constitucional el texto de las normas impugnadas no son válidas, ya que las mismas aplican para los embriones de cualquier etapa de gestación e incluso para los recién nacidos, pero tan sólo afectan a los individuos que tienen menos de trece semanas de gestación.

4. La decisión unilateral de la madre para interrumpir el embarazo afecta los derechos del padre reconocidos en el artículo 4o. constitucional.

Los artículos 144 y 145 materia de las acciones de inconstitucionalidad crean el derecho unilateral de la madre para destruir la vida del producto de la concepción. Esta circunstancia es violatoria de los derechos del padre para formar una familia y decidir libremente el número de hijos que quiera tener.

En efecto, así como la responsabilidad de manutención de los hijos debe ser compartida entre los padres, también lo es que el derecho para decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos corresponde a ambos.

La posibilidad de la madre de decidir unilateralmente sobre la muerte del producto en gestación menoscaba ese derecho del padre, cuya voluntad no es tomada en cuenta al respecto.

Así como la concepción fue realizada por dos personas, resulta ilógico que el resultado de la misma no sea compartido

entre las dos personas que la produjeron. Si el ejercicio fue irresponsable, ambos debieran cargar con las consecuencias, pero si se decide que es mejor matar a un ser humano a que dos personas carguen con las consecuencias de sus actos libres, por lo menos se debería escuchar a las dos partes que intervinieron en la creación del nuevo ser humano.

Por ello, se considera que las normas impugnadas son violatorias del artículo 4o. constitucional, ya que el derecho de decidir sobre el número de hijos y su espaciamento no es único de la madre, ya que el Texto Constitucional no hace tal distinción, por lo que el legislador ordinario no la debe realizar.

IX. Refutación a los votos concurrentes.

En relación a los temas tratados, referentes a si la Constitución consagra el derecho a la vida humana, si protege al producto de la concepción, si existe obligación del legislador de penalizar determinadas conductas y, concretamente, la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas de gestación, así como la labor de ponderación entre los bienes en conflicto en el delito de aborto, los Ministros de la mayoría que se pronunciaron por sostener la constitucionalidad de las normas impugnadas, en sus votos concurrentes sostuvieron, en esencia, lo siguiente:

1) Ministro Juan N. Silva Meza: Para enfrentar el estudio de constitucionalidad de las normas impugnadas es indispensable identificar los derechos o bienes constitucionales que se encuentran en conflicto. Los derechos fundamentales son todos de la misma jerarquía, por tanto, el reconocimiento

del derecho a la vida no significa que sea absoluto y que no sea susceptible de ser balanceado con otros derechos o limitado en atención a intereses estatales. Atender únicamente a los derechos del embrión, como lo hace la minoría de los integrantes del Pleno, provoca que sólo en vía de consecuencia se analice la problemática de la mujer, lo que implica demeritar y soslayar sus derechos fundamentales, siendo los que están en juego, en el caso, la vida, salud, igualdad, no discriminación, libertad sexual y reproductiva, autodeterminación e intimidación. La protección constitucional a la continuación del proceso de gestación tiene sustento en los artículos 4o. y 123 constitucionales. Dada la ausencia de definición constitucional expresa del momento en que debe brindarse protección a la vida, el legislador debe ponderar los derechos en conflicto en ejercicio democrático. No existe disposición constitucional que establezca que la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas deba ser sancionado en el ámbito penal. El ejercicio de ponderación realizado por el legislador penal se circunscribe al ámbito penal y es proporcional y racional. Si el Estado no ha cumplido con su obligación constitucional de educar en materia sexual y reproductiva y ha sido insuficiente en garantizar un acceso pleno a los métodos anticonceptivos, además de que no existe un método cien por ciento seguro, no puede reprocharse a la sociedad un ejercicio irresponsable de la libertad reproductiva mediante la penalización absoluta.

2) Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos: La Constitución contiene tres tipos de normas: a) las que crean órganos del Estado y establecen y delimitan sus funciones; b) las que prevén los procedimientos de creación jurídica; y c) las que establecen los contenidos de las normas secundarias. Los dos

primeros tipos configuran la parte orgánica de la Constitución y el tercer tipo su parte dogmática, dentro de la que se encuentran las garantías individuales.

Atendiendo a su contenido, las normas pueden ser: a) de contenido necesario, que suponen situaciones que obligatoriamente debe establecer la norma; b) de contenido prohibitivo, que incluyen en su normatividad alguna prohibición expresamente establecida; y c) de contenido optativo, cuyo contenido queda a la ponderación del legislador, quien tendrá que sopesar la situación económica, social, moral, política, etcétera.

Por garantía individual se entiende el derecho público subjetivo que la Constitución reconoce a favor de los particulares, quienes tienen el derecho de oponer al Estado su respeto a través del juicio de amparo. Así, las garantías surgen de la relación entre gobernado (acreedor) y Estado (deudor), por lo que sólo son las autoridades quienes pueden cometer violaciones a dichas garantías. Los particulares no pueden violar garantías individuales y, por ello, la conducta que éstos adopten no plantea temas de constitucionalidad. Además, salvo preceptos expresos que determinan supuestos de sanción penal expresa, no existe artículo alguno en la Constitución que establezca las conductas que deben ser tipificadas como delitos, por lo que se trata de normas de contenido optativo.

La ponderación a cargo del legislador para determinar qué conductas pueden ser tipificadas como delitos sancionables con pena corporal no puede considerarse constitucional o inconstitucional, pues simplemente no es materia de constitucionalidad.

Los preceptos impugnados no pueden considerarse violatorios de los artículos 14 y 22 de la Constitución, pues la prohibición de la pena de muerte fue establecida para las autoridades y no para los particulares. Si una ley establece que se prive de la vida a una persona, esa ley será violatoria de la Constitución; si un particular priva de la vida a otro no viola la Constitución, sino que comete un acto delictivo al encontrarse tipificada esa conducta.

Por tanto, los conceptos de invalidez son inoperantes porque no plantean un problema de constitucionalidad, sino de legalidad al tratarse de normas de contenido optativo.

3) Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas: El estudio debe partir del reconocimiento de la vida como un derecho y no como un bien constitucional e internacionalmente protegido, por lo que debe atenderse a los precedentes en los que el Pleno ha determinado los requisitos que deben cumplirse para el desarrollo de los límites de los derechos fundamentales y la regulación de sus posibles conflictos. Cuando existe un conflicto entre normas constitucionales que propician soluciones distintas, éste no puede resolverse con los tradicionales criterios de antinomias, pues la Constitución no establece un sistema de prioridades o excepciones absolutas entre sus normas, las que gozan de igual jerarquía y sin que ninguna pueda prevalecer a costa del sacrificio desproporcionado de otras. Las colisiones entre estas normas se superan considerando el peso e importancia de cada una en el caso que se juzga, buscando una solución armonizadora. En la mayoría de los casos este tipo de solución no es posible y, por tanto, el resultado de la ponderación —también llamado juicio de razonabilidad— consiste necesariamente en dar preferencia a uno de los principios en pugna.

En el caso, los derechos fundamentales de la mujer que se encuentran en pugna con el derecho a la vida del *nasciturus* son la salud, la vida, la dignidad, la libertad reproductiva, la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad.

La medida que no criminaliza la interrupción del embarazo resulta idónea o adecuada para salvaguardar los derechos de las mujeres, porque ofrece la oportunidad de decidir sobre la no imposición de un embarazo sin criminalización de su interrupción, implementando, a su vez, medidas que optimicen las condiciones de atención médica que protejan su vida y salud, sin que esta posibilidad sirva al Estado para imponer nada a las mujeres, ni continuar el embarazo, ni interrumpirlo de manera forzada, además de que no faculta a la autoridad para privar de la vida.

La medida que obliga a la culminación del embarazo bajo la amenaza de la penalización de su interrupción, no constituye un medio idóneo para proteger el derecho a nacer del producto de la concepción, porque de cualquier forma las mujeres que no quieran estar embarazadas se someterán a un aborto, pero en condiciones riesgosas para su vida y su salud, por lo que la penalización es totalmente ineficaz.

Por ello, el Estado debe instrumentar políticas públicas integrales y eficaces en materia de salud reproductiva y educación sexual para evitar embarazos no deseados y combatir la discriminación a las mujeres por causas económicas, biológicas y sociales.

Existe una norma ineludible: la protección de la vida, por lo que el aborto consentido es la excepción y se justifica a

partir de la no imposición de un embarazo no deseado en condiciones que perjudiquen la vida y la salud de la mujer y que la lleve a someterse a tratos crueles, inhumanos y degradantes.

La imposición del embarazo a través de la penalización de su interrupción no se ajusta a la pauta de necesidad porque constituye la medida más dañina para los derechos de las mujeres al eliminarlos. La despenalización del aborto hasta la duodécima semana de gestación también es la medida más dañina para el derecho a nacer del producto de la concepción, pero el establecimiento de una temporalidad encuentra sustento científico y resulta menos riesgoso para las mujeres.

El principio *pro homine* es aplicable tanto a los derechos del concebido como a los de la mujer, por lo que debe acudirse a los principios *pro libertate* y *pro legislatore*, que resultan determinantes en cuanto a los derechos de la mujer.

La sociedad democrática asume el pluralismo valorativo y rechaza que algún grupo imponga a otros sus creencias. Las posturas morales o absolutistas plantean el problema del aborto a la luz de un solo valor que no admite excepciones: la vida del producto de la concepción, desconociéndose los derechos de la mujer y las consecuencias no queridas que produce la penalización, además de su ineficacia, lo que resulta inaceptable en un país plural. Desde una ética laica tenemos que pensar en el aborto como un problema complejo y ser sensibles tanto a las consecuencias que ha producido el penalizar el aborto como a las derivadas de su despenalización.

Existe duda razonable sobre el estatus del embrión y del feto y, en cambio, es incontrovertible que la mujer es una persona con derechos consagrados de manera expresa en la Constitución y que la penalización del aborto la coloca en una situación de vulnerabilidad, en la que es víctima al afectarse su salud y su autonomía.

4) Ministro Genaro David Góngora Pimentel: La penalización del aborto equivale a una obligación de hacer, el Estado impone su fuerza para obligar a una mujer a continuar con su embarazo y convertirse en madre. Las razones por las que una mujer se embaraza corresponden a su intimidad o a situaciones adversas que, por tanto, no compete al Pleno evaluar, máxime que ello implicaría conceder al Estado distintos grados de intervención en las decisiones internas o externas de sus gobernados, lo que atenta contra los derechos de libertad e intimidad.

Las razones por las que una mujer arriesga su salud y vida y transgrede la ley penal acudiendo al aborto clandestino se encuentran en el círculo vicioso de la desigualdad, la marginación, la discriminación o diversas circunstancias que sólo pueden resentir las mujeres y sus cuerpos.

La penalización del aborto genera un manifiesto estado de desigualdad entre los varones y las mujeres, porque no pueden existir sanciones que deriven de diferencias biológicas, lo que obliga a evaluar el asunto desde la perspectiva de género.

Desde luego, existe conflicto entre el bien jurídico tutelado embrión menor de doce semanas y la mujer que lo en-

traña en su cuerpo, pero mayor es el conflicto que produce la cifra de mujeres vinculadas con el aborto; éste es un tema de salud pública reconocido por el Estado mexicano, que no debe involucrarse con corrientes o posturas ideológicas; es un tema de derechos humanos y fundamentales de la mujer.

Los cuestionamientos sobre la posición y reconocimiento del embrión no viable o menor de doce semanas es complejo y no existe consenso al respecto, pero no hay duda de que las mujeres son personas, seres humanos a los que debe reconocerse la calidad de ciudadanas responsables de las decisiones que recaen directamente en sus cuerpos, vidas y proyectos, sin que medie sanción penal.

Cuando el Estado mexicano impone por la vía penal la culminación de un embarazo restringe una serie de derechos fundamentales de las mujeres y las coloca en considerable desventaja al no permitirles ejercer su autonomía y ciudadanía plenamente.

La Constitución prohíbe la esclavitud y la discriminación en su artículo 1o. El embarazo forzado, en algunos casos, implica una forma de esclavitud porque impone a la mujer un periodo de gestación en contra de su voluntad, con implicaciones para el resto de su vida.

La penalización de la interrupción voluntaria de un embarazo menor de doce semanas discrimina:

a) En razón de género, al obligarse a la mujer a culminar un embarazo bajo la amenaza de pena criminal.

b) En razón de edad, porque no se respeta el momento biológico y físico en el cual una mujer se siente lista para disfrutar de la maternidad, destacándose el derecho de las niñas de no ser madres.

c) En razón de condición social, pues los problemas de salud que generan los abortos inseguros tienen mayor impacto en las mujeres pobres.

d) Por motivos de salud, pues las mujeres que acuden a un aborto inseguro no cuentan con un control sanitario adecuado ni servicio médico en caso de complicaciones.

e) Por motivos de religión, opinión o preferencia, porque no existen criterios objetivos, consensuados y razonables para valorar al embrión como persona y, no obstante ello, se establece una valoración por el derecho penal.

f) Por el estado civil, pues se promueve un trato diferenciado entre las mujeres casadas y solteras que deciden interrumpir un embarazo, al estimarse que las primeras están obligadas a tener los hijos concebidos en el matrimonio y respecto de las segundas se estimula la crítica social.

Así, la penalización del aborto atenta contra la dignidad de las mujeres y menoscaba sus derechos y libertades. En cambio, no existe justificación lógico-jurídica para determinar que el embrión menor de doce semanas es un individuo-persona que pueda anteponerse y restringir los derechos de las mujeres nacidas. El embrión es un bien jurídico que no queda desprotegido por la ley, salvo cuando la mujer decida no continuar su embarazo.

El programa de interrupción legal del embarazo trasciende a los diferentes sectores de la población, beneficia a sectores vulnerables generándoles un servicio de salud pública, contribuye en la educación de los derechos sexuales y reproductivos al formar parte de una política integral que brinda información a la mujer que solicita la interrupción del embarazo sobre opciones anticonceptivas, por lo que respeta el artículo 3o. de la Constitución.

La penalización de la interrupción del embarazo a petición de la mujer viola los artículos 1o. y 4o. constitucionales, pues desde la perspectiva de género hace una distinción negativa a partir de una diferencia biológica entre el hombre y la mujer.

El derecho de procreación y, concretamente, la maternidad, constituye un ejercicio de libertad que no puede ser inferido o influenciado y, mucho menos, impuesto por la vía penal. No puede otorgarse a un tercero (el padre o la pareja de la mujer embarazada o los padres de una menor), intervención en la decisión de interrupción del embarazo, pues ello atenta contra la intimidad sexual y libre maternidad.

La despenalización del aborto hasta las doce semanas y el servicio público que brinda la interrupción del embarazo constituye un derecho de salud pública vinculado con el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El principio de progresividad obliga al Estado a mejorar la situación en el goce y ejercicio de los derechos humanos y la prohibición de reducir sus niveles de protección vigentes

o de derogar los existentes; por tanto, es principio fundamental en la materia la prohibición de regresividad.

La interrupción legal del embarazo no cumple con este requisito, porque no hay elementos consensuados, jurídicos y fuertemente razonables que determinen la existencia del derecho a la vida del producto de la concepción y obliguen a su defensa por la vía penal.

El artículo 123, apartados A, fracciones V y XV, y B, fracción IX, inciso c), de la Constitución, que prevé los derechos de las mujeres trabajadoras embarazadas, es producto de las luchas de las obreras durante las primeras décadas del siglo XX para exigir la igualdad laboral, por lo que resulta irónico que con base en él se restrinjan los derechos que les permiten ejercer y consolidar su autonomía y verdadera ciudadanía.

Los motivos que propiciaron la reforma constitucional que dio origen al artículo tercero transitorio del decreto que reformó los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución en materia de nacionalidad, publicado en el Diario Oficial de la Federación de veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete, no pueden establecer que se reconoce el derecho a la vida del producto de la concepción, pues la redacción del citado artículo 30 exige el nacimiento como requisito de la nacionalidad.

En relación con los instrumentos internacionales que se citan en el proyecto de resolución sometido a la consideración del Pleno, se destaca que ni el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ni el Sistema Universal de Derechos Humanos

han declarado jamás que el Estado esté obligado a proteger sin excepción la vida desde el momento de la concepción o esté obligado a prohibir y penalizar la interrupción voluntaria del embarazo.

5) Sergio Armando Valls Hernández: Los conceptos de protección a la vida y derecho a la vida no deben utilizarse como sinónimos a efecto de concluir que la Constitución establece una protección absoluta e ilimitada a la vida.

La vida, como bien protegido, deriva del contenido de la Constitución en cuanto que sin ella no pueden existir los derechos fundamentales. El derecho a la vida, como derecho subjetivo, supone la titularidad para su ejercicio, la cual está restringida a la persona humana, en contraposición a la vida en general que comprende a quienes no han alcanzado esa calidad.

La calificación o no del *nasciturus* como persona jurídica y el establecimiento de cuándo inicia la vida no constituyen aspectos sobre los que el Pleno deba pronunciarse, pues la problemática debe centrarse sólo en el aspecto constitucional.

La Constitución protege la vida sólo dentro de los límites de la existencia de una persona y en los procesos biológicos que ocurren dentro de su vida.

El artículo 1o. constitucional establece atribuciones del individuo, como la igualdad ante la ley y la no discriminación, relacionados con la persona susceptible de tener derechos y obligaciones. Los artículos 14 y 22 constitucionales se refieren a la protección de la persona y no a la vida humana.

El artículo 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), establece medidas especiales y obligaciones al patrón respecto de la mujer embarazada que no se traducen en una protección directa del no nacido y, menos aún, absoluta o prevalente sobre la mujer embarazada.

Si la Constitución reconoce el ejercicio de los derechos fundamentales a partir de la existencia del individuo, la protección general de la vida como bien constitucional, en cuanto vida potencial, no es ilimitada ni absoluta frente a tales derechos.

De igual manera, los tratados internacionales no establecen que el *nasciturus* sea una persona humana, titular del derecho a la vida, ni brindan una protección a su vida absoluta o irrestricta.

Consecuentemente, debe ponderarse la protección constitucional de la vida en gestación con los derechos fundamentales de las mujeres que están en juego.

La Constitución no contiene disposición alguna sobre el aborto, ni sobre su penalización o despenalización, por lo que corresponde determinarlo al legislador. La política criminal que adopte debe cumplir con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, además de crearse los tipos penales a través de la ley.

La Suprema Corte de Justicia, como tribunal constitucional, debe limitarse a examinar si tal legislación es constitucionalmente válida, sin pronunciarse sobre los criterios seguidos para determinada política criminal, pues ello sólo compete al legislador.

En los diversos delitos que protegen la vida el legislador establece distintas penas atendiendo a diversos factores, entre ellos, la fase de la vida humana, que en el aborto adquiere gran importancia no sólo para la configuración del tipo penal, sino también en relación con las excluyentes de responsabilidad, a fin de no afectar la salud de la mujer al tiempo que se protege la vida potencial.

En conclusión, si bien el legislador debe proteger la vida en gestación, no puede afectar en forma desproporcionada los derechos de la mujer. No es constitucionalmente válido que el legislador, con la finalidad de proteger la vida en gestación, sacrifique en forma absoluta los derechos fundamentales de la mujer embarazada, considerándola como mero instrumento de la vida en gestación. La regulación que realice debe comprender hipótesis que impidan el excesivo sacrificio de los derechos de la mujer, es decir, los supuestos en los que la interrupción del embarazo no configure el delito de aborto, o bien, su despenalización, como ocurre en los casos de fecundación forzada, violación o cuando se encuentra en riesgo la salud o vida de la mujer o del propio producto.

Sostener que constitucionalmente la protección de la vida en gestación es absoluta y que sólo el Constituyente podría modificar tal cuestión, llevaría a violentar los derechos fundamentales de la mujer reconocidos por la propia Constitución.

Partiendo de lo anterior, los artículos 144 y 145 del Código Penal para el Distrito Federal no resultan inconstitucionales, pues el legislador ha establecido el tipo de aborto buscando una razonabilidad y proporcionalidad y considerando que, de acuerdo a la ciencia médica, existe una

viabilidad o capacidad potencial de vida después de las doce semanas de gestación, buscando con ello un equilibrio que evite que la protección de la vida en gestación se coloque por encima de la libertad de autodeterminación y procreativa, el desarrollo personal, la dignidad y el derecho a la salud física y mental de la mujer.

6) José Fernando Franco González Salas: Para resolver el problema relativo a la constitucionalidad de la actuación de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal al eliminar la sanción penal para la mujer que interrumpe voluntariamente su embarazo durante las primeras 12 semanas, debe resolverse el problema central que consiste en determinar si todo bien jurídico, aun constitucional, debe convertirse en un bien jurídico tutelado y protegido penalmente.

El juicio de constitucionalidad que se realice debe ser a la luz de parámetros jurídico-constitucionales. El cuestionamiento constitucional que se formula es si es correcto, a la luz de nuestro marco constitucional, que le sea impuesta a la mujer una maternidad contra su voluntad y, en caso de ser así, si la mujer que decide voluntariamente interrumpir su embarazo durante las doce primeras semanas debe ser sancionada penalmente.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sí reconoce y protege el derecho fundamental a la vida humana y, más precisamente, de toda persona humana a que se respete su vida. Sin embargo, tal protección no es en forma absoluta o irrestricta, pues, como ocurre con otros derechos y bienes constitucionalmente tutelados, puede estar sujeto a otras restricciones o limitaciones, en congruencia con el primer párrafo del artículo 1o. constitucional.

El derecho fundamental a la vida no es absoluto pues, por principio, todos los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás. En el caso de la protección a la vida hay, al menos, una restricción constitucional expresa, que es la contenida en el artículo 10 constitucional que prevé la figura de la legítima defensa.

La legítima defensa constituye, en sí misma, por un lado, el reconocimiento expreso al derecho y protección de la vida humana y, por el otro, una causa de justificación que convierte el hecho de privar de la vida a otro, en sí típico, en un hecho lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con las causas de inculpabilidad, no sólo impiden que se pueda imponer una pena al autor del hecho típico, sino que convierten al hecho en lícito. Por ello, constituye una causa de exclusión del delito en términos del artículo 29, fracción IV, del Código Penal del Distrito Federal.

Partiendo de que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es competente para legislar en materia penal y, dentro de este ámbito, para legislar sobre el aborto, debe procederse a analizar si legisló razonablemente a la luz de los bienes jurídicos en juego, dado que si bien la presencia de un bien jurídico es una condición necesaria, no siempre es suficiente para una reacción punitiva a través del ejercicio del *ius puniendi* de carácter estrictamente penal.

La vida del no nacido constituye un bien jurídico, pero ello no se traduce en que sea necesaria e indefectiblemente, en cualquier etapa de su desarrollo intrauterino, un bien jurídico penalmente relevante. Sostener lo opuesto implicaría hacer una inferencia ilegítima, pues no existe norma constitucional

o derivada de algún tratado internacional que obligue a sancionar penalmente. Consecuentemente, ello queda a la determinación del legislador competente, el que tiene que hacer una valoración sobre los bienes jurídicos protegidos.

En el proyecto del Ministro instructor se planteó una premisa que se comparte, a saber, que no existe unanimidad en los criterios éticos, morales, científicos y legales sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana y debe protegerse por el Estado.

En el otro extremo, de conformidad con los artículos 1o. y 4o. constitucionales, se reconoce el derecho exclusivo a las mujeres a la autodeterminación en materia de maternidad.

La prohibición y la sanción penal del aborto equivale a establecer una obligación para la mujer de convertirse en madre una vez embarazada, lo que contrasta con los principios y reglas del derecho penal en el cual sólo aquellas conductas en extremo reprochables socialmente deben ser sancionadas penalmente.

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal realizó un juicio ponderativo que razonó a lo largo de sus trabajos legislativos y que resulta constitucionalmente válido.

Es importante destacar que en el decreto impugnado no sólo se reformaron los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, sino que también se adicionó un tercer párrafo al artículo 16 Bis 6 y el artículo 16 Bis 8 a la Ley de Salud para el Distrito Federal, los que, de igual manera, resultan constitucionalmente válidos, pues son

los que permiten que la despenalización de la interrupción del embarazo antes de las doce semanas por voluntad de la mujer tenga un mayor sustento y cumpla las finalidades que se buscaban con la medida.

Se estima relevante destacar lo infundado del planteamiento relativo a que el artículo tercero transitorio de la reforma de marzo de mil novecientos noventa y siete a la Constitución evidencia la protección que ésta otorga al no nacido desde la concepción. Lo anterior, porque se trata de una disposición que dio protección a una determinada clase de sujetos normativos, para ciertos efectos y por un tiempo determinado. Los sujetos normativos son los nacidos y concebidos con anterioridad a la entrada en vigor del decreto por el que se reformaron los artículos 30, 32 y 37 constitucionales, es decir, el veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho. El efecto específico de la disposición fue que se siguieran aplicando ciertas normas, en materia de nacionalidad mexicana, a dichos sujetos normativos, acotado en los términos del artículo quinto transitorio de la Ley de Nacionalidad, que estableció que se presumirán concebidos los nacidos vivos y viables dentro de los trescientos días posteriores a la entrada en vigor de esta ley, es decir, los nacidos vivos y viables a partir del veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y ocho (día siguiente al en que entró en vigor la ley) y hasta el día catorce de enero de mil novecientos noventa y nueve (día trescientos posterior a la entrada en vigor). Así, el artículo tercero transitorio referido, conforme al acotamiento que hizo el legislador federal ordinario, no tuvo alcances universales y absolutos.

7) José de Jesús Gudiño Pelayo: En relación a la consagración en nuestra Constitución del derecho a la vida humana,

se principia por señalar que nuestra Constitución no realiza una consagración de los derechos públicos subjetivos de manera abstracta, sino que adopta un sistema en el que limita la actuación del Estado en situaciones específicas, expresamente señaladas en la Constitución, para salvaguardar lo que en la Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete se denominaron derechos del hombre, que no son sino valores abstractos que ni aquella Constitución, ni la vigente enumeran, sino que los dan por supuestos al ser naturales. El Constituyente, tanto en mil ochocientos cincuenta y siete como en mil novecientos diecisiete, no pretendió garantizar todos los derechos del hombre, sino sólo ordenar su respeto ante situaciones que en forma expresa se previeron en su texto, situaciones que surgían de la experiencia histórica por ser los valores que con más frecuencia se violaron o infringieron.

Sentado que la Constitución no postula de manera textual y expresa la gama de derechos fundamentales susceptibles de existir, es necesario acudir a lo que de manera implícita está en ella.

Del artículo 1o. constitucional deriva que lo que se garantiza son los derechos del hombre, los cuales son valores abstractos, y las garantías son las disposiciones para protegerlos en las situaciones concretas y determinadas que establece. La interpretación de este precepto debe partir de la existencia de principios, valores y reglas. Los valores son los que en la Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete se denominaban derechos del hombre, emanados en forma directa de la naturaleza del hombre, pero que en verdad constituyen principios y valores. Las reglas son las garantías individuales.

Bajo este contexto, no puede sostenerse que la Constitución no establece como un valor constitucional el derecho a la vida.

Sin embargo, dentro de las reglas no existe una sola que establezca una protección directa al producto de la concepción, con independencia o en contra de la voluntad de la madre. El artículo 123, apartado A, fracción V, si bien protege al producto de la concepción lo hace en función de la mujer embarazada, es decir, se dirige en forma directa a la mujer embarazada y, como consecuencia, sólo de manera indirecta, al producto de la concepción.

El derecho a la vida que como valor establece la Constitución no es absoluto. En una Constitución, cualquiera que ésta sea, no pueden preverse derechos absolutos, porque la propia naturaleza del régimen constitucional exige conciliar una serie de valores que no necesariamente son compatibles.

El valor relativo a la vida humana puede entrar en conflicto con otros valores, también constitucionales, como la libertad de la mujer a decidir sobre su cuerpo, el no imponerle una maternidad, entre otros. Cuando los valores entran en conflicto corresponde al legislador resolver y ponderar cuál debe predominar. La solución a estos conflictos de intereses le corresponde al legislador ante la imposibilidad de que el Constituyente conozca de antemano la gama de conflictos que pueden presentarse y analice cada caso concreto.

En relación con los votos concurrentes que se acaban de resumir nos ocuparemos solamente de los argumentos jurídicos, prescindiendo de afirmaciones que se alejan del derecho

y cuyo cuestionamiento correspondería a otros campos del conocimiento.

No existe regla constitucional que obligue al legislador a penalizar conductas de particulares, de tal modo que no puede considerarse inconstitucional la falta de penalización de la interrupción del embarazo antes de la doceava semana, contada a partir de la implantación del embrión en el endometrio.

Por lo que se refiere a la consagración constitucional del derecho a la vida humana, todos los Ministros que formularon voto concurrente, así como los que suscribimos el presente voto de minoría, reconocemos que nuestra Constitución protege la vida humana ya sea como derecho o como valor (en el caso del Ministro Gudiño Pelayo), pues si bien el Ministro Góngora Pimentel no se pronuncia en su voto expresamente sobre lo anterior, de su análisis concatenado con su intervención durante la discusión del asunto se advierte que sólo controvertió que se le otorgara carácter absoluto, mas no que fuera un derecho o valor reconocido constitucionalmente, apoyando únicamente en ello su afirmación en el sentido de que no debía confirmarse la jurisprudencia plenaria 13/2002.

Ahora bien, en relación con el producto de la concepción, el Ministro Valls Hernández distingue a la vida, como bien protegido, del derecho a la vida, que considera está restringido a la persona humana, sosteniendo que la Constitución protege la vida sólo dentro de los límites de la existencia de una persona y en los procesos biológicos que ocurren dentro de su vida, por lo que el *nasciturus* constituye

un bien protegido pero no es titular del derecho a la vida y que la Constitución no precisa a partir de cuándo se protege al producto de la concepción, lo que es tarea del legislador ordinario determinar. Los Ministros Gudiño Pelayo y Góngora Pimentel no lo consideraron como objeto de protección expresa por la Constitución, sino sólo indirectamente como consecuencia de la protección que se brinda a la mujer embarazada en el artículo 123 constitucional. El Ministro Franco González Salas aclaró que la reforma constitucional en materia de nacionalidad no otorga protección al *nasciturus* desde el momento de la concepción y el Ministro Góngora Pimentel que tal reforma no reconoce personalidad al producto de la concepción.

Con independencia de que resulta irrelevante determinar si el *nasciturus* es o no titular del derecho a la vida o si constituye sólo un bien constitucionalmente protegido en tanto los Ministros de la mayoría no hicieron descansar en tal distinción su postura de constitucionalidad de las normas impugnadas, pues incluso quienes lo consideraron como un bien protegido, no sustentaron en ello la prevalencia de los derechos de la mujer sino en que era facultad del legislador ordinario realizar la ponderación de los bienes en conflicto y que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal se ajustó a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la medida, los Ministros que formulamos el presente voto queremos hacer constar nuestra postura en el sentido de que constitucionalmente el *nasciturus* es persona y es titular del derecho a la vida.

En efecto, para determinar si la Constitución considera al producto de la concepción como un bien jurídicamente tutelado o como una persona titular del derecho a la vida,

debe atenderse a las disposiciones de la propia Ley Fundamental y a los antecedentes que las informan y no a la normatividad secundaria, como lo determinó el Pleno en la tesis P. LVII/2006, que lleva por rubro: "INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. EL ALCANCE DE UN PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE BASARSE, ESENCIALMENTE, EN LO DISPUESTO EN ÉSTA Y NO EN LAS DISPOSICIONES GENERALES EMANADAS DE ELLA.", publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIV, agosto de 2006, página 13, en la que se establece el criterio consistente en que la interpretación y alcance de una norma constitucional debe fijarse atendiendo a sus propias prescripciones y no a las normas generales emanadas de ellas, pues ello implicaría aceptar que las autoridades sujetas al orden constitucional, al ejercer sus atribuciones delimitadas en la propia Ley Suprema, estuvieran en posibilidad de ampliar o reducir su esfera constitucional o, incluso, la conferida en esa misma sede a otros órganos del Estado o a entidades políticas diferentes a la que integran, sin desconocerse que el acudir a las disposiciones de rango inferior puede ser útil únicamente para corroborar la conclusión alcanzada.

Además, acudir a la legislación secundaria supondría aceptar que el legislador ordinario pudiera alterar, disminuir o anular el contenido del derecho fundamental, o bien, establecer limitaciones o restricciones al mismo más allá de las previstas en la Carta Magna, en contravención a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1o. de la misma.

La norma constitucional citada, también en su primer párrafo, otorga, en un plano de igualdad, la titularidad de los

derechos fundamentales a todos los individuos que se encuentren en el territorio nacional; en su segundo párrafo prohíbe la esclavitud y en el tercero toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, las condiciones social y de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil, o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

La Norma Suprema no está refiriendo conceptos diferentes al utilizar los términos de "individuos" y "personas" en el primer y tercer párrafos, respectivamente, sino que otorga a ambos un mismo significado, el de ser humano, tanto para referir, en general, al titular de los derechos fundamentales como para aludir, concretamente, al titular del derecho a la no discriminación.

De igual manera, la propia Constitución en otras disposiciones, en especial en aquellas en las que consagra otros de los denominados derechos humanos, que la doctrina conceptúa como innatos o inherentes al ser humano como tal, por corresponder a su esencia humana y que se entienden como primarios o indispensables a la naturaleza humana por derivar de la misma y garantizar una vida digna, comprende indistintamente a los términos "individuo" o "persona" para significar al ser humano.

Así, por ejemplo, en los artículos 3o., primer párrafo, 18, cuarto párrafo y 25, primer párrafo, se hace referencia al "individuo" al aludir al titular de los derechos a la educación, a un sistema integral de justicia para menores que garantice sus derechos fundamentales, al crecimiento económico y del

empleo y a la justa distribución del ingreso y la riqueza que aseguren el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad, mientras que en los artículos 3o., fracción II, inciso c), 4o., párrafos segundo, tercero y cuarto, 5o., primer párrafo y 6o., fracción III, se refiere al término "persona" para establecer la obligación de una educación que asegure la dignidad de aquélla, así como al consignar al titular de los derechos a la protección de la salud, a un medio ambiente adecuado para el desarrollo, a una vivienda digna y decorosa, a la libertad de profesión, industria, comercio o trabajo, y de acceso gratuito a la información pública.

No hay duda entonces de que nuestra Constitución otorga la titularidad de los derechos humanos fundamentales al ser humano, refiriéndose al mismo, de manera indistinta, como "individuo" o "persona" o, incluso citando a un determinado grupo de seres humanos, como "varón" y "mujer", al consignar el derecho a la igualdad de género, o como "niños" y "niñas" al prever su derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, en el artículo 4o., párrafos primero y sexto, respectivamente.

En consecuencia, si como quedó determinado con anterioridad, la protección constitucional del derecho a la vida del ser humano comprende a aquélla en su integridad, desde que inicia el proceso continuo de su desarrollo y hasta su conclusión, esto es, desde la concepción y hasta la muerte, sin restricciones ni limitaciones, necesariamente debe concluirse que el titular de ese derecho a la vida lo es el ser humano, tanto el nacido como el concebido no nacido.

La calidad de persona que la Constitución otorga al *nasciturus* deriva, además, del artículo tercero transitorio del decreto que reformó los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución, publicado en el Diario Oficial de la Federación de veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete, así como su modificación mediante decreto publicado en ese medio de difusión el veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve, que se refiere a los nacidos y a los concebidos como sujetos de un atributo propio de la personalidad, como lo es la nacionalidad.

Efectivamente, el artículo transitorio original establece que las disposiciones vigentes con anterioridad a la fecha en que el decreto de modificaciones entrara en vigor, "seguirían aplicándose, respecto a la nacionalidad mexicana, a los nacidos o concebidos durante su vigencia", mientras que la reforma a ese artículo transitorio prevé que las referidas disposiciones vigentes con anterioridad al decreto de modificaciones constitucionales en materia de nacionalidad, "seguirían aplicándose a los nacidos o concebidos durante su vigencia, únicamente en todo aquello que los favorezca, sin perjuicio de los beneficios que les otorga la reforma".

Así, las normas transitorias, al otorgar al concebido un atributo propio de la personalidad, lo consideran persona titular de derechos y no sólo como un bien constitucionalmente protegido, como lo serían, por ejemplo, los recursos naturales, el medio ambiente, etcétera.

Sostener lo contrario implicaría desatender los principios *pro-homine* en su vertiente de preferencia interpretativa, de mayor protección de los derechos y de fuerza expansiva de los

derechos, que derivan del propio artículo 1o. constitucional y que exigen interpretar las normas para proteger en la mayor medida posible y al mayor número de individuos a través de los derechos fundamentales y que suponen, en el caso del *nasciturus*, interpretar las normas supremas para protegerlo de la manera más amplia haciéndolo titular del derecho a la vida con el fin de asegurar el pleno goce de ese derecho.

Por tal motivo, carece de sustento lo sostenido por el Ministro Góngora Pimentel en torno a que de la reforma constitucional aludida no deriva un reconocimiento del derecho a la vida del producto de la concepción al exigir el artículo 30 constitucional el nacimiento como requisito de la nacionalidad, en virtud de que la disposición transitoria claramente otorga a los concebidos los mismos derechos que a los nacidos.

De igual manera, carece de razón el Ministro Franco González Salas al sostener que el artículo tercero transitorio referido, conforme al acotamiento que hizo el legislador federal ordinario, no tuvo alcances universales ni absolutos, pues se limitó a una determinada clase de sujetos normativos, para ciertos efectos y por un tiempo específico.

Lo anterior, en primer término, porque se está realizando la interpretación de normas constitucionales a partir de la legislación secundaria, como lo es la Ley de Nacionalidad, en contravención al criterio plenario contenido en la tesis LVII/2006 citada con anterioridad. En segundo término, porque si bien la reforma constitucional de que se trata fue en materia de nacionalidad, revela la clara intención del Constituyente de proteger al *nasciturus* sin distinción alguna con los nacidos ni en etapas gestacionales, esto es,

desde la concepción, otorgándole derechos en los mismos términos que a los nacidos.

Por otra parte, debe destacarse que además de la Constitución, también los diversos instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la vida de todo ser humano consideran a éste como titular de ese derecho, sin hacer distinción alguna, por lo que el *nasciturus* es de igual forma titular del derecho.

Efectivamente, la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 1o. y 2o., punto 1, en relación con el preámbulo, hace al niño titular de los diversos derechos a que se refiere, entre ellos, el de la vida, y entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción hasta la edad de dieciocho años, salvo que antes haya alcanzado la mayoría de edad en virtud de la ley que le sea aplicable.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el punto 1 de su artículo 6o., considera como titular del derecho a la vida tanto al nacido como al concebido al prescribir que nadie pueda ser privado de ella arbitrariamente, sin hacer ninguna distinción.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisa en el punto 2 de su artículo 1o. que por persona se entiende a todo ser humano, y en su artículo 4o., punto 1, establece que la vida de toda persona se protegerá por la ley, en general, a partir de la concepción, considerando así al *nasciturus* como persona titular del derecho a la vida.

Establecido que tanto constitucionalmente como en los tratados internacionales el producto de la concepción tiene

el carácter de persona titular del derecho a la vida, cabe destacar que así lo ha entendido el legislador ordinario, como se advierte de algunas disposiciones, entre ellas, las que a continuación se mencionan.

El artículo 22 de los Códigos Civiles Federal y del Distrito Federal, inicialmente disponen que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero agregan que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el propio código.

Conforme a lo anterior y aunque sea para determinados efectos, la legislación civil otorga al concebido el carácter de persona al tenerlo como nacido y hacerlo titular de derechos y obligaciones, como ocurre al establecer los artículos 1314 y 2357 del Código Civil Federal, que pueden ser designados herederos o donatarios.

La Ley General de Salud señala en sus artículos 320, 323, fracción I y 326, fracción II, lo siguiente:

"Artículo 320. Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente título."

"Artículo 323. Se requerirá el consentimiento expreso:

"I. Para la donación de órganos y tejidos en vida, y ..."

"Artículo 326. El consentimiento tendrá las siguientes restricciones respecto de las personas que a continuación se indican:

"...

"II. El expreso otorgado por una mujer embarazada sólo será admisible si el receptor estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción."

Conforme a los anteriores preceptos transcritos, toda persona puede disponer de su cuerpo y donarlo total o parcialmente, para los fines y con los requisitos establecidos en la propia Ley, entre ellos, el consentimiento expreso tratándose de donación de órganos y tejidos en vida; previéndose que en el caso de este tipo de consentimiento otorgado por una mujer embarazada, sólo será admisible si el receptor estuviere en peligro de muerte y siempre y cuando la donación no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción. Es decir, la admisión del consentimiento otorgado por una mujer embarazada para donar parte de su cuerpo está sujeto a requisitos especiales, a saber: a) que el receptor se encuentre en peligro de muerte; b) que no exista riesgo para la salud de la madre; y c) que no exista riesgo para la salud del producto de la concepción. El último requisito aludido revela que la vida humana se protege desde el momento de la concepción, pues de lo contrario sólo se hubieran establecido como condiciones las precisadas en los incisos a) y b).

Es claro que la Ley General de Salud no autoriza que se lleven a cabo actos que puedan implicar un riesgo para el

producto de la concepción, ni siquiera actos que se consideren personalísimos, como la donación de partes del cuerpo de la madre. Si una mujer embarazada no puede disponer libremente de su cuerpo —porque tal disposición está limitada por razones de conservación de salud de la madre y del producto de la concepción—, por mayoría de razón no puede disponer de la vida de éste, sin distinción alguna en cuanto al periodo gestacional en que se encuentre, por lo que es claro que la Ley General de Salud, siguiendo el criterio constitucional, da protección al *nasciturus* desde la concepción.

Importa resaltar que la Ley General de Salud fue expedida por el Congreso de la Unión en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 4o., párrafo tercero, constitucional, por lo que sus disposiciones deben ser observadas por las de carácter estatal cuando aborden la misma materia o se relacionen, interfieran o tengan algún punto de intersección con la misma, al tener aquélla el carácter de general, conforme a la tesis del Tribunal en Pleno intitulada: "LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL."

En el engrose plenario se señala que este precedente no es aplicable en el caso, pero tal determinación sólo se hizo en cuanto a la definición de embarazo porque ésta no se contenía en dicha ley, sino en un reglamento federal delimitado a la materia específica de investigación de la salud. Sin embargo, en los aspectos que la propia Ley General de Salud define, como lo es la protección al *nasciturus* en todo el embarazo sin distinción alguna, sus disposiciones deben ser observadas por las de carácter estatal cuando aborden la misma materia o se relacionen, interfieran o tengan algún punto de intersección con la misma, al tener aquélla el carácter de general, resultando plenamente aplicable el precedente plenario.

Consecuentemente, es claro que tanto la Constitución como los tratados internacionales y la legislación secundaria protegen al producto de la concepción sin distinción alguna por edad gestacional.

Por otro lado, los Ministros que formulan los votos concurrentes en análisis sostienen que el derecho a la vida o la protección a la vida del producto de la concepción no es de carácter absoluto o ilimitado.

Los Ministros Silva Meza, Sánchez Cordero y Valls Hernández afirman que los derechos fundamentales tienen la misma jerarquía y no son absolutos, por lo que son susceptibles de ser balanceados con otros derechos. La misma postura sostiene el Ministro Gudiño Pelayo, quien afirma que en la Constitución no pueden preverse derechos absolutos, porque la propia naturaleza del régimen constitucional exige conciliar una serie de valores que no necesariamente son compatibles, así como el Ministro Franco González Salas, que añade que en la Constitución hay, al menos, una restricción expresa, que es la contenida en el artículo 10 constitucional, que prevé la figura de la legítima defensa.

Las anteriores posturas confunden la existencia de límites constitucionales a un derecho fundamental o a un valor protegido por la Constitución conforme al criterio del Ministro Gudiño Pelayo, con la posibilidad de ponderación de conductas que son las que en realidad chocan entre sí, como con anterioridad se analizó en el apartado III del presente voto.

En efecto, partiendo de que los derechos fundamentales protegen valores esenciales para el hombre y su desarrollo pleno

y digno, es claro que entre ellos no puede existir conflicto. Lo que choca entre sí son los hechos, las conductas de las personas que intentan ampararse en una apariencia de derecho, correspondiendo ya sea al legislador o al Juez, de acuerdo con sus facultades, delimitar la conducta que se sustenta en un derecho auténtico o en una apariencia de derecho. Tratándose del legislador, al regular en las normas que emita las diversas conductas, deberá buscar la convivencia armónica atendiendo a la teleología y naturaleza de los derechos y, en el caso de derechos fundamentales, sujetarse a los límites que el Constituyente haya previsto para los derechos.

En el caso del delito de aborto, el legislador debe atender a que el derecho a la vida, por su propia naturaleza, no tiene límites, pues a nadie se le condiciona ni limita su existencia; se es sin condición alguna y nadie tiene derecho a impedir que alguien sea, que alguien exista. En cambio, los derechos de la mujer de autodeterminación de su cuerpo, de libertad sexual y reproductiva y de desarrollo de un plan de vida en relación con la maternidad sí encuentran en la Constitución límites para su ejercicio, pues prevé el derecho de toda persona "a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos", por lo que no se trata de derechos que puedan ser ejercidos arbitrariamente.

Consecuentemente, atendiendo a la propia naturaleza de los derechos, puede arribarse a la conclusión de que la conducta de la mujer en el aborto pretende fundarse sólo en supuestos derechos de la mujer a su libertad sexual y reproductiva, al desarrollo de un plan de vida y a la autodeterminación de su cuerpo, pero que no son derechos auténticos en tanto el límite del ejercicio responsable de la sexualidad le impone el respeto de la vida del ser en gestación.

Así, en el aborto no se está en realidad ante un conflicto de derechos sino ante un conflicto en la conducta de la mujer que pretende sustentarse en supuestos derechos para hacerlos prevalecer sobre el derecho auténtico de la vida del *nasciturus*, por lo que al regularse tal conducta por el legislador necesariamente debe privilegiarse este último derecho, no por razón de jerarquía, sino porque en la conducta en análisis es el que constituye el derecho auténtico frente a derechos supuestos de la mujer, atendiendo a la naturaleza misma de estos derechos y a la configuración que de los mismos hizo el Constituyente.

Bajo este contexto se afirma que el derecho a la vida no tiene límite alguno, debiendo advertirse que el derecho a la legítima defensa que deriva del artículo 10 constitucional, como se analizó con anterioridad, no constituye un límite propio del derecho a la vida, en los términos expresados por el Ministro Franco González Salas.

En efecto, el artículo 10 constitucional prevé el derecho de los gobernados a poseer armas para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley general y de las reservadas para el Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional, así como el de portar armas previa autorización que se sujetará a los casos, condiciones, requisitos y lugares que regule la ley respectiva. Por su parte, el artículo 29, fracción IV, del Código Penal para el Distrito Federal, que invoca el Ministro Franco González Salas, dispone:

"Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

"...

"IV. (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

"Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión. ..."

La legítima defensa derivada del derecho que consagra el artículo 10 constitucional, contempla la hipótesis de una agresión real, actual, inminente y sin derecho en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos.

Es claro que la citada hipótesis de exclusión del delito no implica un límite propio y específico al ejercicio y titularidad del derecho a la vida, pues no otorgan el derecho a matar o a disponer de la vida de individuo alguno sino un derecho o facultad de defensa que pueda llevar, como consecuencia, a la privación de la vida del agresor.

Consecuentemente, no tienen razón los Ministros de la mayoría al sostener que no existe mandato constitucional para el legislador de penalizar el aborto en las doce primeras semanas de embarazo, en virtud de que éste debe proteger los bienes esenciales de la sociedad, como es la vida, sin prever restricciones o limitaciones a este derecho al no haber sido consignadas por el Constituyente, en términos de lo dispuesto en su artículo 1o.

En este sentido, cabe resaltar la incongruencia de los Ministros que reconocen la protección que nuestra Constitución brinda al producto de la concepción, pero sostienen que ello no se traduce en que necesaria e indefectiblemente sea un bien jurídico penalmente relevante en cualquier etapa de su desarrollo intrauterino, pues esto implica aceptar la posibilidad de establecer diferenciaciones en la protección penal a un bien constitucionalmente relevante en razón de edad gestacional, en contravención directa a lo establecido por el artículo 1o. constitucional, tanto en la imposibilidad del legislador ordinario de imponer límites no establecidos expresamente en la Constitución, como en la prohibición de discriminar por razón de edad.

¿Por qué razón resultaría penalmente relevante la vida del concebido a las trece semanas de gestación y no a las doce? ¿Podría el legislador prever la tipificación del delito de aborto a partir de los ocho meses y medio de embarazo? ¿Cuál sería el criterio para determinar a partir de cuándo se convierte en penalmente relevante la vida del embrión?

Si es penalmente relevante proteger la vida del concebido, lo debe ser sin distinción alguna, pues cualquiera que se haga

al respecto será arbitraria y es claro que si la Constitución no distingue no es dable al legislador distinguir, máxime ante la prohibición expresa de discriminar por razón de edad.

El Ministro Góngora Pimentel sostiene que el embrión es un bien jurídico protegido por las disposiciones impugnadas, salvo cuando la mujer decide interrumpir su embarazo. ¿Es esto realmente una protección legal? ¿La protección penal de un bien jurídico puede quedar a la voluntad de un sujeto que no es titular del mismo? ¿Cuál es la protección legal del concebido menor de doce semanas cuando su madre decide abortarlo o en los términos de los artículos debatidos "interrumpir el embarazo"?

El Ministro Gudiño Pelayo sostiene que la Constitución sólo contiene como valores o principios los que en la Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete se denominaron como derechos naturales del hombre y reglas específicas de limitación de la actividad estatal para salvaguardar tales derechos, por lo que si dentro de esas reglas no se contiene un mandato expreso al legislador para penalizar determinadas conductas, queda dentro de sus facultades la decisión relativa.

Al respecto, cabe añadir lo que con anterioridad se contestó en relación con tal postura, que constituye una interpretación inversa a lo expresamente ordenado en el artículo 1o., párrafo primero, de la Constitución, en el sentido de que las garantías que otorga "no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece", unido a lo que señaló la comisión dictaminadora del proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza

en la octava sesión ordinaria del Congreso Constituyente, celebrada el once de diciembre de mil novecientos dieciséis, en el sentido de que el artículo 1o. contiene dos principios capitales: el primero, consistente en que la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República y, el segundo, relativo a la obligación de no restringir ni modificar la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución. Esto es, el artículo 1o. constitucional impone a la autoridad estatal no sólo una obligación de respeto a los derechos fundamentales en los términos expresamente previstos en la Constitución, esto es, sujeto a los límites o restricciones expresamente establecidos, sin poder prever otros, sino además, la obligación de actuar en el ejercicio de sus funciones garantizando el goce efectivo de los derechos naturales del ser humano.

La postura del Ministro Gudiño Pelayo es inversa a lo anterior, porque supone que la autoridad sólo está obligada a actuar ante regla expresa del Constituyente.

Por tanto, el legislador ordinario sí tiene obligación constitucional de realizar su labor legislativa garantizando el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República, lo que se traduce en la obligación de penalizar aquellas conductas que atenten contra tales derechos esenciales del hombre, como lo es la vida.

En atención a ello, ante el deber del Estado de actuar para garantizar el pleno goce de los derechos naturales del ser humano, resulta también inadmisibles lo sostenido por la Ministra Luna Ramos respecto a la inoperancia de los conceptos

de invalidez por constituir, en su concepto, cuestiones de mera legalidad y no de constitucionalidad, dada la ausencia de norma constitucional que obligue al legislador ordinario a penalizar el aborto por tratarse de conductas de particulares que no violan garantías individuales, pues éstas sólo operan frente a la autoridad. Como se señaló, existe norma constitucional expresa que impone el deber a las autoridades de realizar sus funciones garantizando los derechos esenciales del hombre, como es la vida, por lo que no se trata de cuestiones de mera legalidad.

Como se destacó con anterioridad, la Ministra Luna Ramos sostiene que la posibilidad de interrumpir el embarazo hasta la décima segunda semana de gestación, que deriva de los preceptos que se impugnaron en las acciones de inconstitucionalidad acumuladas, no genera un problema de constitucionalidad en atención a que la Ley Fundamental no establece tipos penales, por lo que el legislador goza de total libertad para determinar si los fija o no. Afirma que, en el caso, el legislador consideró que debía establecer el tipo penal del delito de aborto en los términos en que lo hizo, y aquél está dirigido a regular la conducta de los particulares y no de las autoridades. Luego, dado que la Constitución no regula conducta de particulares es claro que no puede generarse un problema de constitucionalidad.

El anterior argumento, se insiste, resulta jurídicamente inaceptable. Es inexacto que la Constitución no regule la conducta de los particulares, pues basta hacer un somero examen de su texto para concluir que en varios preceptos les impone a éstos diversas obligaciones. Así, por ejemplo, el artículo 123 constitucional de manera expresa les impone a los patrones

(particulares), entre otras, la obligación de mantener en los centros de trabajo condiciones de seguridad e higiene; el artículo 17 de la Constitución impone a todos los particulares la prohibición de hacerse justicia por sí mismos y el diverso artículo 28 les impide llevar a cabo prácticas monopólicas.

Por otra parte, tampoco es verdad que los preceptos impugnados únicamente regulen conductas de particulares por lo que no pueda generarse un problema de constitucionalidad, pues es claro que el nuevo tipo penal permite que las mujeres acudan a los órganos de gobierno competentes a efecto de interrumpir su embarazo siempre que éste no rebase las doce semanas de gestación contadas a partir de la implantación del embrión en el endometrio. Dicha interrupción no involucra únicamente a particulares, al contrario, se trata de una práctica que regula el Gobierno del Distrito Federal, pues no debe pasar inadvertido que en las acciones de inconstitucionalidad acumuladas también se impugnó, entre otros, el artículo 16 Bis 6 de la Ley de Salud para el Distrito Federal, que en lo conducente dispone:

"Artículo 16 Bis 6. ... Las instituciones de salud del gobierno del Distrito Federal atenderán las solicitudes de interrupción del embarazo a las mujeres solicitantes aun cuando cuenten con algún otro servicio de salud público o privado."

Como se ve, es el Estado —a través de las instituciones de gobierno del Distrito Federal— el que está obligado a atender las solicitudes de interrupciones de embarazos, esto es, aquéllas deben actuar positivamente en la prestación de un servicio que se denominó de salud y que consiste en practicar tales interrupciones. Así, es claro que las normas impug-

nadas no únicamente involucran a los particulares, sino que comprenden también a las autoridades. Ahora bien, si como se vio, la vida es un valor constitucionalmente protegido y la consecuencia de las normas impugnadas es que se anule dicho valor, es claro que para determinar si éstas son o no constitucionales necesariamente deben confrontarse con el Texto Constitucional. Sostener lo contrario, es decir, que tales normas no generan un problema de constitucionalidad, conduciría al absurdo de considerar que todas las normas que establecen tipos penales están fuera del control abstracto de la constitucionalidad, con lo que los Poderes Legislativos podrían establecer tipos penales que infringieran claramente garantías constitucionales sin tener que someterse a un examen de regularidad constitucional, lo que es contrario a la teleología del artículo 105 de la Constitución.

Consecuentemente, es claro que sí existe obligación constitucional para el legislador ordinario de penalizar las conductas que atenten contra los valores esenciales de la sociedad, concretamente el derecho natural a la vida del *nasciturus*, y que al encontrarse impedido para establecer una limitación a este derecho, son inconstitucionales las normas emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal que desprotegen al producto de la concepción en las primeras doce semanas de embarazo.

Lo anterior no significa desconocer los derechos de la mujer en los términos señalados por los Ministros de la mayoría, los que fueron ampliamente analizados en el proyecto presentado por el Ministro instructor, en el que también se examinaron las diversas razones argüidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en la ponderación que realizó de los bienes

jurídicos en conflicto, y se desestimaron con base en los argumentos ahí expuestos, a los que se remite en obvio de repeticiones al formar parte del presente voto dicho proyecto.

Resta añadir a ello lo improcedente de las siguientes afirmaciones contenidas en los votos concurrentes:

1. La penalización del aborto genera un manifiesto estado de desigualdad entre los varones y las mujeres, porque no pueden existir sanciones que deriven de diferencias biológicas, lo que obliga a evaluar el asunto desde la perspectiva de género.

Sin desconocer que la problemática relativa a la penalización o despenalización del aborto exige analizarse bajo la óptica de una perspectiva de género, debe resaltarse que la protección al *nasciturus* desde la concepción responde a la exigencia constitucional de proteger la vida humana, sin posibilidad de restricción o limitación alguna, como ha quedado ampliamente analizado.

Es inexacto que la penalización del aborto genere un estado de desigualdad entre hombres y mujeres y que se traduzca en el establecimiento de sanciones derivadas de las diferencias biológicas entre unos y otras. La sanción penal no se establece en virtud de tratarse de una mujer o de un varón, pues también será sancionado el varón que ayude a la interrupción del embarazo. Si bien por las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, es ésta la que resulta afectada en su cuerpo con motivo de un embarazo, ello responde a una situación de la naturaleza que el legislador no puede modificar.

El principio de igualdad entre el hombre y la mujer ante la ley contemplado en el artículo 4o. constitucional exige al legislador tanto el no establecer distinciones injustificadas por razón de género como el contemplar las distinciones que exija la diferente realidad biológica entre uno y otro, precisamente para reducir las consecuencias que esa realidad trae aparejada en la vida familiar, social, laboral, cultural y política, lo que fue expresamente reconocido durante el proceso de reforma constitucional que culminó con el reconocimiento concreto del derecho de igualdad de género, al razonarse que "la única diferencia que puede establecerse válidamente entre los derechos de la mujer y del varón, será aquella que se derive de la protección social a la maternidad, preservando la salud de la mujer y del producto en los periodos de gestación y la lactancia."

La despenalización del aborto no implica otorgar un trato de igualdad de género, sino desconocer la realidad biológica de unión durante el periodo gestacional entre la madre y el hijo en detrimento de este último al colocarlo en situación de total desprotección.

La despenalización del aborto no constituye una medida adecuada, proporcional y razonable para lograr la igualdad de la mujer y su participación en todos los ámbitos de la vida nacional; por el contrario, desconoce el mandato constitucional de protección a la vida humana desde la concepción, además de resultar contraria al artículo 4o. de la Constitución que obliga al legislador a proteger la organización y desarrollo de la familia, al permitir la destrucción de uno de sus miembros, como lo es el ser en formación.

2. Existe duda razonable sobre el estatus del embrión y del feto y, en cambio, es incontrovertible que la mujer es una persona con derechos consagrados de manera expresa en la Constitución, por lo que la penalización del aborto la coloca en una situación de vulnerabilidad, en la que es víctima al afectarse su salud y su autonomía.

Como ha quedado analizado, el hecho de que el status jurídico del embrión en cuanto a la titularidad o no de derechos y a su personalidad sea controvertido, no significa que no se trate de una vida humana en gestación que está constitucionalmente protegida, como la mayoría de Ministros lo ha reconocido, aunque incongruentemente establezcan distinciones por edad gestacional no obstante que la Constitución no establece restricciones ni limitaciones a su protección y expresamente prohíbe la discriminación por razón de edad, por lo que resulta inadmisibles hacer prevalecer los derechos de la mujer sobre la vida del *nasciturus* producto de una sexualidad libremente ejercida.

3. El embarazo forzado, en algunos casos, implica una forma de esclavitud, porque impone a la mujer un periodo de gestación en contra de su voluntad, con implicaciones para el resto de su vida.

En relación a lo anterior, debe resaltarse, en primer término, que no se está ante el supuesto de embarazos forzados sino, como se señaló, producto de relaciones sexuales libremente ejercidas y, en segundo término, que si bien la continuación de un embarazo no deseado afecta a la mujer durante ese periodo, ello es consecuencia de un acto por ella realizado respecto del ejercicio de una sexualidad que

en términos del artículo 4o. constitucional debe ser responsable, lo que significa afrontar las consecuencias a que el ejercicio de tal libertad dé lugar y que el aborto contradice frontalmente al implicar la liberación de tales consecuencias, además de que el embarazo constituye una afectación temporal al cuerpo de la mujer e, inclusive, su plan de vida puede también verse alterado sólo temporalmente dado que existen alternativas a su alcance como sería, por ejemplo, la adopción, por lo que ello de manera alguna puede justificar la privación de la vida del ser en gestación que nulifica en forma absoluta su derecho a existir.

4. La interrupción legal del embarazo no cumple con el principio de progresividad que obliga al Estado a mejorar la situación en el goce y ejercicio de los derechos humanos y prohíbe reducir sus niveles de protección vigentes o derogar los existentes.

La progresividad que se aduce atiende a una visión unilateral de los derechos de la mujer y a una visión contraria de los términos en que tales derechos se encuentran consagrados en la Constitución. Esta postura implica también regresividad respecto de los derechos del embrión. ¿Cuál sería lo postura progresiva en relación al derecho a la vida del ser en gestación?

5. La medida que obliga a la culminación del embarazo bajo la amenaza de la penalización de su interrupción no constituye un medio idóneo para proteger el derecho a nacer del producto de la concepción, porque de cualquier forma las mujeres que no quieran estar embarazadas se someterán a

un aborto, pero en condiciones riesgosas para su vida y su salud, por lo que la penalización es totalmente ineficaz.

La realidad de la comisión de delitos no puede llevar a eliminar la tipificación de éstos, máxime tratándose de valores esenciales de la sociedad como es la vida. Cabe preguntarse si ante el hecho irrefutable de la existencia de conductas que atentan contra la vida e integridad corporal de las personas o su libertad, ¿deben despenalizarse el homicidio, las lesiones, el secuestro, etcétera? ¿La represión por la vía penal no es apta para desincentivar estas conductas que atentan contra los derechos naturales del ser humano?

6. Si el Estado no ha cumplido con su obligación constitucional de educar en materia sexual y reproductiva y ha sido insuficiente en garantizar un acceso pleno a los métodos anticonceptivos, además de que no existe un método cien por ciento seguro, no puede reprocharse a la sociedad un ejercicio irresponsable de la libertad reproductiva mediante la penalización absoluta.

Sin desconocerse que la labor del Estado en la materia de educación sexual y reproductiva no es aún suficiente para garantizar un acceso pleno a los métodos anticonceptivos, debe tomarse en cuenta, por una parte, que el artículo 4o. constitucional establece también una obligación para los gobernados de ejercer su sexualidad y maternidad de manera libre, informada y responsable, por lo que no constituye sólo obligación estatal el velar por la educación en la materia, sino que se trata de una responsabilidad compartida; por otra parte, que las normas impugnadas se emiten para regir en el territorio del Distrito Federal, que constituye una

de las entidades cuya población está mejor informada y, finalmente, que si se parte de que ningún método anticonceptivo es cien por ciento seguro, como se aduce en el argumento que se contesta, nunca podrá el Estado reprochar en la vía penal el ejercicio irresponsable de la libertad reproductiva, lo que torna nugatoria la condicionante a que se sujeta el ejercicio de esa libertad.

Además, este argumento alude a la imposibilidad de una penalización "absoluta", lo que se entiende referido a hacer diferenciaciones por razón de edad gestacional, en contravención al artículo 1o. de la Constitución, como ha quedado ampliamente analizado.

7. Las posturas morales o absolutistas plantean el problema del aborto a la luz de un solo valor que no admite excepciones: la vida del producto de la concepción, desconociéndose los derechos de la mujer y las consecuencias no queridas que produce la penalización.

La penalización del aborto, sin diferenciación arbitraria de etapas gestacionales, no constituye una postura moral o absolutista que atienda sólo a la vida del producto de la concepción y desconozca los derechos de la mujer, sino una postura jurídica derivada de la protección que la Constitución otorga a la vida en gestación y que obliga al legislador ordinario a no desampararla. Esto no significa hacer prevalecer un solo valor sin excepciones, pues como también ha quedado señalado, el legislador se encuentra en posibilidad de establecer excluyentes de responsabilidad o excusas absolutorias para casos especiales, así como de prever sanciones diversas y no necesariamente una privativa de la libertad.

8. La despenalización del aborto hasta las doce semanas de gestación y el servicio público que brinda la interrupción del embarazo constituye un derecho de salud pública, además de que trasciende a los diferentes sectores de la población y beneficia a sectores vulnerables.

Es inadmisibles otorgar la naturaleza de derecho a una conducta violatoria de la vida del producto de la concepción protegido por la Constitución y que en tal conducta, además, participe el Estado, el cual conforme al artículo 1o. de la Ley Fundamental tiene la obligación de salvaguardar las garantías individuales.

El derecho a la salud supone la protección de la salud de la mujer embarazada y del ser en gestación, no así el brindar servicios de interrupción del embarazo, pues es un hecho científicamente comprobado que el embarazo no es una enfermedad, sino parte del proceso biológico de reproducción de la especie humana. Aún más, en el proceso legislativo que dio lugar al decreto impugnado se reconoce el peligro que corre la salud de la madre con la práctica de la interrupción del embarazo, al señalarse que la mortalidad materna con motivo de esa práctica es extremadamente baja en el primer trimestre de la gestación, siendo ésta la razón por la que se opta por hacer la distinción a partir del vencimiento de las doce semanas de embarazo, a pesar de que, con independencia de que el riesgo sea mayor o menor, la interrupción del embarazo constituye un riesgo a la vida y a la salud de la mujer embarazada.

Por tanto, si el embarazo no es una enfermedad y su interrupción pone en riesgo la vida y salud de la madre, es claro

que su licitud atenta contra esos derechos fundamentales de la mujer.

El hecho social consistente en la práctica de abortos clandestinos no puede tampoco dar lugar a un derecho social a interrumpir el aborto para evitar los riesgos a la salud que implica la práctica de abortos inseguros, especialmente de las mujeres económicamente desfavorecidas, pues si bien este hecho no se desconoce, no puede justificar la afectación a la vida del producto de la concepción constitucionalmente protegido. En todo caso, sería el Constituyente quien tendría que establecer estas excepciones al derecho a la vida del ser en formación.

A lo anterior debe añadirse que existen otras medidas pertinentes para dar solución a la problemática social del aborto clandestino, sin incurrir en conductas contrarias al orden constitucional. El Estado debe hacer todo lo necesario para evitar la práctica de abortos, lo que supone programas específicos de tipo positivo a fin de que no se cometan hechos considerados socialmente inconvenientes. Por el contrario, la legalización del aborto y su práctica por el Estado provoca que lo estimado indebido pase a considerarse debido y que los programas, en lugar de dirigirse a evitar que se cometan y reiteren esas conductas, promuevan la irresponsabilidad al evitar que se sufran las consecuencias a las que conducen los comportamientos antes prohibidos, fomentándose así una cultura de libertad sexual irresponsable.

La planificación familiar y la educación sexual deben orientarse a fomentar los valores establecidos en nuestra Carta

Magna. Las disposiciones impugnadas lejos de dirigirse a ello, fomentan su contravención.

X. Los artículos 144 y 146 del Código Penal para el Distrito Federal violan el principio de certidumbre y exacta aplicación de la ley.

En relación con este punto, el presente voto de minoría sólo es compartido por los Ministros Aguirre Anguiano y Azuela Güitrón y no por el Ministro Ortiz Mayagoitia.

En el punto I del considerando noveno del engrose plenario, titulado "Violación a los principios de legalidad, certidumbre y exacta aplicación de la ley penal", se sostiene, en esencia, lo siguiente:

a) De un contraste entre el texto anterior y el vigente del artículo 144 se advierte que no ha operado ningún cambio en el bien jurídico tutelado, esto es, el bien jurídico tutelado sigue siendo la vida en gestación, cambiando únicamente las circunstancias o condiciones en que dicho bien se protege.

b) El artículo 144, en relación con el 145, primer párrafo, última parte, establece que el delito de aborto sólo se sancionará cuando se consume. La idea de consumación del aborto corresponde, entonces, a la muerte del producto de la concepción, lo que se apoya en lo dispuesto en el artículo 4o. del propio Código Penal, que prevé el principio de afectación al bien jurídico para la actualización de un delito.

c) El artículo 144 no es en sí mismo un tipo penal, sino que sólo cumple la función de dar contenido cierto a los con-

ceptos de aborto y embarazo, los que constituyen elementos normativos de la valoración jurídica de los tipos penales de: 1) aborto autoinducido (artículo 145, primer párrafo); 2) aborto consentido (segundo párrafo); y 3) aborto forzado (artículo 146).

d) La Primera Sala de la Suprema Corte, al resolver el amparo directo en revisión 866/2007, elaboró un análisis de los componentes que integran el núcleo normativo y los que están fuera de él.

Aplicando tal análisis a las disposiciones impugnadas, se advierte que el artículo 145, en relación con el 144, contemplan la totalidad de los elementos que integran el núcleo de la norma, a saber, carácter, contenido y condición de aplicación, resaltándose que, incluso, resulta innecesario acudir a otra ley a efecto de colmar algún elemento, es decir, no sólo se contemplan todos los elementos que deben formar parte del núcleo normativo, sino también aquellos que no lo son.

En efecto, se describen con precisión las conductas que están prohibidas, así como sus elementos constitutivos: forma de comisión, calidad de sujetos, elementos objetivos, subjetivos y normativos, objeto del delito, bien jurídico, etcétera.

El núcleo de los tipos penales son las conductas que actualizan cada uno de ellos, a saber: 1) que la mujer por sí misma se procure su aborto; 2) que consienta que alguien más se lo realice; y 3) que cualquier persona haga abortar a una mujer en contra de su voluntad.

El artículo 144 establece la condición temporal que actualiza un aborto, no siendo la definición de embarazo el núcleo

de los tipos penales sino sólo uno de sus elementos normativos. El artículo 145 se refiere al instante en que se actualiza el embarazo, que comienza con la implantación en el endometrio. Estos dos momentos constituyen las condiciones normativas para colmar el tipo penal.

e) Por tanto, los artículos impugnados cumplen con el principio de tipicidad, porque describen con claridad los elementos que lo constituyen y actualizan, por lo que no existe vaguedad o ambigüedad que se traduzca en incertidumbre o provoque una inexacta aplicación.

No se comparte la postura de la resolución plenaria, pues como se señaló en el proyecto del Ministro instructor, los artículos 144 y 146 del Código Penal para el Distrito Federal vulneran el principio de exacta aplicación de la ley o de taxatividad penal, consagrado en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, al establecer como núcleo de los tipos de aborto y aborto forzado, una acción que no se corresponde con el bien jurídico tutelado y, por ende, provocar un estado de inseguridad jurídica para los destinatarios de la norma.

Lo anterior, porque al definir el delito de aborto y aborto forzado, las disposiciones legales cuestionadas sólo aluden a la interrupción del embarazo, pero sin relacionar tal interrupción con la muerte del producto de la concepción, lo que ocasiona incertidumbre, pues cualquier interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación actualizaría dicho ilícito, o bien, la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer, entendiendo el embarazo a partir de la implantación del embrión en el endometrio, verbigracia la cesárea.

En el engrose se sostiene que si la normativa exige la consumación del delito de aborto para que éste sea sancionable, la idea de consumación corresponde a la muerte del producto de la concepción, lo que se apoya en lo dispuesto en el artículo 4o. del propio Código Penal para el Distrito Federal, que prevé el principio de afectación al bien jurídico para la actualización de un delito, por lo que no existe incertidumbre alguna por no aludirse a la muerte del producto de la concepción en la tipificación de los delitos de aborto.

Al respecto, debe precisarse que el primer párrafo del artículo 145, al establecer la penalidad aplicable a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, exige la consumación del delito para que proceda la imposición de la sanción. Esa exigencia no se contempla para la procedencia de sancionar a quien practica el aborto a la mujer con su consentimiento o sin él.

En efecto, este precepto, que es el único que alude a la necesidad de que el delito de aborto se haya consumado, dispone:

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

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

Como se advierte del precepto transcrito, la consumación del delito de aborto sólo se exige para la procedencia de la aplicación de la sanción que se prevé para la mujer en los delitos que la resolución mayoritaria identifica como aborto autoinducido y aborto consentido; esto es, la exigencia de la consumación no se presenta respecto del sujeto activo del delito diverso a la mujer embarazada, ni respecto del delito de aborto forzado previsto en el artículo 146.

Por tanto, es inexacto que la idea de consumación en el delito de aborto en los tres tipos que identifica el engrose plenario, pueda ser considerado como la integración del concepto de muerte a la tipificación del delito, pues sólo está referido a la procedencia de la sanción para la mujer embarazada, ya sea en el aborto autoinducido o en el consentido, y no así a la actualización de las hipótesis tipificadas como delitos en los tres tipos referidos.

El artículo 4o. del Código Penal para el Distrito Federal, al que alude la resolución mayoritaria, que prevé el principio de afectación al bien jurídico para la actualización de un delito, lejos de apoyar la postura de esa resolución, confirma la vulneración al principio de taxatividad, porque al tipificarse el aborto sólo como la interrupción del embarazo, el delito no se corresponde, de manera precisa e indubitable, con una acción que cause un daño a la vida en formación, o a la integridad física de la mujer, pues interrumpir un proceso biológico no necesariamente lesiona o pone en peligro los bienes jurídicamente tutelados en el título primero del Código Penal para el Distrito Federal (vida e integridad corporal), desconociéndose con ello la obligación constitucional del legislador de construir los tipos penales lo más claros y exactos posibles,

para garantizar la seguridad jurídica de los justiciables y evitar la arbitrariedad de las autoridades en la aplicación de la ley penal.

Dicho de otra manera, la construcción legislativa del tipo de aborto no puede desvincularse del bien jurídico tutelado, esto es, de la vida en formación o la integridad física de la mujer y, por ende, sólo puede ser entendida como aquella acción que provoca la muerte del producto de la concepción, motivo por el cual, el legislador, en acatamiento estricto al principio de taxatividad penal y para evitar la inseguridad jurídica y la discrecionalidad en la aplicación de la ley penal, estaba obligado a escoger los términos que con mayor precisión y exactitud describan la conducta susceptible de reproche penal.

Esta inseguridad se advierte claramente con el hecho de que una cesárea quedaría comprendida dentro de la definición legal del delito pues constituye una interrupción del embarazo, por lo que todos los médicos que practiquen cesáreas podrían ser probables responsables del delito de aborto.

La resolución plenaria se basa en un precedente sustentado por la Primera Sala, que cita como el amparo directo en revisión 866/2007. Tal cita es incorrecta pues el amparo directo en revisión que examina los componentes de la norma a la luz del tratadista Georg Henrik von Wright, es el identificado con el número 886/2007.

Conforme a dicho precedente, el núcleo normativo se integra por el carácter de la norma, su contenido y las condiciones de su aplicación. El carácter de la norma puede ser

obligatorio, permisivo o prohibitivo (ubicándose el delito de aborto en este último). El contenido, tratándose de las normas de carácter prohibitivo, es aquella acción u omisión que se prohíbe. Las condiciones de aplicación son el conjunto de circunstancias que deben darse para que la norma deba ser cumplida.

Se sostiene en el proyecto que no se viola el principio de taxatividad, porque en los tres tipos de delito de aborto se contienen las conductas del núcleo de dichos tipos, a saber: 1) que la mujer por sí misma se procure su aborto; 2) que consienta que alguien más se lo realice; y 3) que cualquier persona haga abortar a una mujer en contra de su voluntad. Las definiciones de aborto y embarazo contenidas en el artículo 144 sólo cumplen la función de dar contenido cierto a esos conceptos.

Si conforme al precedente de la Primera Sala referido, el contenido del núcleo de la norma penal es la acción que se prohíbe y si, como se reconoce en el proyecto, esa acción la constituye el aborto en los tres tipos, pues la diferenciación en cada uno de ellos no es la acción sino la persona que lo realiza y el consentimiento de la mujer embarazada, es claro que la definición de aborto contenida en el artículo 144 es la conducta que integra el contenido de la norma del tipo penal.

Consecuentemente, si en la definición de aborto, que constituye la conducta de los tipos penales, no se comprende la muerte del producto de la concepción, es claro que incurre en ambigüedad y provoca incertidumbre conforme al propio precedente de la Primera Sala en que se apoya la resolución

plenaria, porque, contrariamente a lo ahí sustentado, no se contienen con claridad todos los elementos que integran el núcleo normativo, específicamente, la conducta reprochada penalmente, al no corresponder al bien jurídico protegido.

En el voto concurrente del Ministro Gudiño Pelayo (único que formuló consideraciones en relación al principio de taxatividad), a diferencia de la resolución mayoritaria del Pleno y coincidiendo con el proyecto que presentó el Ministro instructor, se sostiene que la Asamblea Legislativa creó dos tipos de aborto: 1) el aborto consentido o voluntario; y 2) el aborto forzado o sufrido.

Afirma que en el primero el bien jurídico tutelado es la vida del ser en formación y no así el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo y fecundidad, y en el segundo es, en todo momento, el derecho de la mujer a la maternidad, pero si el delito se comete después de la doceava semana de gestación, también lo es la vida del ser en formación.

Partiendo de estos bienes jurídicos tutelados, afirma que las normas impugnadas no violan el principio de exacta aplicación de la ley penal por omitir incluir la muerte del producto de la concepción en la tipificación de los delitos de aborto, pues ello no puede llevar a considerar incluidas aquellas interrupciones de embarazo que no tengan como resultado la muerte del producto de la concepción, en virtud de que si una interrupción de embarazo no atenta contra los bienes jurídicos protegidos no se actualiza el delito conforme al artículo 4o. del Código Penal para el Distrito Federal.

Lo infundado de tal aseveración se advierte claramente de la afirmación del Ministro Gudiño Pelayo en el sentido de

que el bien jurídico tutelado no siempre lo es la vida del ser en formación, concretamente en el aborto forzado practicado antes de las doce semanas de embarazo, ya que de lo anterior se sigue que la muerte del producto de la concepción no será un resultado exigido para la actualización de este delito, aunque se relacione con el bien jurídico protegido.

Consecuentemente, sí existe violación al principio de taxatividad por la incertidumbre que crea la construcción legislativa del tipo de aborto, al omitir aludir a la muerte del producto de la concepción, como resultado que debe provocar la conducta que tipifica el delito.

No obstante lo anterior, los Ministros que suscribimos el presente voto, incluyendo este último tema, consideramos que la violación al principio de taxatividad no podía llevar a declarar la invalidez de los artículos 144 y 146 impugnados, porque implicaría la supresión del delito mismo, lo que, lejos de restaurar el orden constitucional vulnerado, provocaría la desprotección absoluta de un bien jurídico constitucionalmente protegido; motivo por el cual optamos por realizar una interpretación conforme del texto de los preceptos impugnados, según la cual, la correcta intelección de éstos supone, necesariamente, que la interrupción del embarazo tiene que provocar la muerte del producto de la concepción para que se configure el delito de aborto.

XI. Conclusiones.

De todo lo razonado se concluye lo siguiente:

1) El derecho a la vida está consagrado implícitamente en nuestra Constitución.

2) El producto de la concepción se encuentra expresamente protegido por la Constitución, así como por los tratados internacionales y la Ley General de Salud, que integran junto con ella la Ley Suprema de la Unión.

3) Subsisten las jurisprudencias 13/2002 y 14/2002 del Tribunal en Pleno, pues sus criterios no fueron interrumpidos sino confirmados por la mayoría de los Ministros integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

4) El artículo 1o. constitucional contiene dos principios de salvaguarda de los derechos fundamentales, a saber: 1) la autoridad debe garantizar su goce para todos los habitantes; y 2) las garantías individuales no pueden restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que la propia Constitución establece.

5) Nuestra Constitución no establece límite o restricción alguna al derecho a la vida humana; por tanto, su protección se da desde que ésta inicia, a saber, desde la concepción.

6) El legislador ordinario no puede imponer límites al derecho a la vida.

7) El legislador ordinario está obligado a proteger desde el ámbito penal los bienes jurídicos que son esenciales para la sociedad, entre ellos, la vida humana como derecho natural del ser humano.

8) La tipificación del delito de aborto a partir del vencimiento de la décimo segunda semana de embarazo, computadas éstas a partir de la implantación del embrión en el

endometrio, así como el embarazo definido a partir de tal implantación, en los términos establecidos por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en el artículo 144 del Código Penal para la entidad, así como el 145 al establecer la penalidad sólo para el aborto practicado después de las doce semanas de embarazo, incurrir en la desprotección total del producto de la concepción en la primera etapa gestacional referida.

9) Tal desprotección implica violación al derecho a la vida, dado que significa la imposición de un límite o restricción a este derecho fundamental, no previsto por el Constituyente.

10) La referida desprotección también implica violación a los principios de igualdad y no discriminación, al establecerse distinciones en razón de edad gestacional.

11) En el supuesto no admitido de que el legislador ordinario estuviera facultado para ponderar el derecho a la vida del producto de la concepción frente a los derechos de la mujer a la salud, libertad sexual, maternidad, autodeterminación de su cuerpo y al de forjarse un plan de vida propio, tendría que prevalecer el primero. Lo contrario implicaría anular el derecho a la vida del *nasciturus* dando prevalencia a derechos que se afectan sólo temporalmente y que tienen alternativas de solución, máxime que se está ante supuestos de embarazos producto de relaciones sexuales libremente decididas, libertad que el artículo 4o. constitucional condiciona a su ejercicio responsable e informado.

12) La Asamblea Legislativa del Distrito Federal incumple los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la pon-

deración que realiza, así como el de progresividad de los derechos humanos al establecer un límite al derecho a la vida del *nasciturus*.

13) La tipificación del delito de aborto en las normas impugnadas viola el principio de taxatividad al omitir aludir a la muerte del producto de la concepción como resultado que debe provocar la conducta que actualiza el ilícito. No obstante, debe hacerse una interpretación conforme porque la supresión del delito mismo, lejos de restaurar el orden constitucional vulnerado, provocaría la desprotección absoluta de un bien jurídico constitucionalmente protegido.

14) Como consecuencia, debió declararse la invalidez de las porciones normativas de los primeros párrafos de los artículos 144 y 145 del Código Penal para el Distrito Federal, en cuanto precisan el delito de aborto y su penalidad, respectivamente, a partir de la décimo segunda semana de gestación, así como la del segundo párrafo del citado artículo 144, que establece el concepto de embarazo.