

V. VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO Pelayo*

Introducción

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

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

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

I. Antecedentes

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

a) Código Penal para el Distrito Federal

"Libro segundo

"Parte especial

"Título primero

"Delitos contra la vida y la integridad corporal

"...

"Capítulo V

"Aborto

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

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

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

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

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

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

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

b) Ley de Salud para el Distrito Federal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Don Francisco Zarco refiere lo siguiente en su crónica:¹

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

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

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

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

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

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

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

Respecto a la participación de don Ignacio Ramírez, otros diputados constituyentes hicieron el uso de la palabra, como

el señor León Guzmán, quien en su disertación revela cuál era el sentido de la expresión "derechos del hombre":

"Confiesa que el señor Ramírez pone a la comisión en tortura, porque no puede contestar a todas sus preguntas y objeciones, y porque parece no creer en la ley natural, y así acaso no aceptará las respuestas que en ella se funde. Por esto se va a valer de hechos.

"El señor Ramírez no negará que el hombre es un ser eminentemente libre y eminentemente social; que al reunirse los hombres en sociedad, conviene sacrificar un poco de su libertad natural para asegurar la demás, y que esta parte de libertad que se reservan todos los individuos, es lo que constituye el derecho del hombre en sociedad, y asegurar este mismo derecho debe ser el fin de las Constituciones y de todas las leyes; y así la comisión ha tenido razón para decir, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales."

Pienso que es claro que el Constituyente de 1857 adoptó una posición *iusnaturalista*, en particular, un *iusnaturalismo* de corte racionalista.

Por su parte, don Ponciano Arriaga dio contestación al discurso de don Ignacio Ramírez en los siguientes términos:

"Replica al señor Ramírez que los derechos no nacen de la ley, sino que son anteriores a toda ley, el hombre nace con ellos. El derecho de la vida, el de la seguridad, etcétera, existen por sí mismos, y a nadie ha ocurrido que se necesite una ley que conceda a los niños el derecho de mamar, y a los hombres todos el de alimentarse para vivir."

De este discurso es posible advertir que el Constituyente de 1857 concluyó que los derechos del hombre son anteriores al Estado y que el Estado sólo los reconoce como tales.

Por último, don Ignacio Vallarta, quien a la postre sería presidente de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, realizó la siguiente crítica:

"Califica de inexacta la redacción [del artículo 1o. constitucional], porque no es 'el pueblo', sino sus representantes quienes reconocen los derechos del hombre, y cree que sólo pudiera usarse el nombre del 'pueblo' en el caso de que realmente la Constitución fuera ratificada por el pueblo, como sucedió en los Estados Unidos.

"Quiere que la Constitución sólo contenga disposiciones preceptivas, mandatos imperativos, sin formular principios teóricos y abstractos, ni verdades científicas.

"...

"Cree además inútil que el artículo imponga deberes a todas las autoridades, cuando los artículos siguientes limitan las atribuciones de todos los funcionarios."

Así continúa la discusión, de la cual es posible desprender que en realidad esta concepción de derechos del hombre se refiere a valores de carácter abstracto, por lo que el Constituyente de 1857 adoptó una posición *iusnaturalista* al estimar que los derechos del hombre derivan de la propia naturaleza del hombre y que, por lo tanto, no tiene que enunciarlos.

No quiero desaprovechar la oportunidad de citar una última crítica que Ramón Rodríguez,² constitucionalista de la época, realizó en torno al citado artículo 1o. constitucional, en la que sostiene que:

"Este artículo pudo y debió haberse omitido.

"Su primera parte no es más que la noticia de lo que el pueblo mexicano reconoce; y es indebido dar noticias bajo la forma de artículos constitucionales. El lugar oportuno para tal efecto, son las gacetillas de los periódicos.

"No es de presumirse que se haya querido imponer a todos la obligación de creer el principio, que el pueblo mexicano reconoce respecto de los derechos del hombre, porque esto sería comenzar por incurrir en la más grosera contradicción, asegurando que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, e infringiendo desde luego, el más sagrado e inviolable, el de libertad del pensamiento, con el hecho de obligar a creer una cosa determinada.

"Si esta primera parte del artículo 1o. se quiere considerar como una razón para fundar la segunda o como una premisa de que se deduzca la consecuencia consignada enseguida, su existencia es también injustificable, porque las leyes no deben contener razonamiento ni premisas, sino preceptos claros y precisos.

"Hay que tener además en cuenta que la declaración que se hace en la segunda parte del artículo, no es una consecuen-

² Rodríguez, Ramón. *Derecho constitucional*. 1a. reimposición. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1978. Páginas 294-296.

cia de la primera. En ésta se dice que los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales. La consecuencia lógica que de esto podría deducirse, sería que las leyes y autoridades deben respetar y sostener los derechos del hombre y no sólo las garantías que la Constitución otorga.

"Suponiendo que esta deducción fuera lógica, ella no importa más que una declaración de que los funcionarios públicos deben cumplir los preceptos constitucionales en la parte que les incumbe.

"Esta declaración es innecesaria, porque las leyes se dan con el único y exclusivo objeto de que sean cumplidas, y sería la más ridícula extravagancia advertir, al dar una ley, que se da para que se cumpla.

"Por consiguiente, el artículo 1o. de la Constitución, sobre ser poco o nada lógico, es redundante e inútil.

"Por regla general es inconveniente y peligroso el que las leyes contengan artículos, pensamientos o palabras que no sean absolutamente necesarios para consignar el precepto que establecen, pero en México, son mucho mayores esos inconvenientes y peligros.

"Las imaginaciones ardientes de los mexicanos, su ingenio penetrante y agudo y su notoria inclinación a los ardidés y combinaciones artificiosas de ideas y de palabras para sostener sus pretensiones, les induce comúnmente a explotar las palabras, las ideas, y no pocas veces, hasta las letras y puntuación de las leyes, para darles aun cuando se incurra en un absurdo, el sentido o interpretación más conveniente a sus deseos.

"Nuestros funcionarios públicos suelen desgraciadamente resentirse de las mismas debilidades e incurrir en los mismos lamentables extravíos.

"Más de una vez he visto que personas respetables sostienen y defienden verdaderos despropósitos, aprovechando con habilidad notoria palabras inconducentes, que por desgracia abundan en nuestras leyes, o combinaciones tan ingeniosas como injustificables, de las más claras, terminantes y precisas. Por tales razones, me he visto precisado a manifestar con entera franqueza, que el art. 1o. de nuestra Constitución es enteramente redundante e inútil: no contiene ningún precepto positivo, y debe considerarse, simple y únicamente, como una especie de preámbulo e introducción, sin relación ninguna con los preceptos establecidos por la Ley Constitucional a que da principio.

"Ojalá no llegue un día en que este inconducente artículo no sirva para sostener alguna pretensión descabellada."

Este recorrido por la historia de nuestro derecho constitucional explica por qué en la Constitución de 1917 desapareció esta parte del artículo 1o., y por qué el actual comienza con la mención de "garantías", pero sin aludir qué garantiza, lo cual no puede ser otra cosa que los derechos del hombre a que se refería la Constitución de 1857, por lo que es posible concluir que la Constitución de 1917 también adoptó un corte *ius naturalista*.

Es importante manifestar que considero que la posición de los críticos del artículo 1o. constitucional no era del todo exacta, porque hoy acepta nuestro constitucionalismo que

en las Constituciones hay principios, valores y reglas; yo creo que bajo esta tónica es como debe interpretarse el artículo 1o. de nuestra Constitución. Ésta, por un lado, establece valores. ¿Cuáles? Los que en la Constitución de 1857 se denominaban "derechos del hombre", y que se consideraban como valores abstractos emanados en forma directa de la naturaleza del hombre, pero que en verdad constituyen principios y valores. Por otro lado, contiene reglas, que son las "garantías individuales".

Estimo que con base en esta dinámica, es decir, de esta interacción de principios y valores, de principios y normas, de valores y reglas, es como debe hacerse una correcta interpretación constitucional; por tal motivo, creo que no puede sostenerse que la Constitución mexicana no establezca como un valor constitucional el derecho a la vida; creo que eso no puede sostenerse, si partimos de la noción de que lo que las garantías individuales pretenden garantizar son justo esos valores.

Sin embargo, entre las reglas encontramos aquella como la prevista en el artículo 123, apartado A, fracción V, de la Constitución Federal que, en efecto, protege al producto de la concepción, pero en función de la mujer embarazada:

"Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

"El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

" ...

"V. Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán 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."

Según se advierte, la protección constitucional se dirige en forma directa a la mujer embarazada, como titular de un derecho subjetivo público y, como consecuencia, sólo de manera indirecta, al producto de la concepción, de tal modo que dicho precepto constitucional no es adecuado para sostener que la Constitución tutela un derecho absoluto a la vida.

Por otro lado, creo que no hay una sola regla en el texto de la Carta Magna que establezca una protección directa al producto de la concepción, con independencia, o en contra, de la voluntad de la madre.

También, difiero de la afirmación de que este valor, denominado derecho a la vida que establece la Constitución, sea de carácter absoluto.

En una Constitución, cualquiera que ésta sea, no pueden preverse derechos absolutos, porque la propia naturaleza del régimen constitucional exige conciliar una serie de valores que no necesariamente son compatibles.

El orden constitucional se forma con un equilibrio entre libertad y poder; si se privilegia el poder, se resta libertad; si se privilegia la libertad, se resta poder. Asimismo, estimo que el régimen constitucional consiste en un equilibrio entre valores que son antagónicos, que no son del todo compatibles, por ejemplo, el valor de libertad puede entrar en conflicto con el valor de la seguridad pública. Así, una persona que aún no recibe sentencia, debe permanecer privada de su libertad, en prisión preventiva, porque se le acusa de un delito, que por la pena o las circunstancias de comisión no admite fianza, y se le dictó auto de formal prisión. En este caso, resulta necesario preguntar: ¿Cómo es posible que una persona, a la que no se le ha dictado sentencia permanezca privada de su libertad? Precisamente por este equilibrio entre dos valores antagónicos. Por una parte, los derechos del procesado y, por otra, la seguridad pública.

Como éste, podemos encontrar muchos ejemplos en la Constitución, en los cuales se propugna por un equilibrio entre valores, y uno de estos valores es el relativo a la vida humana, el cual puede entrar en conflicto con otros valores, también constitucionales, como la libertad de la mujer a decidir sobre su cuerpo, el no imponerle una maternidad que no decidida por ella, entre otros.

Cuando los valores enunciados entran en conflicto con el valor de la vida, el legislador debe resolver y ponderar cuál de los dos valores es el que predomina. En la mayoría de los códigos, el conflicto de valores se resolvía en favor del no nacido, salvo en casos de excepción. En la actualidad, la legislación del Distrito Federal establece otro tipo de solución: hasta antes de la decimosegunda semana de la implanta-

ción del embrión en el endometrio es la madre quien decide; a partir de la décimo segunda semana es la ley la que protege al producto de la concepción.

Bajo mi perspectiva, la solución a estos conflictos de intereses, de valores constitucionales, le corresponde al legislador ante la imposibilidad de que el Constituyente Permanente conozca de antemano la gama de conflictos que pueden presentarse y analice cada caso concreto.

Por otro lado, no existe una sola regla constitucional, una sola garantía constitucional, que obligue al legislador a penalizar conductas de particulares, de tal modo que no constituye una infracción a la Carta Magna la falta de penalización de la interrupción del embarazo antes de la doceava semana, contada a partir de la implantación del embrión en el endometrio, ni mucho menos la reducción de la pena establecida para la conducta que sí constituye delito.

Al ser así, y por estas razones de hermenéutica constitucional, con independencia de cuál sea mi opinión personal respecto a la reforma, debo manifestar que no encuentro motivo alguno de inconstitucionalidad en ella, puesto que se trata de una despenalización, por decirlo de alguna manera, que no infringe regla alguna, ni los valores que establece la Constitución, porque ninguna regla obliga al legislador a penalizar conductas de particulares.

Habiendo dejado sentado cuál es el método de interpretación constitucional que considero adecuado para abordar el problema planteado, me referiré ahora al análisis dogmático de la reforma penal en cuestión, y las conclusiones que obtengo de él.

III. Análisis de la reforma a los artículos 144 al 147 del Código Penal para el Distrito Federal, bajo una perspectiva penal y constitucional

Una de las grandes incógnitas que quedan por resolver en las acciones de inconstitucionalidad que nos plantearon, consiste en determinar el bien jurídico tutelado en los delitos de "aborto voluntario" y el aborto forzado, producto de la reforma del 26 de abril de 2007, pues su determinación constituiría el eje a partir del cual podrían analizarse tales delitos bajo una perspectiva penal y constitucional.

Para resolver esta incógnita estimo necesario, en primer lugar, hacer un análisis comparativo entre el delito tipificado antes y después de la reforma, así como los motivos que brindó el legislador para proceder a la reforma de mérito, y después efectuar un estudio dogmático de los delitos en vigor y así estar en condiciones de calificar los conceptos de invalidez propuestos.

A. Marco teórico

a) Análisis comparativo del bien jurídico tutelado, antes y después de la reforma

i) Antes de la reforma de veintiséis de abril de dos mil siete.

El artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal disponía en forma textual lo siguiente:

"Título primero
"Delitos contra la vida y la integridad corporal.

"...

"Capítulo V
"Aborto

"Artículo 144. Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo."

Este tipo penal estaba inserto en el título primero, denominado "Delitos contra la vida y la integridad corporal". Tal denominación permite un primer acercamiento a los bienes jurídicos tutelados: la vida e integridad corporal.

La doctrina que imperaba antes de la reforma sostenía que aborto es la muerte del feto dentro del seno materno como consecuencia de su provocada expulsión, cuando por las características del feto (su inmadurez), tal ha sido el medio seleccionado para matarlo.

Esto significa que la mayoría de los doctrinarios coincidían en que el aborto, antes de su reforma, protegía la vida del feto. La prohibición era para que no se realizaran conductas que atentaran contra el todavía no nacido, pero con derecho a nacer, de tal forma que se le prive de la vida o del derecho a tenerla aun antes de su nacimiento.

Los tratadistas consideraban más apropiado designar al delito como feticidio, en razón de que el objeto doloso de

la maniobra abortiva no era otro que el de atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad.³

Otra es la opinión de Porte Petit, para quien la vida del producto es, en efecto, el bien jurídico que se resguarda.⁴

Por su parte, Virgilio Ruiz Rodríguez expresa que el objeto material del delito de aborto es el mismo producto de la concepción. Y el bien jurídico tutelado es la vida del producto.⁵

Por otro lado, la Suprema Corte había sostenido que los bienes jurídicamente protegidos por la norma eran la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad de la mujer, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad.

Resultan interesantes los criterios aislados de la Primera Sala:

"Sexta Época

"Instancia: Primera Sala

"Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

"Segunda Parte, IX

"Página: 9

"ABORTO.—De acuerdo con el artículo 329 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, vigente en el

³ González Quintanilla, José Arturo. *Derecho penal mexicano*. Ed. Porrúa. México, 2004. Página 715.

⁴ Barraza, Eduardo. *Aborto y pena en México*. Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2003. Páginas 56-57.

⁵ Ruiz Rodríguez, Virgilio. *El aborto. Aspectos: jurídico, antropológico y ético*. Ed. Universidad Iberoamericana. México, 2002. Página 52.

Estado de Baja California, aborto es la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez. Así pues, tratándose de la figura delictiva que define dicho precepto y que los tratadistas consideran más apropiado designar como delito de feticidio, en razón de que el objeto doloso de la maniobra abortiva, no es otro que el de atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad, los bienes jurídicamente protegidos al través de la sanción, son: la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad en la mujer, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad. Para la integración del delito, no interesa cuál haya sido el vehículo de la muerte del producto de la preñez y para el objeto de la tutela penal no interesan las maniobras de expulsión o de extracción o de destrucción del huevo, embrión o feto, ya que la consecuencia de muerte, es el fenómeno importante.

"Amparo directo 4709/57. Salvador Sepúlveda Holguín. 19 de marzo de 1958. Cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne."

"Quinta Época

"Instancia: Primera Sala

"Fuente: Informes

"Informe 1952

"Página: 13

"ABORTO, DELITO DE (LEGISLACIÓN DE OAXACA).— La represión de este delito tiende a la protección de un futuro ser humano, tutelando al propio tiempo la salud de la madre, puesta en grave peligro por las maniobras abortivas. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 393 del Código Penal

del Estado de Oaxaca, si el infractor ejerce violencia física sobre la víctima, conociendo su estado de gravidez, configura con tal proceder el ilícito de aborto.

"Amparo directo 2812/41. Felipe Olivera Javier. 11 de febrero de 1952. Mayoría de tres votos. Disidentes: José María Ortiz Tirado y Luis G. Corona. Ponente: Teófilo Olea y Leyva. Secretario: Enrique Padilla C."

ii) Sistema actual

En la actualidad, el aborto aún constituye un delito y, por ende, puede sostenerse que persiste el interés primigenio del legislador de sancionarlo; asimismo, continúa inserto dentro del título relacionado con los delitos contra la vida e integridad corporal.

El trabajo legislativo de la reforma que ahora nos ocupa hace hincapié en las razones por las cuales, durante las doce primeras semanas, no es punible el aborto, las cuales estimo innecesario transcribir, pero que se resumen en lo siguiente:

- Hasta antes de la reforma, las mujeres no podían decidir sobre su cuerpo, haciendo evidente que los derechos alcanzados por ellas aún eran muy limitados.
- Por lo tanto, el aborto es un acto que debe ser de preferencia responsabilidad de las personas involucradas, esto es, de las mujeres, porque es su cuerpo y su derecho a decidir qué hacer con él.
- Al despenalizar el aborto se protege a la mujer y se evita en mayor proporción que pongan en riesgo su vida y su salud.

- Se reconoce que la mujer tiene derecho de decidir sobre su maternidad y que es necesario proteger su salud e integridad física y emocional.
- Se les reconoce a las mujeres el derecho de definir su proyecto de vida, como modo de hacer efectivo el derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- El propósito de la reforma es garantizar el derecho de la mujer a decidir de manera libre y responsable sobre su cuerpo, en relación con el número y espaciamiento de sus hijos. Esto es, se parte del derecho que tienen las mujeres a la autodeterminación sobre su cuerpo.

De lo anterior se advierte que como consecuencia de la reforma al artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal, la despenalización de la interrupción del embarazo hasta la doceava semana propugna por tutelar el derecho de la mujer a decidir: a) sobre su propio cuerpo, b) sobre su maternidad, c) sobre su vida, y d) sobre su salud física y emocional.

Después de ese periodo, la conducta continúa penalizada como aborto, ya sea que se produzca de manera voluntaria por la madre, en lo individual, o con la participación de otro, o bien, que sea un aborto forzado provocado por un tercero.

Toda vez que la reforma de mérito gira en torno a la despenalización en el plazo indicado, se infiere que la preservación del tipo, aun con un cambio de lenguaje, aún tutela los mismos bienes jurídicos de antaño, pero con ciertos matices, a saber:

- **La vida del producto de la concepción** (en el aborto voluntario y en el aborto forzado, pero en este último sólo después de las doce semanas de la implantación del embrión en el endometrio, ya que antes de ese término la mujer tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo).

- **El derecho de la mujer a la maternidad** (en especial tratándose del aborto forzado, porque este último puede ocurrir en cualquier tiempo).

En el caso del aborto voluntario queda claro que el bien jurídico tutelado sólo es la vida del producto de la concepción, pues se ha extinguido el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo. Además, resultaría un contrasentido que la ley contemplara a la mujer embarazada como sujeto activo del delito que atentara a un bien jurídico propio.

En el caso del aborto forzado es preciso recordar que sólo para efectos de su despenalización (durante las doce primeras semanas del embarazo), es posible sostener que prevalece el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo y fecundidad, el cual **se extingue transcurrido ese lapso**, a partir del cual es necesario tutelar otro interés, el cual el legislador no descartó de manera expresa con motivo de la reforma. De hecho, si así lo hubiera decidido, entonces habría despenalizado el aborto por completo.

No puede olvidarse que el delito de aborto se encuentra inserto en el título primero del libro segundo del Código Penal para el Distrito Federal, intitulado "Delitos contra la vida y la integridad corporal", bienes jurídicos que pueden corresponder al ser en formación o a la madre, según el tiempo y las circunstancias en las cuales ocurra el delito.

Lo anterior de algún modo se corrobora con el trabajo legislativo que dio lugar a las reformas en cuestión.

a) Dictamen de comisiones:

"... estas Comisiones Unidas estiman que la propuesta de reforma al artículo 145 del Código Penal para el Distrito Federal que fue realizada por el diputado Armando Tonatiuh González Case no es atendible, dado que pretende despenalizar de manera absoluta la interrupción del embarazo causada por terceros, siempre que éstos cuenten con el consentimiento de la mujer embarazada, sancionando únicamente el aborto sufrido, lo que se traduciría en una desprotección incondicionada de la vida en gestación, que es un bien constitucionalmente reconocido.

"...

"... Por lo que, atendiendo al principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, se correría el riesgo de que conductas que coartaran el derecho de las mujeres a llevar a término su embarazo quedaran impunes. Además, no se justifica la reducción de la pena que se propone cuando el aborto es causado sin el consentimiento de la mujer embarazada y sin violencia, que bajaría la pena actual de cinco a ocho años de prisión a la de uno a tres años de prisión, ya que pasa por alto que tratándose del aborto la ley penal no sólo sanciona la afectación de la vida en gestación, sino que de manera destacada castiga la vulneración de derechos constitucionalmente protegidos, cuya titularidad corresponde a la mujer embarazada, como lo son la libertad reproductiva y el derecho a la maternidad libre y consciente, que se encuen-

tran reconocidos en el párrafo segundo del artículo 4o. de la Constitución Federal."

Por lo tanto, con base en una interpretación histórica, genética, lógica y sistemática de las normas reformadas, concluyo que tanto los delitos de aborto voluntario como necesario tutelan, con ciertos matices, la vida del ser en formación y el derecho de la mujer a la maternidad, y que no deben confundirse tales bienes jurídicos con los motivos que se tuvieron para despenalizar el aborto.

b) Análisis dogmático del delito de aborto en términos de la legislación impugnada

Resulta conveniente reiterar lo que dispone el Código Penal para el Distrito Federal, ya reformado:

"Libro segundo

"Parte especial

"Título primero

"Delitos contra la vida y la integridad corporal

"...

"Capítulo V

"Aborto

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La definición del delito de aborto que adopta el Código Penal es la interrupción del embarazo después de la decimosegunda semana de gestación y se sanciona de tres a seis meses de prisión, o de cien a trescientos días de trabajo en favor de la comunidad.

Con anterioridad a la decimosegunda semana de gestación, la interrupción del embarazo en términos jurídicos no

se considera aborto y, en consecuencia, no está penalizado, lo que sí acontece después de dicho periodo si no se está en el supuesto de alguna de las causales excluyentes de responsabilidad.

De la lectura de los artículos 144 a 147 del Código Penal para el Distrito Federal, podemos sostener que el legislador ha creado dos tipos de aborto: el aborto "*consentido o voluntario*" (artículos 144 y 145) y el aborto forzado (artículos 146 y 147), mejor conocido en la doctrina como "aborto sufrido".

Aborto voluntario:

1. Elementos objetivos:

a) Conducta: Es un delito de acción, porque para su perpetración exige la realización de movimientos corpóreos o materiales, consistentes en las maniobras que se practican sobre la mujer embarazada, para producir la interrupción del embarazo.

b) Resultado: No es un delito de peligro sino de resultado, porque exige la interrupción del embarazo. No admite tentativa cuando el sujeto activo es la mujer (artículo 145, primer párrafo, último renglón). Cuando el sujeto activo es un tercero, no existe impedimento legal para que ésta se configure, en términos del artículo 20 del Código Penal para el Distrito Federal.⁶

⁶Artículo 20 (Tentativa punible). Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico

De manera ordinaria, es un delito de ejecución instantánea, aunque cabe la posibilidad de que sea un delito continuo en el caso en que se suministre a la mujer, cada día, sustancias con el objeto de que interrumpa su embarazo.

c) Sujeto activo: La mujer embarazada o un tercero. El tipo penal no exige calificación en el sujeto; sin embargo, cuando el delito lo comete un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, se prevé la pena adicional de suspensión en el ejercicio de la profesión u oficio.

d) Bien jurídico tutelado: Como se demostró, el bien jurídico protegido es la vida del ser en formación. En ese momento, ha desaparecido el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo y fecundidad.

e) Sujeto pasivo: Si sostenemos que el bien jurídico protegido es la vida del ser en formación, sería muy complicado afirmar que el feto es el titular del mismo y, por ende, el sujeto pasivo, pues ello llevaría a sostener que se trata de una persona, conclusión que es muy discutible. Sin embargo, tampoco es sencillo sostener que se trata de la madre, *pues el delito se comete por la mujer embarazada o por un tercero con el consentimiento de esta última*. Quedarían como opciones la sociedad, que tutelaría un interés demográfico o moral, o el padre, quien tendría derecho a la descendencia.

tutelado." En adición, la Primera Sala de esta Suprema Corte sostuvo durante la Quinta Época que era sancionable el aborto tanto consumado como tentado, lo que admite al dolo eventual o indirecto y el preterintencional, siendo el bien jurídicamente protegido la vida del producto de la concepción en cualquiera de sus etapas. Puede consultarse la tesis identificable bajo el rubro: "ABORTO. NATURALEZA Y ESTRUCTURACIÓN DEL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ)."

f) Objeto material: Lo constituye el feto o "la vida humana dependiente o integrante del cuerpo de la mujer", de acuerdo con la percepción y apreciación del legislador durante la elaboración de la ley.

Lo anterior trae como consecuencia que si no existe el embarazo, estaríamos en presencia de un delito imposible por falta de objeto.

g) Medios de comisión: Cualquier instrumento, clínico o no, que pueda producir la interrupción del embarazo.

h) Circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión: De tiempo, pues sólo existe el delito después de la doceava semana de embarazo, lo que significa que sólo se protege el bien jurídico a partir de ese momento.

2. Elementos subjetivos:

a) Dolo: Éste se exige para la configuración del delito, lo que implica que se requiere la voluntad y conciencia del agente de dar muerte al producto de la concepción.

b) Culpa: De acuerdo con el artículo 19 del Código Penal para el D.F., los delitos culposos sólo serán punibles en los casos expresamente señalados por la ley, y en el tipo penal en estudio no se sanciona el delito cometido con culpa de la mujer embarazada (artículo 148, fracción IV) o, inclusive, de terceros.

Por lo tanto, si se da el resultado por imprudencia o ausencia de conciencia y voluntad, éste no es sancionable.

c) Elementos subjetivos diferentes del dolo: No se advierten en el tipo.

3. Elementos normativos de valoración:

a) Cultural: No se advierten en el tipo.

b) Legal: No se advierten en el tipo.

c) Científica: Los conceptos de "embarazo", "gestación" e "implantación del embrión en el endometrio".

Aborto forzado:

1. Elementos objetivos:

a) Conducta: Es un delito de acción, porque para su perpetración exige la realización de movimientos corpóreos o materiales, consistentes en las maniobras que se practican sobre la mujer embarazada para producir la interrupción del embarazo.

b) Resultado: La interrupción del embarazo. No existe impedimento legal para que sea punible la tentativa en términos del artículo 20 del Código Penal para el Distrito Federal.

Ordinariamente, es un delito de ejecución instantánea, aunque cabe la posibilidad de que sea un delito continuado en el caso en que se suministre a la mujer, cada día, sustancias con el objeto de que interrumpa su embarazo.

c) Sujeto activo: Cualquier persona diferente a la mujer embarazada. El sujeto puede ser calificado, como un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, pero no lo exige la redacción del tipo.

d) Bien jurídico tutelado: En todo momento, el derecho de la mujer a la maternidad, pero si el delito se comete después de la doceava semana de gestación, el bien jurídico es la vida del ser en formación.

e) Sujeto pasivo: Puesto que se trata del aborto practicado en contra de la voluntad de la mujer embarazada, es posible sostener con claridad que ella es la titular del bien jurídico protegido y que, por tanto, el sujeto pasivo es esta última. Sostener que es el feto, implicaría darle el calificativo de persona o admitir que los sujetos pasivos no necesariamente deben reunir esta última condición.

f) Objeto material: El feto o "la vida humana dependiente o integrante del cuerpo de la mujer".

g) Circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión: La interrupción del embarazo puede presentarse en cualquier tiempo.

h) Medios de comisión: Cualquier instrumento, clínico o no, que pueda producir la interrupción del embarazo.

i) Calificativas o modificativas: La violencia física o moral.

2. Elementos subjetivos:

a) Dolo: Lo exige el tipo penal.

b) Culpa: De acuerdo con el artículo 19 del Código Penal para el D.F., los delitos culposos sólo serán punibles en los casos expresamente señalados por la ley, y en el tipo penal en estudio no se sanciona el delito culposo.

c) Elementos subjetivos diferentes del dolo: No se advierten en el tipo.

3. Elementos normativos de valoración:

a) Cultural: No se advierten en el tipo.

b) Legal: No se advierten en el tipo.

c) Científico: Los conceptos de "embarazo", "gestación", e "implantación del embrión en el endometrio".

B. Conceptos de invalidez

Establecida mi postura dogmática sobre los elementos de los tipos penales del aborto voluntario y forzado, expongo mi criterio en torno al concepto de invalidez que se contesta en el considerando séptimo del proyecto, relacionado con la violación al principio de exacta aplicación de la ley penal.

a) Postura que proponía el primer proyecto de sentencia

El primer proyecto sometido a la consideración del Tribunal Pleno estimaba que la expresión "interrupción del embarazo" viola el principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, previsto en el artículo 14 constitucional, ya que "... es

ambigua y no describe de manera clara y precisa la conducta susceptible de ser sancionada".

Al respecto, el proyecto sostenía que esa definición era tan amplia que podía llevar a sancionar, inclusive, aquellas interrupciones del embarazo que no tengan como resultado la muerte del producto de la concepción, por ejemplo, una cesárea a los seis o siete meses de embarazo, situación que provoca incertidumbre para los justiciables y abre la puerta a la arbitrariedad de las autoridades que aplicarán la norma.

No concuerdo con esa apreciación, porque la misma descuida el análisis dogmático de los delitos de aborto voluntario y aborto forzado, en especial de cuatro elementos objetivos del tipo que deben entenderse de manera armónica, como la conducta, el resultado, el bien jurídico tutelado y los medios de comisión del delito.

Tal como lo asenté, bajo mi perspectiva, los bienes jurídicos en estudio son, con ciertos matices, la vida del ser en formación y el derecho de la mujer a la maternidad, de tal modo que si una interrupción del embarazo no atenta contra tales bienes jurídicos, no se actualiza el delito. Así lo corrobora el artículo 4o. del Código Penal para el Distrito Federal, el cual dispone:

"Artículo 4o. (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal."

Así, la conducta, consistente en la acción de "interrumpir el embarazo", no debe entenderse de manera aislada, sino concatenada con el resultado, que debe consistir en el atentado al bien o bienes jurídicos protegidos. En este sentido, una interrupción del embarazo no tiene relevancia para el derecho penal si no lacera el bien jurídico protegido.

Los accionantes sostienen que la redacción de la norma es tan ambigua que podría interpretarse que una cesárea actualiza el tipo penal de aborto. Sin embargo, contrario a lo sostenido por ellos, tal supuesto no actualiza el referido delito, ni mucho menos demuestra falta de exactitud en la redacción del tipo. En efecto, no cualquier cesárea atenta contra los bienes jurídicos en juego. De hecho, de ordinario, tal operación quirúrgica se emplea para provocar el "nacimiento" que, como tal, se opone al concepto etimológico de aborto (de la voz latina *abortus*; *ab*, privación, y *ortus*, nacimiento).

Es cierto que la cesárea puede ser un medio de comisión del delito de aborto, de tal modo que sólo será relevante si con ella se atenta contra los bienes jurídicos tutelados. De otra manera, es posible que precisamente los ampare y, por lo tanto, no pueda pensarse en su punición. No podemos llevar la interpretación de la ley a conclusiones absurdas, como sería la de considerar delito a interrupciones de embarazos, no obstante que no tuvieran como resultado la muerte del embrión o feto.

En consecuencia, estimo que la lectura, interpretación y aplicación de las normas impugnadas no deben realizarse de manera aislada, sino armónica y en conjunción con los

propios principios jurídicos que prevé el artículo 4o. del Código Penal para el Distrito Federal y la teoría del delito. Por lo tanto, bajo mi perspectiva, los artículos 144 y 146 impugnados no son inconstitucionales.

b) Mi postura en relación a los restantes conceptos de invalidez, relacionados con la violación al principio de exacta aplicación de la ley penal que no se abordaron en la propuesta original

Además de las razones apuntadas, ambos accionantes sostienen que los tipos penales no son claros ni precisos, en los siguientes términos:

i) La circunstancia de tiempo, consistente en "después de las doce semanas", no es fácil determinar con exactitud y la ley no previó de manera expresa un mecanismo, con el objetivo de que el médico determine ese plazo. Lo anterior es crucial para saber si la conducta en que incurre está penada o no.

El proyecto propone declarar inconstitucional esa expresión. Manifesté al principio de este dictamen que no comparto las consideraciones que sustentan tal declaratoria, razón por la cual me permito expresar mis apreciaciones sobre este concepto de invalidez.

Me parece que determinar si se actualiza o no la exigencia de la ley es una cuestión de prueba pericial. En todos los delitos, los elementos del tipo deben ser demostrados, aun los de carácter normativo y de valoración científica. En el caso del periodo "doce semanas", se trata de una circunstancia de

tiempo, que forma parte de los elementos objetivos del tipo, la cual no escapa de la valoración de la prueba pericial a la luz del arbitrio judicial, como también sucede en aquellos tipos penales que exigen dicha circunstancia para actualizar el delito. Ahora bien, la ley sí establece un parámetro para contabilizarlo, consistente en "la implantación del embrión en el endometrio". Este último es un elemento normativo de tipo científico que deberá definir el Juez en cada caso concreto con base en las pruebas que obren en autos.

De cualquier modo, creo que en caso de duda el Juez podría acudir al principio *in dubio pro reo* para excluir de reproche a los sujetos activos.

ii) El inicio del periodo a computar tampoco es claro. En el artículo 144 se hace referencia a la interrupción de la "gestación" y en el artículo 145 se hace referencia a la interrupción del "embarazo". Gestación tiene que ver con gestar y significa que la madre lleve y sustente en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto. Embarazo, en términos del artículo 144, inicia con la implantación del embrión en el endometrio.

En mi opinión, el legislador empleó ambos términos como sinónimos. En este caso sí abogaría por una interpretación conforme. El diccionario define gestación como "embarazo y tiempo que dura". De acuerdo con el diccionario de la Real Academia, embarazo es el "estado en el que se halla la hembra gestante" y la gestación es el "embarazo o preñez".

Por lo tanto, no creo que el empleo de tales sinónimos viole el principio de certeza jurídica.

iii) Aunque los artículos 145 y 146 aluden al "consentimiento", ninguno de ellos ofrece algún parámetro para evitar vicios en el mismo.

Me parece que no es vocación de la norma penal establecer mecanismos para evitar los vicios en el consentimiento. Si hay una cuestión que debe demostrarse en todos los delitos es la existencia de la conducta; por lo tanto, la cuestión de los vicios es materia de prueba.

En este sentido, si se demostrara que no hubo consentimiento ante la presencia de una fuerza física o moral irresistible, de tal modo que hizo nugatoria la voluntad, entonces no se actualizaría el delito.

Si, por el contrario, se tomó una decisión, pero viciada, es preciso distinguir entre el aborto voluntario y el aborto forzado. En el primer caso, la mujer puede ser sujeto activo, y los engaños de los que fue objeto sólo trascenderían en la valoración de su culpabilidad, llegando a excluirla, a juicio del Juez, quien ponderará los alcances de los vicios.

No obstante, es una cuestión subjetiva e interna que deberá demostrarse a través de medios probatorios durante el proceso penal.

En cuanto al aborto forzado, la mujer siempre es el sujeto pasivo, por lo que no tiene trascendencia si existieron vicios del consentimiento o no.

En consecuencia, la falta de previsión de la circunstancia fáctica que invocan los accionantes no tiene por qué estar prevista en el tipo penal, ya que se trata de una cuestión que depende del caso concreto y que de alguna manera está prevista en el sistema, sobre todo en el rubro de la culpabilidad.

iv) De imponer una pena mayor a quien ayude a una mujer a abortar, que a la mujer que decidió abortar, siendo que en la redacción anterior ambas penas eran idénticas. Por lo tanto, dichas penas no guardan congruencia con el bien jurídico protegido (el proceso de gestación).

Éste es un argumento de razonabilidad de la ley penal. Para ello, es preciso acudir a los motivos que tuvo el legislador para reducir la pena en favor de la mujer, los cuales están transcritos en el proyecto a foja 592. Según se aprecia, si el legislador decidió prever el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo y fecundidad, despenalizando el aborto durante cierto periodo, entonces fue proporcional disminuir la pena cuando sea ella quien decida producirlo en forma voluntaria. El legislador sostiene de modo expreso que, "*... la reforma propuesta tiene un carácter ponderado que atiende al principio de razonabilidad, dado que la vida en gestación sigue recibiendo la protección de la ley penal, al tiempo que se garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer ...*"

La disminución de la pena tuvo una razón de ser, que consiste en la tutela, aun diluida, de los derechos de la mujer antes citados, con respecto a los cuales nadie más puede disponer. Para hacer esa distinción es que se prevén dos pe-

nas diferentes, una más grave que la otra: la más grave, imputable a un tercero, se aplica a quien lacere dos bienes jurídicos que tienen relación con la mujer y el producto de la concepción; en el segundo caso, la pena se atenúa porque no es un tercero quien interfiere en el proyecto de maternidad.

Por lo tanto, estimo que existen elementos para reconocer la constitucionalidad de este ejercicio de razonabilidad del legislador.

v) Es contrario al principio de exacta aplicación la existencia de dos tipos penales: el denominado aborto voluntario y el aborto forzado.

No se estima que la existencia de dos o más tipos penales puede traer consigo inseguridad jurídica, mientras se encuentren redactados en términos precisos. La Constitución no impone límites al legislador para crear el número de tipos penales que estime pertinente.

vi) Como el aborto puede ocurrir después de las doce semanas, por ejemplo, en el cuarto, quinto o sexto mes, entonces en un parto prematuro necesario habrá nacimiento, pero también aborto.

Estimo que ello no constituye violación al principio de certeza jurídica. Las nociones de "aborto" y "parto" tienen una connotación distinta y se excluyen entre sí. El primero es un delito doloso, el segundo es una circunstancia que tiene por vocación el nacimiento. El primero atenta contra el bien jurídico tutelado, en cambio el segundo no necesariamente.

vii) Existe una contradicción interna entre los preceptos sustantivos que regulan el delito de aborto y las excluyentes de responsabilidad previstas en el artículo 148 del mismo código, pues en los primeros el bien jurídico tutelado es el proceso de gestación, mientras que el segundo se construyó con base en la protección de la vida.

Los accionantes parten de la premisa incorrecta de que el bien jurídico tutelado es "el proceso de gestación" cuando queda demostrado que son la vida del producto de la concepción y el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad. Estos últimos principios también inspiran al artículo 148 del código en comento, que autorizan el aborto en casos tales como la violación o inseminación artificial, cuando de no practicarse el aborto la mujer corra peligro de afectación grave en su salud, o el aborto eugenésico, motivo por el cual se respetan las líneas generales de pensamiento del legislador en el sentido de tutelar al producto de la concepción y el derecho de la mujer a realizar un proyecto de vida específico.

viii) Si se incurriera en el delito de aborto por interrumpir el embarazo durante el quinto mes y se causaran lesiones al producto, o bien, su muerte, estaríamos en presencia de un concurso ideal de delitos. Todo porque el legislador cambió el bien jurídico tutelado de manera incorrecta.

Me parece que los accionantes confunden los motivos de la despenalización del aborto con los bienes jurídicos que aún tutela el Código Penal para el delito de aborto; por tanto, su concepto de invalidez parte de una premisa incorrecta.

Además, se hace depender la inconstitucionalidad del tipo de la mera especulación de que el legislador autorizó un posible "curso ideal", cuya actualización, por cierto, no sería inconstitucional, puesto que el Constituyente no prohíbe al legislador ordinario considerar reglas específicas para sancionar aquellos delitos que se cometen con una misma conducta.

Las razones expresadas en este documento me persuadieron a votar con el criterio de la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno y a reconocer la validez de la reforma en comento.