

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

Alfredo Islas Colín

Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM e Investigador del CENADEH de la CNDH.

Parte 2.- En el derecho mexicano jurisprudencial

1) La jurisprudencia

Los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados son los siguientes. Se entiende por aborto la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. (1)

Los criterios jurisprudenciales sostenidos por los tribunales en México, son los siguientes:

Los bienes jurídicamente protegidos en el aborto 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. (2)

El aborto como ilícito penal consiste en atentar contra la vida en gestación.(3)

El aborto no se define, por la maniobra abortiva, como expulsión del producto, sino por la consecuencia de ella. Por la muerte del concebido. (4)

El delito de feticidio es la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez. (5)

El objeto doloso de la maniobra abortiva es atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad. (6)

La intencionalidad es el deseo del abortador de la muerte del feto (7); lograr su propósito criminal según el dictamen médico. (8)

No puede considerarse imprudencial la conducta del activo del delito, pues la privación de la vida fue una consecuencia necesaria y notoria de la acción intencional en que incurrió, al violar la ley fuere cual fuere el resultado, independientemente del consentimiento de la ofendida en que se practicara el aborto. (9)

1) Artículo 329 del Código Federal Penal.

2) Aborto, Primera Sala, SJF, t. IX, 2º parte, p. 9, 6º época.

3) Aborto intencional, TCC, SJF, t. 133-138 6º parte, p. 13, 7º época.

4) Aborto, Tipos del delito de. (Legislación del Estado de Puebla), 2º TCC del 6º C, SJF, t. VIII-nov., p. 142, 8º época.

5) Aborto, Primera Sala, SJF, t. IX, 2º parte, p. 9, 6º época.

6) Ibidem.

7) Aborto intencional, TCC, SJF, t. 133-138 6º parte, p. 13, 7º época

8) Ibidem.

9) Aborto, dolo indirecto en la comisión de homicidio al practicarse un., TCC en materia

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

El delito de aborto en grado de tentativa, se constituye cuando el acusado trató de hacer abortar a su víctima y si esto no se llevó al cabo, fue por causas ajenas a su voluntad, como fue la atención médica que oportunamente se prestó a la ofendida. (10)

El aborto como delito culposo debe reunir los siguientes nueve elementos: un acto inicial voluntario; un resultado comprendido dentro de un tipo penal determinado; ausencia de intención delictuosa; relación casual entre el acto voluntario inicial y el resultado; falta de previsión de los resultados y naturaleza previsible del evento.

Las maniobras abortivas negligentes: la forma en que se realizaron las maniobras abortivas y los datos que arroja el certificado de autopsia son por sí mismos suficientes para concluir en que el procesado obró con negligencia, es decir con descuido y falta de atención, sin prever

penal, 1° C, SJF, t. 115-120 6° parte, p. 13, 7° época.

¹⁰⁾ Aborto, tentativa de. 1° Sala, SJF, t. LII, 2° parte, p. 9, 6° época.

el resultado previsible y evitable y, con impericia, si el certificado aludido está demostrando que carecía de la capacidad técnica necesaria, por deficiencia, para realizar la referida intervención. (11)

La privación de la vida de las personas no siempre es considerada como violatoria del derecho a la vida, siempre que se cumpla con los requisitos señalados en las disposiciones nacionales e instrumentos internacionales siguientes, en los casos del aborto. El aborto médico obstétrico consiste en la expulsión del producto de la concepción, su viabilidad, es decir, su capacidad de vida extrauterina, estará determinada por la edad intrauterina. (12)

2) Sentencia sobre la acción inconstitucional.

Es importante resaltar que al día de hoy, 29 de septiembre de 2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no ha publicado el engrose de la sentencia

¹¹⁾ Aborto. Imprudencia. 1° Sala, SJF, t. XVII, 2° parte, p. 9, 6° época

¹²⁾ Aborto, tipos del delito de. (Legislación del Estado de Puebla), 2° TCC del 6° C, SJF, t. VIII-nov., p. 142, 8° época.

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

relativa al caso de acción de inconstitucionalidad sobre el aborto. Pero, sobre la base, de las sesiones realizadas en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebradas los días 25, 26, 27 y 28 de agosto del 2008, exponemos el presente apartado. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, SCJN, resolvió que es constitucional la norma que despenaliza el aborto en el Distrito Federal hasta la semana 12 de gestación, emitida por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

El Pleno de la SCJN, señalaron, luego de más de 17 horas de sesiones públicas, que los ministros resolvieron las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, y por mayoría de ocho votos determinaron que son constitucionales los artículos 144, 145, 146, 147 y 148 del Código Penal del Distrito Federal, así como los artículos 16 bis 6, y tercer párrafo, y 16 bis 8, último párrafo de la Ley de Salud del Distrito Federal. Tres ministros votaron en contra.

El presidente del Tribunal Constitucional, ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, precisó que la resolución no penaliza ni

despenaliza el aborto, porque no es facultad de la SCJN establecer los delitos ni sus penas. Asimismo afirmo lo siguiente:

“Hemos determinado la constitucionalidad de una norma aprobada por un órgano representativo, y en este caso particular hemos participado en una definición de gran trascendencia nacional”.

Se comisionó al ministro José Ramón Cossío Díaz el engrose correspondiente, que ordenará y sistematizará los argumentos expuestos por cada uno de los ministros durante el debate. A la fecha de la elaboración de la presente parte, no había aparecido el engrose citado, por lo que exponemos argumentos expuestos por los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en dichas sesiones públicas.

1.- COMPETENCIA. Es importante señalar, que en el primer día de sesiones del Pleno de la SCJN, se expuso el tema de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer del asunto en estudio, que el proyecto de sentencia propuso aceptar, tema que no

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

fue motivo de discusión alguna por parte de los señores Ministros y por tanto expresaron su intención de voto a favor de este tema de manera unánime. Pero al día siguiente, en la segunda sesión del pleno de la SCJN, el Ministro instructor, quien propuso el proyecto de sentencia, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, un estudio elaborado previamente relativo a la competencia o incompetencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materia penal y dictar normatividad en materia de salud, en discrepancia con el sistema normativo de salubridad general y cuando se estime que ocasiona violación a los principios de igualdad y no discriminación.

Señalo el Ministro Aguirre, que aunque la Asamblea Legislativa del Distrito Federal está facultada para legislar en materia penal y para normar la salud y asistencia social, en términos del artículo 122, Apartado C, Base Primera, fracción V, incisos h) e i) de la Constitución General de la República, **no es posible contradecir las normas federales en la materia, por lo que el órgano legislativo sólo puede normar la organización, operación, supervisión y evaluación de**

los servicios de salud; en el estudio se hace análisis del problema que implica el aborto a nivel nacional y **se concluye que los artículos 144 y 145 del Código Penal para el Distrito Federal en las porciones que se refieren a las primeras doce semanas de gestación y el concepto de embarazo, contrarían la definición de embarazo contenida en el artículo 40, fracción II, del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, así como al espíritu de protección a la salud y la vida que deriva de la ley citada.**

El Ministro José Ramón Cossío Díaz manifestó que el tema fundamental en relación a los conceptos de invalidez hechos valer por el Procurador General de la República y por el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se constriñe en esencia, a delimitar los ámbitos competenciales de la Federación, de los Estados o del Distrito Federal. En ese sentido, señaló que los accionantes hicieron valer la incompetencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en la materia de salud, bajo el supuesto de la supremacía de la Ley General de Salud y

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

del Sistema Nacional de Salud, en los cuales se condicionan las facultades de las Legislaturas locales para emitir normas que versen sobre salubridad general de la República, cuyas atribuciones se limitan a la organización, operación, supervisión y evaluación de la prestación de los servicios en las materias de salubridad general, pues **en las normas impugnadas se redefinen los conceptos de “embrión” y “embarazo”, y se faculta al jefe de gobierno del Distrito Federal para emitir lineamientos generales de organización y operación de los servicios de salud relacionados con la interrupción del embarazo en la entidad, lo que implica establecer normas y procedimientos de salud reservados a las autoridades federales, con lo que se vulnera el régimen de distribución de competencias en la materia.**

Al respecto, manifestó que **la Ley General de Salud establece un sistema de concurrencia**, en el cual el Legislador Federal establece qué materias son propias de la Federación, qué materias son propias de los Estados, y qué materias pueden coordinarse entre ambos niveles de gobierno. Concluyó **que la Asamblea**

Legislativa tiene competencia para establecer las condiciones para definir el embarazo así como las de aborto, en razón de que tiene a su cargo las competencias en materia materno-infantil, por una parte, y por otro lado y como lo establece el artículo 122, para establecer un código penal, y por ende sus definiciones y sus sanciones.

En el mismo sentido se expresó el señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel, que **la Asamblea Legislativa del Distrito Federal cuenta con la facultad para legislar en materias de salud y penal.** En coincidencia con quienes le antecedieron en el uso de la palabra, la señora Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas, y que así como la competencia para legislar en materia de planificación familiar a que se refiere la Ley General de Salud; por tanto **corresponde a los gobiernos de dichas entidades organizar, operar, supervisar y evaluar la prestación de los servicios de salubridad general.** Por lo anterior, y de conformidad con la Ley General de Salud, concluyó que **la Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene competencia para organizar y operar los**

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

servicios de atención materno infantil y planificación familiar, por lo que no se excedió en sus facultades de legislar en tal materia, pues no se encuentra limitado a organizar y operar los servicios de salud en la forma y en los términos previstos por la Ley General de la materia. Por su parte, el señor Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo coincidió con las posturas de los señores Ministros que se manifestaron por la competencia de la Asamblea del Distrito Federal para legislar, tanto en materia penal como en materia de salud, en el caso concreto. Asimismo, manifestó que los conceptos de aborto y embarazo previstos en el Código Penal impugnado y la Ley General de Salud y sus normas derivadas, carecen de coincidencia, no obstante, las definiciones ahí establecidas son parte de un tipo penal, materia en la es competente el órgano legislativo del Distrito Federal, por lo que no consideró que desde este aspecto pudiera existir una invasión de esferas. En ese sentido, declaró que el aborto es un tema de salud pública, en el que tanto la Federación como el gobierno del Distrito Federal son competentes. Coincidente con las posturas de los señores Ministros Cossío

Díaz, Góngora Pimentel y Gudiño Pelayo, se pronunció el señor Ministro Juan N. Silva Meza, quien puntualizó que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal actuó en uso de sus atribuciones constitucionales sin invadir la esfera competencial del Congreso de la Unión. En uso de la palabra, el señor Ministro Mariano Azuela Güitrón señaló su coincidencia con el resto de los señores Ministros que hicieron uso de la palabra previamente, y manifestó que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal cuenta con facultades para legislar en materia penal, toda vez el problema en esta parte del debate, radicaba en el concepto de aborto y en el de embarazo, lo cual se encuentra enunciado en el Código Penal del Distrito Federal.

Por el contrario, el señor Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano consideró que el concepto de embarazo debe quedar bajo la potestad de la Federación, pues de lo contrario, se atenta contra el principio de legalidad, toda vez que las mujeres embarazadas recibirían trato diverso en distintos lugares del país, pues existirían definiciones diferentes de embarazo entre la Federación y las entidades federativas e

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

incluso hasta en los Municipios; Asimismo, que las definiciones de salud y salubridad general no deben ser consideradas como iguales, pues de lo contrario no se diferenciarían las atribuciones de la Federación y las de las entidades federativas.

Se procedió entonces, por instrucciones del señor Ministro presidente Ortiz Mayagoitia, a votar dos temas distintos, por lo cual se votó a favor de que se incluyera en el engrose correspondiente el estudio relativo a la competencia formal de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y proporcionado por el señor Ministro Aguirre Anguiano, y a favor de la competencia del citado órgano legislativo, en ambos casos, por una mayoría de diez votos de los señores Ministros, en contra del voto del señor Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, quien votó en contra de integrar el referido estudio en el engrose correspondiente y en contra de la citada competencia del órgano legislativo del Distrito Federal.

2.- OPORTUNIDAD. Se abordó lo relativo a la oportunidad de la demanda. Al respecto, el proyecto de resolución

propuso que la demanda presentada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos resultaba extemporánea por lo que hacía a los artículos 148 del Código Penal para el Distrito Federal, que establece las excluyentes de responsabilidad del delito de aborto, y 16 Bis 7 de la Ley General de Salud del Distrito Federal, que establece los casos en que los prestadores de los servicios de salud pública pueden invocar su objeción de conciencia para no practicar interrupciones de embarazos, **ya que tales preceptos legales no fueron objeto de reforma ni adición alguna en el decreto de 26 de abril de 2007 reclamado.**

3.- LEGITIMACIÓN. Se analizó el considerando tercero del proyecto de resolución en el que se abordó lo relativo a la legitimación de los promoventes de las acciones de inconstitucionalidad. En la propuesta se estimó que el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Procurador General de la República contaban con legitimación para promover las acciones de inconstitucionalidad. Al dar respuesta a los planteamientos que hicieron valer las autoridades demandadas, por cuanto hizo

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

a que el primero de los mencionados no tenía esta legitimación por no haber solicitado la participación u opinión del Consejo consultivo del organismo que representa para promover este medio de control constitucional, se estimó que no resultaba necesaria dicha intervención ni alguna otra formalidad, tal como podía advertirse de la propia Constitución General, la Ley Reglamentaria aplicable a las acciones de inconstitucionalidad, la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y su reglamento interno.

4.- DERECHO A LA VIDA. Se estudió el tema del aborto y lo relativo al momento en que debe protegerse la vida humana, para lo cual se hizo referencia al derecho comparado. El señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel destacó que en el tema sobre la despenalización del aborto o interrupción legal del embarazo que se trató en el proyecto de resolución, **no se introdujeron como consideraciones previas a la complejidad del problema, los derechos humanos y fundamentales de las mujeres, los cuales guardan relación con los derechos sexuales y reproductivos, por significar la puerta de acceso al reconocimiento de la**

verdadera igualdad y ejercicio pleno de la ciudadanía.

El señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel manifestó **que no existía una justificación lógico-jurídica, que permitiera determinar que el embrión menor de doce semanas, es un individuo o persona que pueda anteponerse y restringir los derechos de las mujeres; en todo caso, estimó, el embrión menor de doce semanas, es un bien jurídico que no queda desprotegido del marco de la ley, salvo en el supuesto de que la mujer decida no continuar con su embarazo; por tanto, es un bien jurídico, cuya valoración corresponde al ámbito moral, ético o religioso, que a su vez consolida los derechos, creencias y libertades de las personas.**

A.- DIGNIDAD DE MUJERES: ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN. Asimismo, señaló que el artículo 2o constitucional obliga a que el Estado tutele de manera relevante los derechos de humanos, la dignidad e integridad de las mujeres, y les garantice la

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

participación frente a los varones, en condiciones de equidad que respeten el pacto federal; asimismo, añadió, exige que se incorpore a las mujeres indígenas al desarrollo mediante apoyo y protección de su salud, educándolas en la toma de decisiones.

B.- MUJERES INDÍGENAS. De esta forma, reflexionó que al tomar en consideración que en el Distrito Federal existen **grupos de población indígena**, en los cuales algunas mujeres han solicitado la interrupción legal de su embarazo, con lo que se hace patente que los beneficios de las normas impugnadas tienen una trascendencia a los diferentes sectores de la población; es así que con las normas citadas se beneficia a un sector vulnerable, generándoles un servicio de salud pública.

C.- EDUCACIÓN SEXUAL: ARTÍCULO 3 DE LA CONSTITUCIÓN. En otro tema, señaló que el **programa de la**

interrupción legal del embarazo, contribuye en la educación de los derechos sexuales y reproductivos, porque forma parte de una política integral que brinda información a la mujer que solicita la interrupción de su embarazo sobre opciones anticonceptivas, aconsejándole cuál es el método apropiado a sus condiciones; por lo anterior, concluyó que **no se vulnera el artículo 3o, constitucional, pues por el contrario, se promueven aspectos de educación de la salud reproductiva y de derechos sexuales.**

NO SE PROTEGE LA VIDA DEL CONCEBIDO: ARTÍCULO 4 DE LA CONSTITUCIÓN.

Asimismo, consideró que del artículo 4o. de la Norma Fundamental no se desprende que el derecho a la vida del producto de la concepción sea tutelado por la vía penal, y concluyó que la penalización de la interrupción del embarazo a petición de la mujer, es inconstitucional pues

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

entraña una norma que desde la perspectiva de género hace una distinción negativa a partir de una diferencia biológica entre el hombre y la mujer.

5.- DERECHO DE PROCREACIÓN. En ese contexto, el señor Ministro Góngora Pimentel continuó con el tema relativo al derecho de procreación estudiado en el proyecto del señor Ministro ponente Aguirre Anguiano y señaló que en virtud de lo establecido en la propia consulta, respecto a los alcances de dicho derecho, era posible establecer que la maternidad constituye un ejercicio de libertad que no debe ser influenciado o inferido y menos aún, imponerse a través de la vía penal.

6.- FAMILIAS: ARTÍCULO 3 DEL PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Asimismo, estimó que debía reconsiderarse la especificación del proyecto en el que sólo identifica a la familia como la conformada entre hombre y mujer, debido a que en su opinión, no es congruente con el contenido del artículo tercero del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como a su observación general 28, donde se

establece la importancia de reconocer **diversas formas de familia**, en la que se incluya a parejas no casadas y sus hijos, o de familias monoparentales y sus hijos.

7.- PROCREACIÓN E INTIMIDAD SEXUAL. De igual manera, señaló que los derechos de procreación no deben confundirse con la posibilidad de que el padre o pareja de la mujer embarazada o a los padres de una menor intervengan en la decisión de interrumpir un embarazo antes de las 12 semanas, pues esto, dijo, atenta contra la intimidad sexual y libre maternidad; además de que se corre el riesgo de que un tercero exija a la mujer que interrumpa su embarazo aun en contra de su voluntad.

8.- PROGRESIVIDAD DE DERECHOS. Posteriormente, el señor Ministro Góngora Pimentel se avocó al estudio realizado en el proyecto sobre el derecho a la protección de la salud y especificó que la despenalización del aborto hasta las 12 semanas, así como el servicio público que brinda la interrupción del embarazo en este contexto, constituye un derecho de salud pública, el cual se vincula estrechamente con el *Pacto Internacional de los Derechos*

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

Económicos, Sociales y Culturales, que establece un **principio de progresividad de los derechos humanos, referente a la obligación del Estado a mejorar la situación de estos derechos** y en el que simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o en su caso, de derogar los ya existentes sin que concurren elementos consensuados, jurídicos y fuertemente razonables.

9.- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. En tal virtud, señaló que el Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal representa el cumplimiento por parte del gobierno de esa entidad a las recomendaciones formuladas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, respecto a la forma en que deben verificarse sus obligaciones en materia de derechos humanos.

10.- DERECHO A LA VIDA. Indicó que el respeto, protección y garantía efectiva del derecho a la vida, no implica la obligación del Estado a limitar el acceso de las mujeres a servicios de aborto en condiciones seguras, ya que su restricción injustificada no contribuye a hacer efectivo

el derecho a la vida, sino que deja a las mujeres expuestas a la muerte y la enfermedad a causa de abortos practicados en condiciones de riesgo.

11.- PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN.

En otra de las cuestiones abordadas por el proyecto, relativas al derecho de la niñez a su desarrollo integral, el señor Ministro Góngora Pimentel consideró que hasta ese punto no se justificaba **por qué el producto de la concepción pasa de ser un bien jurídico tutelado, a ser humano con un derecho a la vida tutelado por la materia penal** y cómo es que se le Página 3, atribuye la categoría de niño.

A.- NO SE DEFINE CUANDO SE ES NIÑO. Por ello, estimó oportuno aclarar que *el artículo 10. de la Convención sobre los Derechos del Niño no define el momento a partir del cual se asigna la condición de niño, sino que sólo establece hasta cuando se deja de serlo, toda vez que se buscó evitar divergencias entre los Estados que protegen desde el momento de la concepción y los que incluyen en su legislación*

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

hipótesis lícitas de la interrupción del embarazo.

B.- PROTECCIÓN DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN.

En lo concerniente a la protección al producto de la concepción, comentó que no pueden ser considerados como suficientes para determinar un principio o derecho constitucional, los argumentos que se basan en algún proceso legislativo dentro del cual se hace referencia al producto de la concepción, como lo hace el proyecto de resolución respecto a la *exposición de motivos de la reforma al artículo 4o. de la Constitución General, de fecha 3 de febrero de 1983*, donde se menciona que la protección de la mujer embarazada incluye al producto de la concepción. Por tanto, consideró que dicho argumento no justifica, en primer lugar, que sea inconstitucional la interrupción legal del embarazo antes de las 12 semanas, cuando éste se solicita por la mujer gestante y, en segundo, que el Constituyente hubiera

atribuido una temporalidad en el derecho a la vida.

B. PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN DE MUJER TRABAJADORA.

Sobre este mismo tema, señaló que no es posible estimar que se protege al producto de la concepción, como lo hace el proyecto, con base en lo establecido en **el artículo 123, apartados A, fracciones V y XV; y D, fracción XI, inciso c), de la Constitución Federal, ya que dicho precepto está destinado a establecer los derechos de la trabajadora ya nacida, y no así del embrión por nacer como persona potencial; de ahí que el Estado no puede alegar que protege la vida de la madre o del embrión al prohibir el aborto en el primer trimestre**, por consiguiente, indicó que resultaba absurdo que de un derecho derivado de la lucha de mujeres trabajadoras, se restrinjan los derechos que les permiten ejercer y consolidar su autonomía y verdadera ciudadanía.

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

C. **LOS NACIDOS.** En relación al tema de nacionalidad, precisó que ésta se adquiere por nacimiento y no por concepción, y por citar un ejemplo de ello, hizo referencia a lo establecido en el artículo 54 del Código Civil Federal, en el cual se estipula que las declaraciones de nacimiento se harán presentando al niño ante el juez del Registro Civil en su oficina, o en el lugar donde aquel hubiere nacido.

D. **SE EXIGE EL NACIMIENTO PARA CONCEDERSE LOS DERECHOS PREVISTOS EN LA REFORMA AL ARTÍCULO 30, 32 Y 37 DE LA constitución.** Asimismo, indicó, contrario a lo precisado en la consulta y en lo referente al artículo tercero transitorio del decreto que reformó los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución Federal, que los motivos que propiciaron la reforma constitucional que dio origen al citado precepto transitorio **no pueden establecer que la Constitución reconoce el derecho a la vida del producto de la concepción**, toda vez que de la

redacción al artículo 30 constitucional, se exige como requisito el nacimiento, sin que pueda concederse un alcance mayor y mucho menos que tenga que protegerse por la vía penal.

E. INSTRUMENTOS

INTERNACIONALES. Por otra parte, en relación a los Instrumentos internacionales de derechos humanos citados en el proyecto, manifestó que reiteraba los argumentos expresados en la sesión anterior. Sin embargo argumentó, entre otras cuestiones, que los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Sistema Universal de Derechos Humanos, **en ningún momento han declarado que el Estado se encuentre obligado a proteger sin excepción la vida desde el momento de la concepción o que deba prohibir y penalizar la interrupción voluntaria del embarazo.**

12. IGUALDAD ENTRE MUJER Y HOMBRE, DERECHO A LA INTIMIDAD Y

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

VIDA PRIVADA. Preciso que en virtud de lo establecido por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, sobre la igualdad entre hombre y mujer, se introducen no sólo otros derechos como el de la vida privada, sino también el derecho a la intimidad de las mujeres. En ese aspecto, considero que cuando el Estado impone a los médicos, así como a otros funcionarios de salud, la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos, se vulnera su derecho a la intimidad, además de que las sitúa en un estado de riesgo, pues ante el temor de ser denunciadas, se practican la interrupción del embarazo en lugares inseguros, lo cual produce una afectación y desigualdad en las relaciones de género, pues no se les reconoce su autonomía y control de su sexualidad.

13. PROTECCIÓN DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN: COMISIÓN INTERAMERICANA. Por otro lado, en cuanto a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, estimó importante hacer referencia a dos interpretaciones que ha realizado la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* al artículo 4o. de dicha *Convención*, en el que se establece que a

partir del momento de la concepción nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. En esa tesitura, detalló que en la primera de estas interpretaciones

1) se determinó que **el derecho a la vida desde el momento de su concepción no debía entenderse en términos absolutos, ya que ésta definición era incompatible con las leyes que regían el aborto en la mayoría de los Estados americanos y tal reconocimiento habría implicado la derogación de los artículos de los Códigos Penales que excluían la sanción penal por el delito de aborto**, de ahí que, para conciliar los distintos puntos de vista, era necesario tomar en cuenta la redacción del propio artículo, pues agregaba la expresión en lo general.

2) Posteriormente, hizo alusión a la siguiente interpretación realizada por la Comisión Interamericana, la cual, dijo, derivó de **la solución amistosa adoptada entre el Estado mexicano y la peticionaria el 9 de marzo de 2007, y destacó que aun cuando el caso se encontraba relacionado con una**

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

violación sexual a la víctima, la interpretación tiene efectos extensivos que debían tomarse en cuenta, pues se concluyó que es obligación del Estado mexicano proteger y promover los derechos de las mujeres como una prioridad, con el fin de garantizar la igualdad, la no discriminación y la vida libre de violencia basada en el género.

14.- DERECHO A LA SALUD. Asimismo, se estableció que las víctimas de violencia sexual tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos sus derechos humanos, incluyendo los civiles, políticos, sociales, culturales y principalmente los relacionados con programas de salud, por lo que también se determinó que la interrupción legal del embarazo constituye un derecho a la salud y, por tanto, los Estados que lo prevén deben facilitar estos servicios en el menor tiempo posible. Así pues, consideró que las citadas interpretaciones ofrecen un equilibrio y respeto a la legislación interna de los Estados cuando éstos conceden el derecho a la interrupción del embarazo.

15.- DERECHO A LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN ES MATERIA CONSTITUCIONAL. En otro punto, respecto a la referencia en el proyecto a la Ley General de Salud, a los Códigos Penal Federal, Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, especificó que los supuestos establecidos en dichas legislaciones no pueden generar principios constitucionales que reconozcan el derecho a la vida desde la concepción y menos que pretendan su protección bajo el sistema penal.

16.- PROTECCIÓN DESDE LA CONCEPCIÓN. Para terminar con su intervención, el señor Ministro Góngora Pimentel concluyó que el proyecto presentado por el señor Ministro ponente Aguirre Anguiano, **no aporta elementos lógico-jurídicos que permitan justificar que la Constitución mexicana contiene principios que contemplen el derecho a la vida del producto de la concepción o que expresen el momento en que ésta comienza, ni que señale a este derecho como absoluto o abstracto, ni que justifique a la vía penal como único medio de protección para el producto de la concepción menor de 12 semanas** y, en ese sentido, precisó que incluso en el

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

caso de que se estableciera la exigencia constitucional de proteger al producto de la concepción, esto no significaría que tuviera que hacerse bajo una sanción penal. **Por ello, puntualizó que los sistemas de derechos humanos no pueden obligar a los Estados a defender el derecho a la vida desde la concepción, toda vez que implicaría imponer ideologías y valorizaciones subjetivas, a través de las cuales se sacrificarían otros derechos plenamente identificables.**

17.- CONCEPCIÓN. DERECHO A LA VIDA. En la última intervención de este día, el señor Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo señaló que si bien en el proyecto de resolución se especifica que no existe una norma constitucional que de manera expresa contemple el derecho a la vida, pero que este derecho se *infiere de los artículos 1º, 14 y 22 constitucionales*, así como de una interpretación conjunta y sistemática de todas sus disposiciones, lo cierto era que para determinar lo que realmente regula la Constitución, no sólo era necesario referirse a lo que establece, sino también a lo que no dice pero implica. Esto es, explicó que en el sistema de la Constitución Mexicana, a diferencia del

seguido en otras normas fundamentales, no se realizan declaraciones de derechos de manera abstracta, pues por ejemplo, no se encuentra una consagración del derecho a la vida, del de propiedad o de la seguridad jurídica, sino que tal sistema consiste en impedir, limitar o condicionar la actividad del Estado en situaciones específicas expresamente señaladas en la Carta Magna para salvaguardar lo que en la Constitución de 1857 se denominaron derechos del hombre, que no son sino valores abstractos que ni esta última ni la vigente Constitución General enumeran. Indicó que ni el Constituyente de 1857, ni el de 1917 pretendieron garantizar todos los derechos del hombre, hoy denominados derechos humanos, ya que únicamente se hizo respecto de las situaciones que expresamente previeron y que surgieron de la experiencia histórica, esto es, se protegió a aquéllos valores que vieron con más frecuencia.

En ese sentido el señor Ministro efectuó un análisis y comparación del texto del artículo 1o. plasmado en la Constitución de 1857 con el contenido de este mismo precepto legal que se modificó en la Constitución de 1917.

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

18.- DERECHO A LA VIDA. ARTÍCULO 1 DE LA CONSTITUCIÓN.

Así, expresó que el texto del artículo 1o. de nuestra actual Constitución General que establece que: En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse y suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, habla de garantías sin señalar qué es lo garantizado, ni tampoco frente a quién se garantiza, a diferencia de la Constitución de 1857, que sí lo preveía en su numeral 1o. al señalar que: El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones, lo cual, a juicio del señor Ministro Gudiño Pelayo, se traducía en que toda ley y todas las autoridades del país debían respetar y sostener las garantías que otorgaba esa norma fundamental, es decir, lo garantizado eran los derechos del hombre y las garantías eran las disposiciones ahí previstas.

En ese contexto, se refirió al debate que hubo por parte de los integrantes del Constituyente de 1856, sobre todo, a las objeciones que hicieron respecto del

aludido artículo 1o., en cuanto a la concepción derechos del hombre y que entendían como los derechos de carácter abstracto, pues derivaban de la propia naturaleza del hombre y por lo tanto no tenían que enunciarlos, lo cual dijo, explica la desaparición de esta expresión en el texto de la Constitución de 1917, cuyo artículo 1o. ahora habla de garantías. Asimismo, aclaró que aun cuando en la Constitución de 1857 se hablara de derechos del hombre, éstos eran principios y valores

Así pues, concluyó que el artículo 1o. constitucional debe interpretarse a la luz de los principios, valores y reglas que contienen las constituciones, reglas éstas que no son sino las garantías individuales y por tal motivo, refirió 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; de ahí que no pudiera sostenerse que la Constitución mexicana no establece como un valor constitucional el derecho a la vida, ya que debe partirse de que las garantías individuales pretenden garantizar precisamente los valores. Página 9

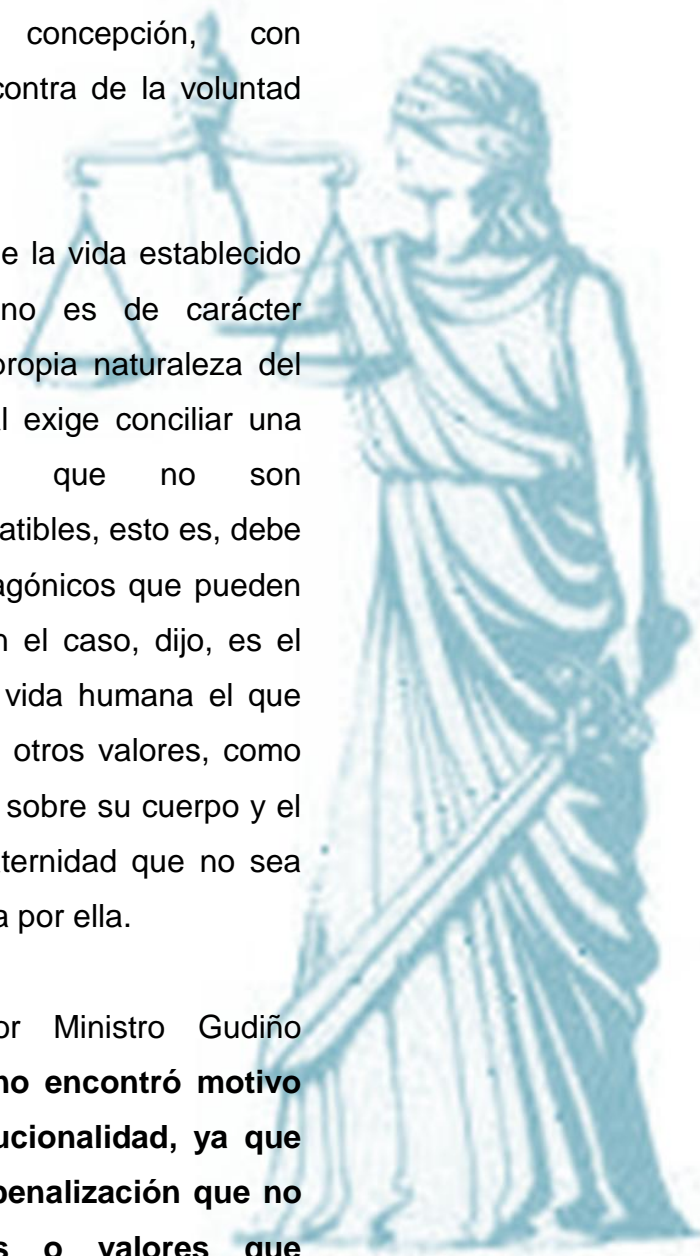
El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

No obstante, puntualizó que para él, no había una sola regla en la Constitución que estableciera una protección directa al producto de la concepción, con independencia o en contra de la voluntad de la madre.

Agregó que el valor de la vida establecido en la Constitución no es de carácter absoluto, ya que la propia naturaleza del régimen constitucional exige conciliar una serie de valores que no son necesariamente compatibles, esto es, debe equilibrar valores antagónicos que pueden entrar en conflicto, en el caso, dijo, es el conflicto relativo a la vida humana el que entra en conflicto con otros valores, como la libertad de la mujer sobre su cuerpo y el no imponerle una maternidad que no sea absolutamente querida por ella.

Finalmente, el señor Ministro Gudiño Pelayo sostuvo que **no encontró motivo alguno de inconstitucionalidad, ya que se trata de una despenalización que no infringe las reglas o valores que establece la Constitución, porque ninguna regla obliga al Legislador a penalizar conductas de particulares y,**

por tal motivo, se pronunció por la validez de las normas reclamadas.



El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

Parte 1.-En el Derecho comparado jurisprudencia

I.- Se protege o no al concebido

1.- Existen tres posturas para proteger o no al feto: otorgarle protección desde el momento de la concepción; negarle cualquier protección hasta el momento en que es viable; o determinar dos grados diferentes de protección: una estricta, a partir de que es viable y, otra tenue, mientras su vida depende de la madre.

Al respecto, la comunidad científica internacional ha considerado –aunque existen diferencias al respecto- oportuno colocar la viabilidad del feto entre las 24 y 28 semanas del embarazo, antes de la semana 24 es excepcional que sobreviva: El bebe más prematuro del mundo que ha sobrevivido se llama Amilia, nació el pasado 24 de Octubre del 2006 en el Hospital Infantil Baptista, Miami, EEUU, a las 21 semanas.

Esta línea biológica ha sido considerada en diversos países al momento de elaborar leyes o dictar sentencias respecto el aborto. Existen las posiciones siguientes:

A.- Tal es el caso del precedente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos: *Roe v. Wade* (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, *Roe v. Wade* (1973), 22 de Enero de 1973, *Suprema Corte de los Estados Unidos*), cuya columna vertebral es el concepto de viabilidad. Y donde la Corte se basó en dicho concepto para legalizar el aborto en ciertas etapas del embarazo. Este criterio fue ratificado en el caso *Casey v. Planned Parenthood* (*Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), 29 de junio de 1992 *Suprema Corte de los Estados Unidos*), donde la Corte estadounidense estableció que la libertad de la mujer no podía ser limitada si no a partir de un límite fijo y claro. Dicho límite fue, precisamente, la viabilidad del feto.

B.- Por el contrario, la Corte Europea de Derechos Humanos no ha querido resolver la cuestión de la viabilidad del feto, debido a la enorme diversidad de posturas entre los países de la Comunidad Europea. La legislación es tan disímil entre un país y otro, que la Corte siempre ha optado por delegar el tema a cada Estado: *Vo v.*

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

France, 8 de Julio de 2004, Corte Europea de Derechos Humanos.

C.- Sin entrar al tema, el Tribunal Constitucional de Colombia señaló que fijar de manera precisa cuándo inicia la vida humana es una tarea compleja y controvertida aun en el plano estrictamente científico. Y, por ello, no consideró oportuno debatir este aspecto en su resolución: *Sentencia de Constitucionalidad Condicionada C-355-06 del 10 de mayo de 2006 Corte Constitucional de Colombia.*

D.- El Consejo Constitucional de Francia y el Tribunal Constitucional de Alemania han recurrido a una ficción jurídica para establecer la protección de la vida desde la concepción, señalando una serie de excepciones para resguardar los derechos de la mujer: *Decisión no. 74-54 del 15 de Enero de 1975, Ley sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo del Consejo Constitucional de Francia; y Sentencias de Control Abstracto de Constitucionalidad BverfGE 39,1 del 25 de febrero de 1975 y BverfGE 88,203, 28 de mayo de 1993 del Tribunal Constitucional de Alemania.*

E.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México resolvió lo siguiente:

“que no existía una justificación lógico-jurídica, que permitiera determinar que el embrión menor de doce semanas, es un individuo o persona que pueda anteponerse y restringir los derechos de las mujeres; en todo caso, estimó, el embrión menor de doce semanas, es un bien jurídico que no queda desprotegido del marco de la ley, salvo en el supuesto de que la mujer decida no continuar con su embarazo; por tanto, es un bien jurídico, cuya valoración corresponde al ámbito moral, ético o religioso, que a su vez consolida los derechos, creencias y libertades de las personas.” (Sesiones del 25 al 28 de agosto del 2008 del Pleno de la SCJN, México))

II.-Se penaliza o no el aborto

Las posturas sobre la penalización o no el aborto fueron las siguientes:

1.- La calificación del feto como ser humano, otorgándole personalidad jurídica, y, por ello, una rígida protección estatal fundada en el derecho a la vida. Tal es la posición del Tribunal Constitucional Alemán, el cual resolvió que el ordenamiento jurídico alemán debía

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

otorgarle al no nacido un derecho a la vida independiente del correspondiente a su madre: *Sentencias de Control Abstracto de Constitucionalidad BverfGE 39,1 del 25 de febrero de 1975 y BverfGE 88,203, 28 de mayo de 1993 del Tribunal Constitucional de Alemania.*

2.- La postura contraria: aquélla que le niega al feto la condición de ser humano. En estos casos es frecuente encontrar que la protección al feto resulta, más bien, de la obligación del Estado de proteger la vida en gestación. Lo cual no significa que sea titular de algún derecho fundamental, ni que goce de personalidad jurídica. Por tanto en estos casos la protección es de menor grado o intensidad. En esta línea, tenemos que la Suprema Corte de los Estados Unidos determinó que el ordenamiento jurídico estadounidense no le había otorgado nunca al feto la calidad de persona: *410 U.S. 113, Roe v. Wade (1973), 22 de Enero de 1973, Suprema Corte de los Estados Unidos*

3.- Varios de los argumentos que buscan otorgarle personalidad jurídica y derechos al feto se han sostenido de lo que establecen la mayoría de los Códigos

Civiles y Penales: el derecho a heredar desde la concepción y el derecho a indemnización por daño físico en contra del feto durante el embarazo. No obstante, de los precedentes examinados ninguno consideró como válido dicho argumento. Algunos tribunales han condicionado tales derechos a que el feto nazca vivo y viable y otros más bien han circunscrito su análisis al terreno constitucional, dejando por un lado las disposiciones civiles y penales.

4.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México resolvió, que no se protege la vida del concebido, de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los términos siguientes:

“...que del artículo 4o. de la Norma Fundamental no se desprende que el derecho a la vida del producto de la concepción sea tutelado por la vía penal, y concluyó que la penalización de la interrupción del embarazo a petición de la mujer, es inconstitucional pues entraña una norma que desde la perspectiva de género hace una distinción negativa a partir de una diferencia biológica entre el hombre y la mujer. . (Sesiones del 25 al 28 de agosto del 2008 del Pleno de la SCJN, México))

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

III.- La autorización para menores de edad: de abortar

Este aspecto surge por la diferencia que existe entre la edad legal que define la mayoría de edad y la edad biológica en que la mujer puede ya embarazarse. De tal manera que diversos tribunales constitucionales e internacionales se han encontrado con situaciones donde mujeres menores de edad embarazadas consideran la posibilidad de abortar. En este contexto, la pregunta a resolver es la siguiente: ¿Qué fuerza jurídica imprimirle al consentimiento de la menor de edad? Es decir, si el consentimiento de la menor de edad es suficiente para que aborte o, además, se le debe exigir la autorización de los padres o tutores.

De las sentencias analizadas, ninguna le negó totalmente fuerza jurídica al consentimiento de la menor.

1.- La Corte Constitucional de Colombia consideró inconstitucional la legislación que despojaba de relevancia jurídica el consentimiento de la menor con el

argumento del libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y la dignidad de las menores: *Sentencia C-355/06*

2.- La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos declaró la constitucionalidad de la ley que exigía el consentimiento informado de uno de los padres en caso de que la menor embarazada quisiese abortar. Esta Corte justificó tal decisión debido a que la misma legislación establecía la posibilidad de evadir la autorización de los padres, al establecer la alternativa judicial: *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey, 1992.*

IV.- Derechos del Padre

Es reiterada la petición de los padres de intervenir, como lo demuestran los debates sobre el aborto, los derechos del padre para intervenir en el destino del feto o del niño no nacido. Varias sentencias son resultado, precisamente, de la búsqueda de protección constitucional de los derechos del padre potencial. Aquí lo que se plantea es lo siguiente: ¿Es suficiente el consentimiento de la mujer embarazada

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

para proceder al aborto o es obligado considerar también la opinión del padre?

1.- De los debates se desprende, el argumento a favor de los derechos del padre potencial se centra en la igualdad entre padre y madre. Es decir, se arguye que si el padre intervino necesariamente en la concepción del feto, entonces, también debe gozar de la posibilidad de influir en la decisión para interrumpir el embarazo. En este punto, el Tribunal Constitucional de España consideró que el padre potencial carecía de derechos debido a la peculiar relación que existe entre la mujer embarazada y el nasciturus. Esta relación afecta directa y primordialmente a aquélla y, por tanto, el padre no tiene derecho a intervenir: *Sentencia de Recurso Previo de Constitucionalidad 53/1985*

2.- En términos similares, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos apuntó que el derecho a elegir de una mujer no se pierde al momento de casarse y, por ello, declaró inconstitucional la ley que obligaba a la mujer embarazada avisarle a su esposo su deseo de abortar:

Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey (1992)

3.- En el caso del Queen's Bench Division at Liverpool (Reino Unido) su decisión fue un tanto más legalista. Es decir, al no contemplarse el consentimiento del padre dentro de los requisitos que exigía para abortar The Abortion Act of 1967, entonces, el tribunal señaló que carecía de fundamento la pretensión de otorgarle derechos al padre potencial: *Paton v. British Pregnancy Advisory Service (1978)*

4.- Al analizar este mismo caso, la Comisión Europea de Derechos Humanos agregó lo siguiente: los derechos del padre potencial no pueden ser interpretados de ninguna manera que limiten o afectan los derechos de la mujer embarazada. Esto debido a que ésta es la persona directamente afectada con el estado y desarrollo del embarazo: *Paton v. United Kingdom (1980)*.

5.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México resolvió, respecto de la procreación, en los términos siguientes:

"...De igual manera, señaló que los derechos de procreación no

El Aborto en el Derecho Comparado Jurisprudencial

deben confundirse con la posibilidad de que el padre o pareja de la mujer embarazada o a los padres de una menor intervengan en la decisión de interrumpir un embarazo antes de las 12 semanas, pues esto, dijo, atenta contra la intimidad sexual y libre maternidad; además de que se corre el riesgo de que un tercero exija a la mujer que interrumpa su embarazo aun en contra de su voluntad.” (Sesiones del 25 al 28 de agosto del 2008 del Pleno de la SCJN, México))

V.- Derecho Internacional y Derecho Comparado.-

Se utilizó por los tribunales nacionales, Superiores de Justicia, Cortes Supremas, Tribunales Constitucionales o Salas Constitucionales el derecho comparado de manera especial para conocer los alcances y límites de derechos humanos como el derecho a la vida, derechos de las mujeres entre otros. Asimismo se reutilizaron los argumentos aplicados por otros tribunales. El aprovechamiento de tales herramientas, arguyeron varios tribunales, se justifica por la complejidad misma del tema, que para tener un panorama mucho más amplio de sus matices, exige conocer las decisiones

y argumentaciones de otros tribunales con el propósito de enriquecer la discusión. En este contexto, destacan el Tribunal Constitucional de Colombia, la Corte de Casación de Francia; así como la Comisión de Derechos Humanos, entre otros: *Sentencia C-355/06 (Colombia); Demanda 96-80223 (Francia); y Paton v. United Kingdom, 1980 (Comisión de Derechos Humanos de Europa)*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México resolvió, tomando en consideración el derecho comparado, como lo muestra la siguiente información sobre los debates en el pleno de la SCJN, en los términos siguientes:

“Se estudió el tema del aborto y lo relativo al momento en que debe protegerse la vida humana, para lo cual se hizo referencia al derecho comparado.” (Sesiones del 25 al 28 de agosto del 2008 del Pleno de la SCJN, México))