



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CON RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ OFICIAL DE ESTUDIOS ANTE LA S.E.P

CON NUMERO DE ACUERDO 944893 DE FECHA 24-III-94

**“EL ABORTO COMO PROBLEMA ACTUAL DE LA
FAMILIA DESDE LA ÓPTICA PENAL”**

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A

RICARDO MONTEJANO COLLANTES

DIRECTOR DE TESIS: JUAN GARCÍA DE ACEVEDO CHÁVEZ

CIUDAD DE MEXICO 2019

Índice

INTRODUCCIÓN

I.	BREVE INTRODUCCIÓN SOCIOLÓGICA	1-9
a.	Postmodernidad	1-3
b.	Transición de modernidad a postmodernidad	3-5
c.	Liquidez	5-8
d.	Relaciones familiares líquidas	8-9
II.	MARCO CONCEPTUAL	10-29
a.	Fecundación	10-14
b.	Embarazo	14-16
c.	Aborto Consentido y Procurado	16-29
III.	ABORTO Y FAMILIA	30-36
a.	Concepto de familia	30-33
b.	Protección de la vida en materia civil	33-34
c.	Legislación civil y aborto	34-36
IV.	ABORTO EN MATERIA PENAL	37-59
a.	Tipo penal de aborto	40-47
b.	Aborto procurado	47-49
c.	Aborto consentido	49-51
d.	Evolución legislativa del tipo penal de aborto procurado y consentido	51-55

e. Antinomias en el Código Penal por la reforma del aborto consentido y el aborto procurado	55-59
V. PRAXIS JURÍDICA	60-86
a. Legislación para la Ciudad de México	60-75
1. Necesidad de homologar el marco jurídico de la Ciudad de México	
2. Necesidad de nuevos tipos penales en la Ciudad de México	
b. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007	75-86
CONCLUSIONES	87-90

INTRODUCCIÓN

-

La realización de esta tesis nace por la necesidad de la cooperación interdisciplinaria para el mejor desarrollo de las líneas de investigación en materia de aborto como problema actual de la familia.

-

Para el desarrollo de la presente tesis emplearé el sistema de referencias de Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México.

-

Existe en la postmodernidad una falta de certeza y valores sólidos que han llevado a la sociedad a una forma de vida que ha segregado a la familia de su papel central en la comunidad. Hoy en día aquella persona que se mantiene estática ya sea en un país, en una forma de pensar o en un trabajo, es dejada atrás. “Cuando patinamos sobre hielo quebradizo, nuestra seguridad depende de nuestra velocidad.”¹ A lo que me refiero concretamente es a la eliminación de la vida moral de la persona, que tiene un impacto de gran calibre en la familia y, en consecuencia, en la sociedad.

-

Este proyecto encuentra su fundamento en la necesidad imperante de investigación rigurosa y objetiva, debido a que, en la postmodernidad, es normal ver aparentes estudios diferentes que versan sobre un tema en específico, sin embargo, estos estudios muchas veces arrojan demasiados resultados contradictorios. Si bien es un hecho de la ciencia que es prácticamente imposible replicar exactamente los experimentos, más aún en ciencias sociales, también es cierto que se han puesto de moda los estudios falsos o engañosos para convencer a las personas de una determinada postura, son estudios sesgados

¹ Ralph Waldo Emerson, *The Works of Ralph Waldo Emerson*, vol. 2 (Essays. First Series) [1909] pg. 223.

que comparten realidades fragmentadas, atajos erísticos y premisas sin fundamentos.

-

Lo que no es tolerable, es que haya posturas en las cuales no existan estudios serios, que demuestren de forma objetiva la tesis que manifiestan. Lo anterior nos hace preguntarnos las bases o sustento de las decisiones que toman las personas en el día a día y, sobre todo, juzgadores, legisladores y académicos, que están trabajando con información sesgada o incompleta.

-

Es por esto que encuentro necesario el desarrollo de la presente tesis, pero más aún, que se haga una aproximación más completa a la materia objeto de estudio de la misma.

-

A la luz de las reformas progresistas en materia de aborto que surgen a inicios de esta década se pone en evidencia la falta de seriedad en los estudios o fundamentos en los que se sustentan dichas reformas, lo que mantiene vigente la necesidad de este trabajo de investigación.

-

Es por lo anterior que considero indispensable el apoyo de fuentes de otras disciplinas, como lo son: la sociología, la filosofía y la medicina; para así darle las bases científicas que se requieren para desarrollar una investigación seria y de buen nivel que pueda arrojar razonamientos científicos sustentados para el desarrollo de legislación, sentencias e incluso nueva doctrina.

-

En consecuencia, me apoyaré en bibliografía sociológica, médica y jurídica para el desarrollo de la presente tesis con el afán de darle veracidad a las conclusiones y sobre todo buscar rectificar errores, buscar homologación y hacer al lector comprender la seriedad de abordar estos temas complementándolos

con las opiniones de expertos en las diversas áreas que sirven de apoyo para el desarrollo de esta investigación.

-

Siguiendo esta línea de pensamiento, se vuelve relevante entender que la bioética, debe ser un camino preponderante que seguir para resolver estos problemas complejos que la deontología no ha podido resolver por sí sola.

-

En este sentido, la bioética funge como un canal de comunicación entre las diferentes disciplinas que estudian el mismo fenómeno social desde múltiples perspectivas.

-

Lo anterior hará que el investigador pueda tener una mejor comprensión del fenómeno que estudia y, sobre todo, se apoyará en otras disciplinas y en otros expertos para llegar a conclusiones que se apeguen más a la realidad.

-

Con esto en mente, pretendo demostrar al lector que la legislación mexicana siempre ha buscado la protección de la vida desde la concepción y en consecuencia la raíz de los fundamentos de las reformas pareciera no encajar con esta. También pretendo demostrar la pésima labor legislativa de las minorías al introducir su ideología sin fundamentos en las legislaciones dejando constantes contradicciones en la ley.

-

Por último, pretendo demostrar que una reforma mal planteada y sin homologar el marco jurídico, es dañina para el sistema y de igual forma, que una reforma puede llegar a un justo medio entre las dos posturas, homologando las necesidades de ambas partes.

-

Teniendo claros los objetivos anteriores, es necesario señalar que la ley no puede resolver los problemas de la familia y de la sociedad de forma autónoma.

Es por ello que para el desarrollo de este trabajo pondré en vigencia el apoyo interdisciplinario al que hago alusión en párrafos anteriores para buscar mayor rigor en el desarrollo de esta tesis y para mostrar un mayor sustento a las conclusiones a las que se lleguen.

I. BREVE INTRODUCCIÓN SOCIOLOGICA

-

Para el presente capítulo trataré de manera descriptiva el tema de la familia en la postmodernidad desde una óptica sociológica, para lo cual explicaré lo que es la postmodernidad, la transición de la modernidad a la postmodernidad, el concepto de liquidez y modernidad líquida y las relaciones líquidas familiares.

-

Para este propósito emplearé bibliografía periodística, bibliografía de Zigmunt Bauman y su doctrina sobre la modernidad líquida, así como su concepto de liquidez para comenzar a comprender las causas de muchos problemas actuales que afectan las relaciones interpersonales y sobre todo a la familia. Lo anterior, llevará al lector a una comprensión más amplia de las causas y consecuencias del aborto en nuestra legislación y el problema que representa.

-

a. Postmodernidad.

-

Lo que apremia para el desarrollo del presente capítulo es definir la postmodernidad para así entender las causas de los problemas actuales de la familia que se encuentra envuelta en esa nueva modernidad.

-

Desde 1999 y años posteriores Jonathan Rutherford y Ulrich Beck ya esbozaban sobre una segunda modernidad o una modernización de la modernidad². Lo anterior es reflejo de la volatilidad social que vivimos en el día a día, la juventud prefiere no asentarse en un lugar determinado por mucho tiempo, viaja constantemente, abraza el cambio constante como fortaleza y generalmente el que se aferra a lo estático, es dejado atrás, cuestión que antes era rechazada contundentemente.

² Daniel Bell, Contradicciones Culturales de la Modernidad, Trad, Anthropos, Barcelona, Anthropos, 2007, p. 441.

-

Haciendo referencia al punto anterior, Bauman ya citaba a diversos autores en sus obras de Modernidad Líquida y Vida Líquida para comenzar a explicar su concepción de la postmodernidad y para ello habló de la emancipación, centrándose en la liberación de la sociedad, que lo traduce en la literalidad de la palabra liberarse, que implica soltarse de las ataduras que obligan a quedarse estático, sin embargo, Bauman apuesta por el equilibrio dejando la propuesta anterior como un lema hueco, por lo que entra a un análisis más profundo sobre la emancipación introduciendo los conceptos de “necesidad de liberación subjetiva u objetiva”³.

-

Puede llegar a ocurrir “que la voluntad de progreso se vea frustrada o directamente no emerja y que las intenciones, ya sean reales o tan solo imaginarias, sean recortadas para adecuarlas a la capacidad de actuar y, en particular, de actuar de manera razonable -con alguna posibilidad de éxito-.”⁴

-

De igual manera para Bauman puede ocurrir otra cosa, o incluso lo contrario, pero esta distinción abrió abanicos diversos en los que se entablan problemas filosóficos de fenómenos contra esencias y el ejemplo perenne es que lo que concebimos como libertad, de hecho, no lo sea; que el sujeto simplemente quede satisfecho con su realidad, aunque diste de la auténtica objetividad.

-

Para Bauman la postmodernidad es la modernidad líquida, una modernidad que nos resalta la fragilidad de las relaciones interdependientes y los vínculos sociales en tiempos de incertidumbre que necesariamente nos lleva al abandono

³ Zygmunt Bauman, Modernidad Líquida, Trad. Fondo de Cultura Económica de Argentina, S.A. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 22.

-

⁴ Ídem

de los principios estáticos y nos lleva a una época de liberación del individuo, donde aferrarse a algo puede llevar al fracaso total del individuo.

-

b. Transición de la Modernidad a Postmodernidad.

-

“La teoría crítica temprana creyó que el momento culminante de la emancipación humana -el momento de decir “misión cumplida”- era el despegue de la libertad individual de las férreas garras de la rutina y la liberación del individuo de la cárcel de acero de una sociedad enferma de insaciables apetitos totalitarios, uniformadores y homogeneizantes.”⁵

-

Sin embargo, es vigente el dilema de la teoría crítica en una sociedad de individuos, el individualismo y la individualización de las cosas es un tema creciente en la sociedad y no necesariamente de la postmodernidad, sino de la modernidad, buscar explicaciones, culpas, desdichas en uno mismo, pareciera que se ha invertido el papel de la teoría crítica; si en un inicio:

-

La tarea solía ser la defensa de la autonomía privada respecto del avance de las tropas de la esfera pública, autonomía que se debatía bajo las opresivas reglas de un Estado impersonal y omnipotente... Hoy, la tarea consiste en defender la evanescente esfera de lo público, o más bien reacondicionar y repoblar el espacio público que se está quedando vacío debido a la deserción de ambos lados.⁶

-

Las explicaciones anteriores sirven de base para definir la transición de la modernidad a la postmodernidad en los ojos de Bauman, así puede usarlas de

⁵ Ibid p. 32.

-

⁶ Ibid p. 44.

comparsa para explicar el desplazamiento de la sociedad desde una modernidad sólida, a una modernidad líquida, esa es la postmodernidad para Bauman, tiempos de incertidumbre social en donde el movimiento constante y las distintas oportunidades que se presentan constituyen un medio de constante cambio para alcanzar metas.

-

A pesar de lo explicado en el párrafo que precede, las multiplicidades de agencias a disposición no nos ofrecen parámetros definidos para alcanzar dichas metas, lo que potencializa el concepto de liquidez de la modernidad.

-

Conforme a lo anterior Bauman explica que la sociedad ahora es convertida en un medio ambiente que se concibe como un conjunto de oportunidades y la oportunidad misma como un medio para alcanzar una meta:

-

En la modernidad líquida, sus nuevas versiones, drásticamente reducidas, se refugiaron en el diminuto ámbito en miniatura de la política de vida; allí, los peligros y vaivenes de la autonomía individual -esa autonomía que no puede completarse así misma excepto en una sociedad autónoma-.⁷

-

Es evidente que poner en tela de juicio las contradicciones o simplemente sacarlas a la luz no las resuelve; sin embargo, es claro que, ante esta modernidad líquida, desde una óptica progresista, es necesario un nuevo esqueleto epistemológico para regirla, que es precisamente uno de los escaños que está tomando el progresismo en la actualidad.

-

⁷ Ibid 58.

Existen muchos ejemplos del cambio al que hago referencia debido a que las estructuras de la sociedad comienzan a realizar cambios como consecuencia del dinamismo social, comienzan a surgir grupos y organizaciones que defienden nuevas ideas; que, de tener impacto, cambian leyes e incluso parámetros axiológicos para determinar la moralidad de los actos.

-

Lo anterior se puede ver en el extranjero, como nos muestra en su artículo electrónico el Washington Post sobre los avances científicos para prevenir enfermedades genéticas con ingeniería genética⁸ e incluso en nuestro país como nos muestra el artículo de BBC en donde nos resumen la decisión de la Suprema Corte de nuestro país de invalidar prohibiciones de adopción de parejas homosexuales.⁹

-

Estas noticias, que vienen surgiendo desde años antes de las citadas en este trabajo, son muestra de la transición de la modernidad a la postmodernidad, una transición movida por estos agentes de cambio a un terreno desconocido para la sociedad.

-

Esta transición implica necesariamente el abandono total de las bases definidas y dadas previamente para encausarse en lo que es cambiante y desechable.

-

c. Liquidez.

-

⁸ Joel Achenbach, Ethicists approve '3 parent' embryos to stop diseases, but congressional ban remains, Washington Post, 3 de febrero del 2016, consultado el 20 de febrero del 2017, <https://www.washingtonpost.com/news/speaking-of-science/wp/2016/02/03/to-prevent-disease-ethicists-approve-creation-of-embryos-with-three-genetic-parents/>

-

⁹ Alberto Nájjar, México: Corte Suprema invalida ley estatal que prohibía adopciones a parejas homosexuales, BBC Mundo, 12 de agosto del 2015, consultado el 21 de febrero del 2017, http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/08/150812_mexico_suprema_corte_adopcion_gay_camp_eche_an

En el centro de la teoría de Bauman está el concepto de liquidez y este concepto se explica parcialmente con lo ya expuesto, sin embargo, para ahondar más en el tema, es preciso decir que la necesidad de libertad y la transición de bases sólidas y conocidas a bases inciertas, no es suficiente para dejar perfectamente claro a lo que se refiere el citado autor con liquidez; para esto, es necesario comprender que esta sociedad inmersa en la modernidad líquida, o postmodernidad, tiene una obstinada necesidad de constante cambio.

-

Conforme a esta característica, lo que el citado autor nos dice es que “las condiciones de la acción y las estrategias diseñadas para responder a ellas envejecen con rapidez y ya son obsoletas antes de que los agentes tengan siquiera opción de conocerlas adecuadamente.”¹⁰

-

Sin embargo, la mejor manera de entender el concepto, que se traduce en la necesidad imperante de cambio, es con *los proyectiles de Bauman*.

-

Cuando se dispara un proyectil desde un arma balística, tanto su dirección como la distancia que recorrerá han sido ya decididas por la forma y la posición del propio cañón, y por la cantidad de pólvora contenida en la munición disparada. Es posible, pues, calcular con un margen de error escaso o nulo el lugar en el que aterrizará el obús o la bala, y se puede, además, elegir ese punto desplazando el cañón o cambiando la cantidad de pólvora empleada... Pero esas mismas cualidades se vuelven inútiles cuando los objetivos, además de ser invisibles para el artillero, empiezan a moverse, sobre todo, si se mueven a mayor velocidad de la que pueden alcanzar los proyectiles en vuelo... En esas circunstancias, se hace preciso un misil inteligente

¹⁰ Zygmunt Bauman, *Vida Líquida*, Trad. Albino Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2006, p.9

-

capaz de cambiar de dirección a medio vuelo, en función de las condiciones cambiantes: detectar inmediatamente los movimientos del objetivo, averiguar (a partir de dichos movimientos) todo lo que se pueda y se deba sobre la dirección y la velocidad más recientes del blanco, y extrapolar -a partir de la información así recogida- el punto exacto en el que se cruzarán ambas trayectorias.¹¹

-

Estamos hablando de dos tipos de proyectiles, el primero pragmáticamente inútil, que es propio de la modernidad y el segundo, el inteligente, propio de la postmodernidad.

-

Bien, a lo que refiere el citado autor es que la teleología de la modernidad es una, es fija y dada previamente y que la finalidad de la postmodernidad está en constante movimiento y cambio, por esto es que la racionalidad del segundo sea concebida como un instrumento que implica la renuncia del anterior. Lo explicado anteriormente nos trae dos cualidades imprescindibles de los sujetos en la postmodernidad, la primera, que es la capacidad de aprender sobre la marcha y, la segunda, que es la capacidad de olvidar al instante, lo que el sujeto debe tener siempre presente es que lo que viene puede convertirse en desechable en un instante.

-

Lo que se puede traducir del discurso del autor en cita es que en la modernidad líquida ya no se pueden hacer presunciones o conjeturas concretas sobre las cosas, implica necesariamente el descarte de los fines en sí mismos por la volatilidad con la que se generan y desechan las cosas, los medios, los valores, los fines e incluso las personas.

-

¹¹ Ibid p.155 y p. 156

En la sociedad actual, todo se convierte en desechable e incierto al grado de la relativización absoluta de cualquier valor, creencia, hecho o principio como se revela en el artículo electrónico publicado por Bioética Blog, en el que habla de algunas de las latentes problemáticas sobre la maternidad subrogada, que aunque su contenido no es muy rico en el debate formal, nos menciona la creciente popularidad del tema en Europa,¹² y para confirmarlo, en la misma página nos comparten la liga de las conclusiones de la jornada anual de la Asociación Española de Bioética publicada el 7 de octubre de 2016 en Madrid, que en pocas palabras manifiestan de manera clara el abandono de la sociedad de los fines dados, las metas previamente establecidas y lo sólido, a cambio de lo desechable, lo líquido.

-

d. Relaciones Familiares Líquidas.

-

Para entrar a las relaciones familiares líquidas, primero debemos abordar en concreto las relaciones humanas, no sólo hablar de la sociedad en la postmodernidad; para ello, debemos entender que en la postmodernidad, las relaciones humanas son fundamento de la sociedad y el núcleo de la sociedad es la familia, en este tenor de ideas, la teoría de Bauman se esclarece más y nos deja en manifiesto la fragilidad de las relaciones humanas, pero esta fragilidad no surge *ex-nihilo*, lo que el autor en cita recalca y procura desentrañar es el sentimiento de inseguridad que dicha fragilidad causa en estas relaciones y el impulso que causa de mantener los lazos más estrechos, pero al mismo tiempo flojos, para fácilmente desanudarlos.

-

Es un sentimiento paradójico de la postmodernidad en las relaciones interpersonales: despiertan las personas con una sed de relacionarse, de tener

¹² Fermín Jesús González-Melado, Vientres de Alquiler, Bioética Blog, 18 de febrero del 2017, consultado el 18 de febrero del 2017, <http://www.bioeticablog.com/vientres-de-alquiler/>

a alguien que les ayude o apoye en situaciones difíciles, sin embargo, a pesar de ello sienten esa inseguridad y temor de estar relacionados para siempre, ese temor se fundamenta en que ese estado pueda convertirse en una carga y causar tensiones o presiones que no se sienten capaces ni deseosos de aguantar y así operar en la paradoja de poder limitar de forma severa la necesidad de relacionarse.

-

Todo lo expresado en los incisos anteriores es reflejo del cambio social que han sufrido las relaciones interpersonales y que afectan de manera directa a la familia, en consecuencia, surgen problemas sobre la determinación del inicio y el final de la vida. Entendido esto es claro que todos los aspectos sociales influyen en este cambio de paradigma, pero la familia como núcleo social es la que se verá más afectada.

II. MARCO CONCEPTUAL

-

Un primer paso para poder dilucidar el problema del aborto, es explicar los conceptos básicos que rodean el tema del aborto, comenzando desde la concepción, hasta las dos modalidades del aborto en los que centraré esta tesis, el consentido y el procurado. De esta manera con los fundamentos sociológicos y el marco conceptual, podremos avocarnos con mejores bases al tema que nos ocupa.

-

a. Fecundación

-

La Real Academia Española explica que la fecundación es: “dicho de una célula reproductora masculina: Unirse a la femenina para dar origen a un nuevo ser.”¹³ pero para comprender el marco conceptual vale la pena hacer referencia a la óptica médica, que nos explica a detalle dentro del proceso del desarrollo embrionario que este:

-

...se inicia con la fecundación, proceso mediante el cual el gameto masculino o espermatozoide y el gameto femenino u ovocito se fusionan y originan el cigoto. Los gametos derivan de las células germinales primordiales (CGP) que se forman en el epiblasto durante la segunda semana y posteriormente se trasladan a la pared del saco vitelino, donde se pueden observar en la tercera semana. Durante la cuarta semana, estas células empiezan a migrar desde el saco vitelino hacia las gónadas en desarrollo, donde llegan al final de la quinta semana. El número de divisiones aumenta durante la migración y cuando las células han alcanzado las gónadas. Para prepararse para

¹³ RAE, s.v. “fecundar”, consultado el 20 de mayo de 2017, <http://dle.rae.es/?id=HiOCn9v>

la fecundación, las células germinales experimentan el proceso de gametogénesis, que incluye una meiosis, para reducir el número de cromosomas, y el de citodiferenciación para acabar de madurar.¹⁴

-

La fecundación es un proceso bastante complejo en el que todo el contenido genético y celular del ser humano se codifica para dar origen a la vida, es por eso que comprender el concepto desde la óptica técnica es importante para el desarrollo del presente trabajo. Para mejor comprensión de su trascendencia a continuación expongo otra definición y el proceso completo:

-

La fecundación es la secuencia de fenómenos que inicia con el contacto entre espermatozoide y un oocito secundario y termina con la fusión de los núcleos de los espermatozoides y del óvulo y la mezcla de los cromosomas maternos y paternos durante la metafase de la primera división mitótica del cigoto.

-

El desarrollo embrionario inicia con la fecundación, proceso con una duración aproximada de 24 horas que ocurre de la siguiente manera:

-

1. El espermatozoide pasa a través de la corona radiada. La disociación de las células foliculares de la corona radiada parece ser el resultado de la acción de enzimas liberadas por el acrosoma, y en particular hialuronidasa. Es probable que los movimientos de la cola del espermatozoide también lo ayuden para que pueda penetrar en la corona radiada.

¹⁴ T.W. Sadler, Langman: Embriología Médica, trad. Juan Roberto Palacios Martínez, Barcelona España, Wolters Kluwer Health Lippincott Williams & Wilkins, 2012, Pgs. 10 y 11.

-

2. El espermatozoide penetra en la zona pelúcida. La formación de una vía que atraviesa la zona pelúcida también es resultado de la acción de enzimas liberadas por el acrosoma, como la acrosina y la neuraminidasa que al parecer causan lisis de la zona pelúcida, permitiendo el paso de los espermatozoides.

-

Una vez que el primer espermatozoide pasa a través de la zona pelúcida, ocurre una reacción zonal en esta capa amorfa, que la vuelve impermeable a otros espermatozoides. Se cree que la reacción zonal es producida por la liberación de gránulos corticales en el citoplasma del oocito secundario. Estas sustancias además producen cambios en la membrana plasmática del oocito que también la hacen impermeable.

-

3. La cabeza del espermatozoide se adhiere a la superficie del oocito secundario. La membrana plasmática del oocito y del espermatozoide se fusionan y se rompen en el área de fusión. La cabeza y la cola del espermatozoide entra al citoplasma del oocito, en tanto que la membrana plasmática del espermatozoide permanece detrás.

-

4. El oocito secundario completa la segunda división meiótica, dando lugar a un óvulo maduro y a un segundo cuerpo polar. El núcleo del óvulo maduro se denomina pronúcleo femenino.

-

5. Una vez dentro del citoplasma del óvulo, la cola del espermatozoide degenera con rapidez y su cabeza se agranda y forma el pronúcleo masculino.

-

6. Los pronúcleos femenino y masculino se fusionan formando una nueva célula llamada cigoto.

-

La fecundación se completa dentro de las 24 horas posteriores a la ovulación. Poco tiempo después de la fecundación aparece una proteína inmunosupresora, conocida como factor gestacional inicial (EPF) en el suero materno, sustancia en la cual se basa la prueba de embarazo que se realiza en la primera semana de desarrollo.¹⁵

-

Así es como ocurre la fecundación conforme a las autoridades en materia de medicina, es un proceso que aparentemente es sencillo, pero al entrar a su estudio, revela la complejidad del inicio de la vida y que, si bien se politiza para justificar el aborto afirmando que son simples células, sin embargo, se puede verificar de forma clara en estos procesos cómo se configura la vida humana. Deconstruir la complejidad de estos procesos para concluir que son cúmulos de células es tan simplista que lo mismo puede hacerse con un ser humano completamente desarrollado, todo se reduce a células, rasgos genéticos configurados a través de cromosomas y procesos de regeneración celular.

-

¹⁵ Keith L. Moore, Embriología Clínica, trad. Martha Castilleja y Ana María Ocaña, Nueva Editorial Interamericana México D.F., 1989, Pgs.30 a 33.

-

Al final del proceso explicado se origina un embrión, que nuestra Ley General de Salud define como: “Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional;”¹⁶

-

De acuerdo con las citas y análisis especificados en este apartado, desde la óptica legal y la científica la fecundación ocurre con la unión de la célula reproductiva masculina y la célula reproductiva femenina. Este proceso ocurre dentro de la trompa de Falopio antes de implantarse en el útero y desde ese momento, existe fecundación y en consecuencia existe vida.

-

b. Embarazo

-

El Hospital General de México define el embarazo como la gestación o proceso de crecimiento y desarrollo de un nuevo individuo en el seno materno. Abarca desde el momento de la concepción hasta el nacimiento pasando por la etapa de embrión y feto. En el ser humano la duración media es de 269 días (cerca de 10 meses lunares o 9 meses-calendario).¹⁷

-

También, “el Embarazo es un estado fisiológico de la mujer que se inicia con la fecundación y se termina con el parto y el nacimiento del producto.”¹⁸

-

¹⁶ Ley General de Salud, Artículo 314 f. VIII.

¹⁷ Hospital General, Guías Diagnósticas de Salud Externa, No. 4 Embarazo, consultado el 16 de septiembre del 2017, en: http://www.hospitalgeneral.salud.gob.mx/descargas/pdf/area_medica/consul_exter/guia_embarazo.pdf

-

¹⁸ NOM-007-SSA2-1993, Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida. Artículo 3.15.

-

Como se verá adelante, dicha norma oficial ha sido modificada y actualizada por última vez en 2016; sin embargo, la agrego también para demostrar que en la legislación especializada también existe cierto consenso y ciertas bases técnicas que soportan este concepto de embarazo.

-

Otra definición de embarazo es: “En la mujer, proceso de gestación de un hijo que va desde la implantación en el útero del óvulo fecundado hasta el parto. En la especie humana el embarazo dura aproximadamente 9 meses.”¹⁹

-

Como fue puntualizado en el apartado anterior, la mujer fecundada está embarazada, de ahí el surgimiento de la proteína anteriormente mencionada que hace que la prueba de embarazo sea positiva. Es por ello que la definición inmediata anterior es algo desafortunada, ya que resulta insostenible decir que el embarazo comienza con la implantación del ovulo fecundado en el endometrio cuando después de las 24 horas de la unión de los pronúcleos el cuerpo ya está condicionándose para el desarrollo de un ser humano.

-

La comunidad médica no está homogeneizada para definir embarazo, es por eso que nuestras leyes de salud actualmente no tienen una definición concreta de embarazo, si bien es cierto que el trabajo de la legislación no es definir, en la actualidad ha sido una herramienta para evitar vaguedad en la argumentación jurídica. Sin embargo, la Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-2016, Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida. Esta NOM en su artículo 3.15 define embarazo como:

-

¹⁹ Enciclopedia Salud, s.v. “embarazo”, consultado el 29 de mayo del 2017, <http://www.encyclopediasalud.com/definiciones/embarazo>

Embarazo, a la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del "*conceptus*" en el endometrio y termina con el nacimiento.²⁰

-

De igual forma, el Código Penal para la Ciudad de México, también define embarazo para efectos solamente de la aplicación de la materia penal, y nos dice que el embarazo es "la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio."²¹

-

Si bien la doctrina médica no es necesariamente homogénea en estos temas, es claro que una mujer fecundada ya se debe considerar como embarazada, pues estos procesos son los que en última instancia llevarán al nacimiento del ser humano. Desde el embarazo existe vida en el vientre de la mujer y de lo analizado es claro que de no interrumpirse los procesos de desarrollo nacerá un ser humano que, aunque no sea autónomo durante ellos, si está vivo.

-

c. Aborto Consentido y Procurado

-

El Código Penal Federal define al aborto como la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. El aborto se define por el resultado de la conducta, que es la muerte; de manera que cualquier acción u omisión que pueda causar ese resultado están comprendidas en la descripción legal (siempre que el medio empleado tenga una efectiva potencialidad material lesiva en el cuerpo del producto de la concepción). La acción u omisión debe recaer, directa o indirectamente, sobre el producto de la concepción, o sea, en el

²⁰ NOM-007-SSA2-2016, Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida. Artículo 3.15.

-

²¹ Código Penal para la Ciudad de México, Artículo 144, segundo párrafo.

ser concebido y solo durante la preñez -que debe entenderse desde la concepción (porque la Ley se refiere al producto de la concepción) y hasta el momento en que concluye el parto (porque en ese momento la mujer ya no está en el estado de preñez).²²

-

Siempre, el ser sobre el que recae la conducta -el producto de la concepción- debe ser un ser vivo; de lo contrario no se puede producir el resultado “muerte”.

-

De allí que no quepa duda de la razón por la que se incluye este delito dentro del título DECIMO NOVENO, relativo a los Delitos contra la vida.

-

Para Moore, en términos genéricos para de ahí poder definir lo que es aborto consentido y aborto procurado:

-

El término refiere aquel nacimiento de un embrión o feto antes de ser viable (es decir, con la madurez suficiente para sobrevivir fuera del útero). Toda terminación del embarazo que se presenta o es inducida antes de las 20 semanas de gestación.²³

-

A lo que se refiere Moore, es que toda terminación del embarazo, ya inducida, ya natural, antes que el producto de la concepción sea viable, después de esas semanas existe amplia literatura que trata de explicarlo con nombres diferentes como legrado, que es el “raspado de una superficie o de una cavidad del cuerpo, realizado para eliminar tejidos anormales o para obtener una muestra de tejido para su examen en el laboratorio.”²⁴ Dicho procedimiento puede hacerse durante

²² Apuntes para la clase de Delitos, inédito, de Juan García de Acevedo Chávez

²³ Keith L. Moore, Embriología Clínica, trad. Martha Castilleja y Ana María Ocaña, Nueva Editorial Interamericana México D.F., 1989, Pgs. 1 y 6.

-

²⁴ Enciclopedia Salud, s.v. “legrado”, consultado el 25 de mayo del 2017, <http://www.encyclopediasalud.com/definiciones/legrado>

un aborto, después de un aborto o para otros fines, sin embargo aun cuando usen otra palabra que define una técnica quirúrgica sigue siendo una terminación del embarazo, en eso si existe consenso en la comunidad médica. Ejemplo de lo anterior es que la terminación inducida del embarazo es “la interrupción deliberada de un embarazo intrauterino con la intención que no sea la de producir un recién nacido vivo, y que no da por resultado el nacimiento de un recién nacido vivo. Esta definición excluye retención de productos de la concepción después de la muerte fetal.”²⁵ A lo que se refiere, en concreto, es que la definición no incluye terminaciones del embarazo por causa de muerte fetal, lo excluye terminantemente.

-

El bien jurídico tutelado es: la vida; su titular: el ser vivo que en el Código Penal Federal se llama producto de la concepción. Si solo las personas pueden ser titulares de bienes jurídicos, el producto de la concepción, ser vivo -cuya vida se extingue por el resultado muerte- debe ser persona. Paradójicamente, si bien no se puede negar que el ser vivo que la Ley llama producto de la concepción sea un ser vivo; que sea ser vivo no necesariamente significa que sea un ser humano (pero si no lo fuera, tampoco podría ser titular del bien jurídico tutelado por la ley penal).²⁶

-

Para nuestra legislación, existen diversas definiciones para aborto, en primer lugar, está la definición del Código Penal que nos indica que aborto es “la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de

-

²⁵ F. Gary Cunningham, John C. Hauth, Keneth J. Leveno, Larry Gilstrap III, Steven L. Bloom y Katharine D. Wenstrom, *Obstetricia de Williams*, Trad, Bernardo Rivera Muñoz, Félix García Roig, José Rafael Blengio Pinto y Ana María Pérez Tamayo Ruiz, México, Mc Graw Gill, 2006, p. 5.

²⁶ Apuntes para la clase de Delitos, inédito, por Juan García de Acevedo Chávez.

-

gestación.”²⁷ Hay que aclarar que esta definición es la aplicable para las definiciones de aborto consentido y procurado, no así para el forzado o sufrido. Ahora también tomaremos en consideración la definición de las normas oficiales mexicanas, que establecen que el aborto es:

-

La expulsión o extracción de su madre de un embrión o de un feto de menos de 500 g de peso (peso que se alcanza aproximadamente a las 22 semanas completas de embarazo) o de otro producto de la gestación de cualquier peso o edad gestacional pero que sea absolutamente no viable.²⁸

-

Tomando en consideración los puntos anteriores, es claro por qué no es trabajo del legislador definir conceptos. Lamentablemente en nuestro poder legislativo, tanto local como federal, no se realizan reformas serias en donde se busque la homologación, integración y coherencia de nuestro sistema jurídico, es por ello que tenemos múltiples definiciones de cada uno de los conceptos planteados en el marco de la presente tesis, que, si bien en algunos casos pareciera que las definiciones no se contradicen, en otros la antinomia es inevitable.

-

Sirva de sustento al marco conceptual anterior los argumentos esgrimidos por el Doctor Carlos Fernández del Castillo ante la Suprema Corte de Justicia en 2008, que son del tenor literal siguiente:

-

Señoras y Señores Ministros de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos:

²⁷ Código Penal para la Ciudad de México, Artículo 144.

-

²⁸ NOM-007-SSA2-2016, Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida. Artículo 3.1.

-

-

Como ustedes bien lo saben, los alcances científicos actuales basados en los criterios de la biología molecular hacen evidente que con la fertilización del óvulo por el espermatozoide surja un nuevo ser humano que es el punto de partida del cuerpo humano y de su personalidad. El embrión humano es un individuo, un ser organizado, que pertenece a la especie humana. Nadie puede negar esta verdad. Cada persona comienza a existir a partir de una sola célula hasta alcanzar unos cuatro mil millones de células que conforman los tejidos sólidos del cuerpo humano, además de los miles de millones de células sanguíneas en la edad adulta. En el cigoto se inicia el yo, la individualidad, que se conservará en todas las etapas sucesivas y se hará consciente en la niñez. El yo es una propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta y se adquiere si al embrión, al feto y al niño se le deja vivir. De acuerdo con la Ciencia Médica, en sus ramas de Embriología y Obstetricia, al ser humano se le conoce con el nombre de embrión hasta la séptima semana de vida y a partir de la octava semana de su existencia, cuando ya se distinguen la cabeza, el tronco y las extremidades, cambia su nombre de embrión a feto hasta la salida del cuerpo de su madre. Después se llamará recién nacido. En esa secuencia, a partir de una sola célula, es un nuevo ser humano que dentro de un sistema biológico propio, coordinado, continuo y gradual, de ser cigoto (embrión de una sola célula) irá creciendo y su organismo se irá reprogramando a medida que la formación de sus órganos biológicamente lo va solicitando y como toda vida regula sus propios procesos internos.

-

Desde la fecundación, cada célula actúa en interacción con las demás células, en una realidad del carácter único del nuevo ser humano. El embrión es una persona que irá desarrollándose poco a poco, durante las cuarenta semanas que pasa dentro del útero materno. Individuo es cada ser organizado respecto de la especie a que pertenece. El diccionario de la Real Academia Española establece que persona es un individuo de la especie humana. Por tanto, es un ser capaz de derechos y obligaciones jurídicas.

-

Persona es la expresión de la vida humana que desde que es una sola célula durante 15 a 20 años estará en crecimiento, transformación y cambio. Al principio de su vida se encuentra en estado embrionario y se irá transformando a lo largo de su existencia en las etapas de feto, recién nacido, niño, adolescente y adulto humano, y si se le deja vivir desde que es lactante irá expresando su personalidad. Cada uno de nosotros seguimos siendo el mismo ser desde el inicio de nuestras vidas, cuando sólo éramos una sola célula. Un embrión es una persona que, si se le deja vivir, ya fuera del útero materno, un día hablará, caminará, crecerá y será conocido con su propia personalidad. Es un grave error que algunos afirmen que un embrión o un feto no sea una persona.

-

Esos son argumentos reduccionistas, con fines que buscan intereses económicos de manipulación y permisivismo para dar gusto a ciertas organizaciones internacionales que tienen en México puesta su mira. A los que afirman eso les propongo que tomen a una criatura que acaba de nacer y que ya está a la vista de dos. Yo pregunto ¿esa criatura es persona? La respuesta de todos será afirmativa, todos

responderán sí es una persona. Ahora los invito a que llevemos a esa misma persona en sentido inverso.

-

Hace unas horas, antes de que se iniciara el parto, estando en el útero de su madre ¿era una persona? La respuesta de todos será que sí es una persona dentro de su madre y así nos iremos hacia atrás, día con día, semana tras semana, mes tras mes y, por dar un ejemplo, llegaremos a la semana 20, 18, 16, etc., ¿acaso por haber llegado a la semana 11 ya dejó de ser una persona? Por supuesto que la respuesta es no. Es el mismo individuo de la especie humana. El origen de su vida se remonta al cigoto y ahora después de nueve meses ya está aquí con nosotros. ¿Hay alguna diferencia en el niño intrauterino de 11 y 12 semanas? ¿Es un ser diferente? La respuesta obviamente es no. ¿Desde el punto de vista humano vale menos un niño de 11 semanas de vida intrauterina que ese mismo niño de 12 semanas o más? Indiscutiblemente el embrión es una persona en etapa de embrión y después será una persona en etapa de feto y así irá creciendo.

-

Por eso defendiendo a los embriones, a los fetos y a toda persona humana. El respeto al ser humano es, ante todo, una exigencia de civilización. He visto con los equipos de ultrasonido lo que es la vida humana desde la tercera o cuarta semanas de su existencia y he sentido en mis manos la vida de miles de niños desde las 12 semanas o más de su existencia. En la especialidad de Ginecología y Obstetricia que ejerzo desde hace 53 años, he atendido más de cincuenta mil partos. Me he pasado casi la mitad de mi vida dentro de los quirófanos, defendiendo, cuidando y curando la salud y la vida de

las madres y sus hijos. Los médicos estamos obligados siempre a defender la vida y la salud. Tenemos que evitar las enfermedades. Siempre trataremos de curar a los enfermos y, cuando no los podemos curar, nuestra obligación se extiende a tener que aliviarlos y consolarlos, pero de ningún modo matarlos. Ese es nuestro deber como médicos. Nunca estaré de acuerdo en que por una votación legislativa se apruebe suprimir la vida de embriones y fetos humanos porque no son deseados.

-

Comprendo lo que es un embarazo no deseado. Lo he vivido miles de veces a través de las numerosas pacientes embarazadas que he atendido en mis muchos años que llevo de médico. La experiencia personal me ha enseñado que cuando una mujer que se encuentra en esas circunstancias y que está considerando provocarse un aborto, porque se trata de un embarazo no deseado, si esta mamá recibe una explicación del valor de la vida de su embrión o feto, desiste y busca otra solución, pero abandona la idea de que alguien mate a su hijo mediante el aborto. Por el eufemismo que se utiliza, percibo la clara manipulación de términos con la frase interrupción legal del embarazo. Es diferente que a una mujer se le diga le voy o le vamos a interrumpir legalmente su embarazo, a que se le diga le voy o le vamos a matar a su hijo no deseado con autorización de la Ley. Lo mismo ocurre con las Instituciones, y en última instancia con el cirujano, que dice voy a interrumpir legalmente un embarazo, o voy a hacer un legrado, a que diga: con autorización de la Ley voy a matar a un embrión o a un feto de menos de 12 semanas por ser indeseable.

-

Se nos ha proporcionado información oficial que expresa que en este primer año acudieron a Instituciones Médicas del Gobierno de la Ciudad de México 11 mil 500 mujeres para solicitar la interrupción de su embarazo y de ellas 3 mil 724 desistieron (32%). Sin embargo, les hicieron el aborto a 7 mil 776 mujeres y sólo 31 casos tuvieron complicaciones que se superaron y lamentablemente reportan la muerte de una jovencita porque el cirujano no respetó el protocolo. Pero no nos dan información de las secuelas que van a sufrir estas mujeres por trastornos ginecológicos o psicológicos, como: infecciones, desgarros, perforaciones del útero, síndrome psicológico postaborto que, en algunos casos, requerirán tratamiento psiquiátrico. Estoy plenamente consciente que vivo en una sociedad plural y en el mismo gremio médico sobre este tema del aborto hay pensamientos plurales. Pero para mí los derechos fundamentales del ser humano residen en el mismo ser humano, no en que se aprueben o desapruében por una votación. Todos los niños concebidos tienen un valor inconmensurable. No hay niños concebidos de segunda clase que ya están en el útero materno y deban ser sacrificados porque no son deseados. La destrucción de los embriones es una verdadera falta de respeto a la dignidad humana. Los embriones y fetos de menos de 12 semanas tienen el derecho de que se les respete su vida, como ustedes, Señores Ministros y yo, tenemos el derecho de que se respeten nuestras vidas. Decir y considerar que la vida de un ser humano antes de las 12 semanas no es persona humana, que es una cosa y que no vale nada, es una grave y peligrosa injusticia. El embrión humano es causado cuando se fertiliza un óvulo humano por un espermatozoide humano. La causa de la misma causa es la causa de lo causado. Defiendo a los embriones porque defiendo a la humanidad como especie a la que pertenezco. La matanza de

embriones autorizada por la Ley viola en los niños no nacidos la dignidad de la humanidad. La dignidad de la vida humana recae en el mismo hecho de ser humano. El futuro de nuestra patria y de la humanidad nos contempla implacable: ¿qué será de México si se continúa convirtiendo en legal y permisible lo que siempre ha sido delito? ¿Cuáles otros delitos ya están en lista de espera para ser aprobados legalmente? La autorización del aborto no puede continuar por las graves consecuencias que tendrá al atentar contra la propia especie. Por su dignidad, la vida humana debe respetarse desde su concepción. Yo sigo confiando en que en mi País hay una Suprema Corte de Justicia que defenderá el derecho a la vida y demás derechos humanos que de suyo tienen los embriones y los fetos.²⁹

-

Lo anterior, explica a detalle lo que la doctrina jurídico-penal manifiesta sobre la tutela de la vida humana, en concreto, la forma en que el doctor antes citado detalla lo que es la vida en gestación. Ese es y debe ser el bien jurídicamente tutelado por el tipo penal del aborto.

-

Ahora bien, una vez analizado el aborto en términos generales, me avocaré a las definiciones centrales de mi tesis, comenzando por el aborto procurado.

-

El aborto procurado es una clasificación o modalidad del aborto, en la cual la madre se realiza por sí misma la terminación del embarazo, ya sea ingiriendo determinadas sustancias o realizando maniobras físicas para terminar con la

²⁹ Fernández del Castillo SC. ¿Interrupción legal del embarazo o asesinato con autorización de la Ley? Ginecol Obstet Mex 2008;76(9):566-8.

-

*Texto leído el 14 de junio de 2008 ante los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos.

-

vida del producto de la concepción. “Es necesario que la madre realice íntegramente los actos ejecutivos, pues si una parte de dichos actos fuere realizada por un tercero, estaríamos en la hipótesis fáctica del aborto consentido. Empero, las terceras personas que intervengan en la concepción o preparación del hecho o que hubieren inducido o compelido a ejecutarlo o prestado auxilio, son también responsables con base en los dispositivos amplificadores del tipo establecidos en las tres primeras fracciones del artículo 13 del código en cita.”³⁰

-

No omito señalar que el autor citado en el párrafo anterior hace referencia al Código Penal que contemplaba el doble ámbito de aplicación, el Federal y para la Ciudad de México. Sin embargo, la aplicación es la misma al actual Código Penal para la Ciudad de México.

-

Lo anterior tiene sustento en los artículos 330, 331 y 332 del Código Penal Federal y hacen especial hincapié en el dolo que debe mediar para la configuración del tipo penal, como establece de forma tajante el artículo 333 del mismo código:

-

Artículo 330.- Al que hiciere abortar a una mujer, se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral se impondrán al delinciente de seis a ocho años de prisión.

-

Artículo 331.- Si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al

³⁰ Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano Tomo II, México, Porrúa, 2010, pgs. 184 y 185.

anterior artículo, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión.

-

Artículo 332.- Se impondrán de seis meses a un año de prisión, a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:

-

I.- Que no tenga mala fama;

II.- Que haya logrado ocultar su embarazo, y

III.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima.

-

Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicarán de uno a cinco años de prisión.

-

Artículo 333.- No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

-

EL aborto procurado contempla una atenuación especial para la madre (no comunicable a ningún copartícipe) y aun mayor por móvil de honor solo conforme al artículo 332 del Código Penal Federal, solo admite consumación dolosa y, conforme al Código local no admite una consumación en grado de tentativa.

-

El aborto consentido es una clasificación o modalidad del aborto, en la cual la madre le otorga a un tercero la facultad para que éste realice sobre ella la terminación del embarazo. En este sentido:

-

El consentimiento debe ser prestado específicamente para que el tercero destruya el producto de la concepción. No existe, por tanto, aborto consentido si la mujer se presta a que se le acelere el parto y el tercero da muerte al feto o embrión. Es intrascendente que la mujer hubiere condicionado su consentimiento al empleo de determinados medios abortivos y el agente ejecutor hubiere empleado otros diversos, pues la modalidad a la que la mujer sujeta su consentimiento carece de jurídico signo.

-

Lo anterior se sustenta en los artículos 330 y 332 del Código Penal Federal.

-

En el Código Penal para la Ciudad de México existe una discrepancia con el Código Penal Federal en materia de embarazo y aborto. En el Código Penal para la Ciudad de México tanto el aborto procurado como el consentido, dentro de las primeras doce semanas de lo que el mismo ordenamiento considera como embarazo, no es punible.

-

En este sentido, el aborto y el embarazo se definen como:

-

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.

-

En el artículo anterior es clara la discrepancia que hay en los conceptos, que se debe principalmente a las reformas de los partidos de izquierda en nuestro país, que siguen una tendencia progresista.

-

Para mayor comprensión, en materia de aborto consentido y procurado, el mismo ordenamiento local señala lo siguiente:

-

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.

-

En estos supuestos mencionados en el artículo citado, se agrega un parámetro temporal de doce semanas para que el aborto consentido y el aborto procurado no sean punibles, salvo que se realicen las acciones con posterioridad al tiempo señalado.

-

Es significativo que el Código Penal Federal, al tratar del aborto procurado y del consentido en el artículo 332 si emplea la palabra “madre”; en tanto que ninguno de los artículos del Código Penal aplicable en la Ciudad de México relativos al aborto emplea esa palabra, pareciera que el legislador de manera intencional pretendiera olvidar que el proceso que pretende terminar es el de la maternidad misma, cambiando la naturaleza del bien jurídicamente tutelado por el tipo penal.

III. ABORTO Y FAMILIA

-

a. Concepto de Familia.

-

El concepto de familia ha sido ampliamente estudiado por diferentes disciplinas, la sociología, la biología, el derecho, la economía e incluso la filosofía y la teología.

-

El concepto de familia debe considerarse un término análogo porque existen diversas definiciones que guardan elementos en común.

-

Desde la óptica biológica, la familia es el conjunto de seres humanos que comparten diversas características de ADN.

-

En este tenor de ideas, desde el sentido genético de la familia, solamente las personas que comparten información genética pueden ser considerados familia.

-

Desde un punto de vista económico, la familia es uno de los tres agentes económicos de la producción y consumo de bienes – junto con las empresas y el gobierno-. Generalmente en Economía ha llegado a entenderse que familia son “todas las personas que viven bajo el mismo techo”³¹

-

En este sentido, cuatro amigos que comparten un inmueble y sus gastos constituyen una familia, con absoluta independencia de la información genética que puedan o no compartir.

-

³¹ William A. McEachern, Economía: Una introducción contemporánea, 6ª. Ed. México, Thompson, 2003, p. 71.

Un sector de la sociología y de la antropología ha considerado que la familia en sentido amplio es una creación artificial que no atiene a la naturaleza real del ser humano como especie mamífera.³²

-

Ahora bien, desde la óptica jurídica la familia tiene un sentido restringido, entendido como filiación, que se traduce en el núcleo social primario de la familia. Lo anterior se sustenta conforme a lo que dice el artículo 338 del Código Civil para la Ciudad de México:

-

Artículo 338.- La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros. [Subrayado añadido]

-

En un sentido amplio, la familia abarca las relaciones de parentesco de forma vertical ilimitada y a los colaterales hasta el cuarto grado, conforme al 323 Quáter del mismo código. El maestro Fausto Rico Álvarez denomina a este tipo de familia, familia equiparada:

-

[...]

Para efectos de este artículo, se entiende por integrante de la familia a la persona que se encuentre unida a otra por una relación de matrimonio, concubinato, o por un lazo de parentesco consanguíneo,

³² Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, "Perspectivas socio-jurídicas de las relaciones familiares", en boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XIX, núm. 59 mayo-agosto, Año 1987, p. 568.

en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, colateral o afín hasta el cuarto grado, así como de parentesco civil.

-

Desde una óptica filosófica y teológica, el concepto de familia retoma elementos de muchas áreas del conocimiento, sin embargo, también cuenta con su concepto único en la modernidad: “La familia es comunión de dos personas”³³

-

Para la iglesia, la familia como una Iglesia doméstica, se funda como el centro de la sociedad, en la sociedad para unirse a una familia más grande que es la Iglesia misma. La Iglesia es familia de familias y es por ello que se encuentra en el corazón de la sociedad.

-

La familia para la religión católica busca la procreación, pero reconoce que no todos los padres pueden procrear, para lo que reconoce la fecundidad extendida, que busca la alternativa de esas personas para tener hijos y dejar su marca en sociedad, la adopción.

-

Sin embargo, este reconocimiento de la Iglesia no implica necesariamente una obligación de tener hijos para las parejas, pues entiende que la finalidad del matrimonio es también la comunidad de vida, la vida en pareja que es un fin en sí mismo y que no se disuelve por la falta de los hijos.

-

³³ Jorge Mario Bergoglio, Papa Francisco, Exhortación Apostólica Postsinodal *Amoris Laetitia* del Santo Padre Francisco a los Obispos, a los Presbíteros, y Diáconos, a las Personas Consagradas a los Esposos Cristianos y a Todos los Fieles Laicos Sobre el Amor en la Familia pg. 71.

Para efectos de la presente tesis, nos centraremos en el sentido biológico de la familia, pues es el concepto que no va a cambiar a través del tiempo y cuya base es científica.

-

b. Protección de la vida en materia Civil.

-

La materia civil en su articulado materializa desde hace mucho tiempo la protección de la vida antes del nacimiento, dicha protección tomó mayor relevancia con la reforma constitucional del 2011 al reconocer que el ser humano tiene derechos intrínsecos por el simple hecho de ser persona. Dentro de los derechos reconocidos, está el derecho a la vida.

-

El Código Civil para la Ciudad de México contempla en su artículo 22 que la personalidad jurídica de las personas físicas inicia desde la concepción y la persona, en consecuencia, entra bajo la protección de la ley:

-

Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

-

Hay que aclarar que la doctrina civil especifica que dicho artículo se refiere a la personalidad jurídica de las personas y no a la capacidad, sin embargo, no entraré a la discusión doctrinal de esa materia.

-

En este sentido, la legislación civil ya comienza a otorgarle al no nacido la calidad de persona y busca protegerla.

-

Lo anterior toma mayor fuerza ya que el no nacido también puede recibir herencias, lo anterior está regulado en el artículo 353 Quáter, que habla de la capacidad que tienen para heredar los no nacidos:

-

Artículo 353 Quáter. Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre declara que reconoce al hijo de la mujer que está embarazada.

-

Si no fuere suficiente, los no nacidos también puede recibir bienes por donación, como lo estipula el artículo 2357 del mismo ordenamiento:

-

Artículo 2357. Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337.

-

De lo analizado anteriormente, podemos concluir que la legislación civil generalmente ha buscado la protección de los derechos de las personas no nacidas, reforzando el derecho a la vida reconocido por nuestra Constitución Federal.

-

c. Legislación Civil y Aborto

-

La legislación civil realmente no regula la materia de aborto en concreto, pero establece las bases fundamentales de los derechos de las personas no nacidas.

-

Como señalé en el apartado anterior, a partir de la reforma constitucional del 2011, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue modificada para no otorgar derechos sino reconocer aquellos que son intrínsecos de la persona humana.

-

Dentro de esos derechos fundamentales reconocidos está el derecho a la vida. Los derechos reconocidos en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deben ser protegidos, promovidos y regulados por las leyes reglamentarias de la Constitución, mejor conocidas como leyes secundarias. En este tenor de ideas, el Código Civil para la Ciudad de México, reconoce a los no nacidos ciertos derechos y protección a los no nacidos con el afán de cumplir con el mandamiento constitucional.

-

A lo largo de toda la regulación del Código Civil, se ve de forma reiterada una incansable lucha por proteger la vida en todas las etapas del desarrollo humano. Se ve desde su regulación para proteger al no nacido, su regulación para proteger la institución del matrimonio, la integridad de la sucesión por causa de muerte y en general cualquier relación interpersonal que se regula en dicho código.

-

Lo anterior toma suma relevancia para la materia de aborto, pues es el fundamento central de la existencia del tipo penal de aborto, además, ese razonamiento lógico-jurídico debe recalcarse puesto que las reformas progresistas no se han ocupado de homologar el sistema jurídico. Esta falta de homologación ocasiona múltiples contradicciones en la legislación, sin embargo, lo más importante es que no se ha podido lograr pues las reformas propuestas y permisivas del aborto son centradas en argumentos y razonamientos sentimentales e ideológicos en su mayoría y no en un ejercicio argumentativo serio, lógico y con sustento científico.

-

Sin embargo, no omito señalar que en concreto el artículo 22 del Código Civil Federal, que es idéntico al del ordenamiento local, es la base fundamental del marco jurídico de la protección de la vida en México porque le otorga el carácter de persona al concebido no nacido, razón por la cual esta parte de la legislación toma relevancia en materia de aborto y debe contemplarse para el estudio de la misma.

IV. ABORTO EN MATERIA PENAL

-

El aborto en materia penal ha sufrido muchos cambios a través del tiempo, sin embargo, considero que uno de los cambios fundamentales en la materia, es la reforma publicada el 6 de abril del 2007.

-

La reforma en cita se debe a un cambio en la sociedad, un cambio en la forma en que se ve la vida, un cambio en la forma en la que se conduce la sociedad y un cambio en la percepción de los derechos de las personas.

-

La reforma de la que hablo fue conformada por dos iniciativas en concreto, la primera con fecha 23 de noviembre del 2006 promovida por el Partido Revolucionario Institucional, y la segunda del 28 de noviembre del 2006 promovida por el Partido Social Demócrata.

-

Ambas iniciativas buscaban la despenalización del aborto en aras de modernizar y actualizar nuestras leyes. En este orden de ideas, las reformas buscan que la planificación familiar, la educación y la orientación sexual sean centro de atención para los jóvenes en México.

-

En este sentido, la exposición de motivos de fecha 23 de noviembre del 2006 establece lo siguiente:

-

[...] es necesario dejar claro la necesidad de despenalizar el aborto, lo que implica que no haya castigo penal en contra de las mujeres que se lo practiquen o para aquellos médicos cirujanos o ginecólogos que le ayuden.

-

El que no se castigue en la ciudad de México el aborto, amplía el derecho de las mujeres; pero no implica ningún retroceso en materia legal de la ciudad. Despenalizar el aborto nos hace una sociedad más abierta, madura, fuera de dogmas y prejuicios que se contraponen a nuestra realidad.³⁴

-

De la cita anterior, se desprende que algunas de las razones esgrimidas por los autores de esta iniciativa son la modernización del ordenamiento jurídico, los derechos de la mujer y los derechos del personal de salud que esté involucrado en dichos procedimientos.

-

Además del ámbito ideológico, también explican en su exposición de motivos lo siguiente:

-

[...] nuestra realidad nos dice que la mayoría de veces se recurre al embarazo en medio de una situación que nada tiene que ver por las causales que no se castigan (sic). Paralelo a esto deberá de haber una intensa reforma educativa que abarque no solamente el conocimiento de nuestro cuerpo, sino también de las medidas precautorias en el ámbito sexual.

De igual forma se requerirá mejor la calidad de los servicios de salud en la ciudad de México para que las condiciones en las que se lleguen a dar los casos de aborto sean las mejores.³⁵

-

³⁴ Exposición de Motivos, Asamblea Legislativa del D.F., México, D.F., a 23 de noviembre de 2006. INICIATIVA DE DIPUTADOS (GRUPO PARLAMENTARIO DEL PRI), consultado el 28 de noviembre del 2017.

-

³⁵ Idem.

En este sentido, lo que ellos pretenden es también aumentar la educación sexual en los jóvenes, quitar las limitaciones legales para acceder al aborto y mejorar las condiciones en las que se practican estos procedimientos.

-

En otras palabras, se busca hacer una reforma integral educativa en la que a los jóvenes se les den los elementos suficientes de prevención del embarazo, y cambiar el sistema de salud mexicano para eliminar, de un plumazo, los centros de aborto clandestinos de la ciudad.

-

Como derecho de la mujer, argumentan que es derecho y decisión exclusivo de la mujer, a lo que se refieren es que la mujer tiene absoluto y pleno derecho sobre su cuerpo. Si bien es parcialmente cierto lo anterior, tomando en consideración lo expuesto en este trabajo con fuentes médicas, debemos reconocer que al unirse los pronúcleos de las células reproductoras masculinas y femeninas, nos encontramos ahora en la presencia de un nuevo ser humano y no solamente del cuerpo de la mujer.

-

Por otro lado, la eliminación de los centros clandestinos pareciera haber surtido efectos, sin embargo, muchos consultorios y clínicas siguen operando en la ilegalidad, existen consultorios o clínicas como Cipa, que no cumplen la regla establecida de las 12 semanas para llevar a cabo uno de los procedimientos, lo cual debería llamar la atención de las autoridades para fortalecer el estado de derecho.³⁶

-

Lo anterior toma relevancia porque revela que la tendencia social en México va dirigida completamente a la despenalización total del aborto.

-

³⁶ Redacción 24 horas, En la CDMX, clínicas autorizadas realizan abortos ilegales (+video), consultado el 1 de diciembre del 2017, <http://www.24-horas.mx/abortos-en-la-cdmx/>

En el siguiente apartado analizaré el tipo penal de aborto, su evolución a partir de las reformas del 2006 mencionadas en este rubro, una breve comparación y un desglose del aborto consentido y procurado antes y después de la reforma.

-

a. Tipo penal de aborto.

-

El concepto de aborto en cada uno de los Códigos, Federal y Local, es distinto y para entender cuál es el bien jurídico tutelado, así como las razones por las cuales no se aplica la pena que corresponde al homicidio -sino una pena sustancialmente menor, aun cuando se trate de aborto forzado con violencia- y por qué no es punible el aborto -procurado y consentido- en la Ciudad de México dentro de las primeras doce semanas de lo que el Código aplicable en esa Ciudad llama embarazo; es necesario conocer las distintas percepciones de las que parten ambas legislaciones.³⁷

-

Como ya fue señalado en capítulos anteriores, el tipo penal de aborto contempla la conducta típica, antijurídica, culpable y punible que constituye aborto, y engloba el concepto de embarazo, que ya se criticó en su capítulo respectivo. El tipo penal de la ciudad de México es el siguiente:

-

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

-

³⁷ Apuntes para la clase de Delitos inédito de Juan García de Acevedo Chávez

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.

-

Actualmente el tipo penal de aborto está delimitado temporalmente por un rango de 12 semanas. Esta delimitación se desprende del dictamen de origen de la Cámara de Diputados de fecha 19 de abril del 2007.³⁸ En este documento son señaladas múltiples aparentes necesidades sociales en materia de educación, salud y derechos de las mujeres, entre otras, el derecho a decidir de manera libre el espaciamiento de los hijos. Sin embargo, no se ofrecen razones científicas para establecer el rango temporal de doce semanas, parece ser una decisión arbitraria que busca ser un paso más a la despenalización total del aborto.

-

Conforme a la definición contenida en el primer párrafo del artículo 144, abortar es interrumpir el embarazo, después de la décima segunda semana de gestación en el caso de las modalidades de aborto procurado y consentido y, para el caso de aborto forzado, en cualquier momento del embarazo y, en cualquiera de los tres casos, considerando la definición dogmática que de Embarazo aporta el segundo párrafo del artículo 144; pues, la acción u omisión del sujeto activo debe ser tal que causalmente produzca esa interrupción, de manera que nunca se hace referencia a la muerte de ser vivo alguno.

-

³⁸ Procesos Legislativos, Dictamen/Origen, Diputados, Dictamen, México, D.F., a 19 de abril de 2007, consultado el 2 de diciembre del 2017.

Así, podría parecer que el bien jurídico que se tutela es el derecho reproductivo de la madre -además de su salud o integridad corporal en el caso del aborto forzado-; siendo, por lo tanto, cuestionable, que se incluya este delito dentro del título de los delitos contra la vida y la integridad corporal.

-

Mas, el hecho de que el resultado que se debe constatar como producido para que se pueda afirmar que se consumó el delito es que, habiendo existido Embarazo, esta parte del proceso de la reproducción humana ya no continuó su desarrollo ordinario (resultado: se detuvo, no siguió, no llegó a lo que debía haber llegado, dejó de ser, ya no hay desarrollo o desenvolvimiento de ese proceso) sino que, el no haber llegado al parto, es atribuible de manera directa e inmediata (nexo de causalidad) a la acción u omisión del sujeto activo, no significa que el legislador ignore que necesariamente se produce la muerte de un ser en gestación.

-

Por lo tanto, aunque no se menciona expresamente la palabra muerte en ninguno de los tres referidos artículos, no por ello se puede afirmar que se niega al ser en gestación el carácter de ser vivo y, por lo tanto, no se niega que lo producido por la interrupción del Embarazo sea la muerte de ese ser en gestación. Parece ser así que lo que el legislador local quiso hacer fue poner el énfasis en la consecuencia más próxima o inmediata (interrupción del proceso reproductivo) y no en la consecuencia final o última que más interesaría (muerte del ser vivo en gestación). Luego, parece también que distrae la atención del que es la víctima que más sufre en su ser las consecuencias del delito (el ser vivo que muere) para poner el énfasis en la decisión que

corresponde a la madre respecto de la continuación o no del proceso reproductivo que se desarrolla en su cuerpo. Tomando lo anterior en consideración, no omito señalar que toda consideración de los derechos reproductivos del padre está ausente.³⁹

-

Asimismo, se han realizado estudios que definen el aborto consentido y procurado en el ámbito legislativo del país, que los definen como sigue:

-

Aborto procurado o consentido: se refiere al aborto que se provoca la propia mujer o se realiza con el consentimiento de la mujer embarazada. Cuando los motivos para realizar el aborto no están permitidos por la legislación, en este tipo de aborto se sanciona tanto a la mujer que consiente o solicita el aborto, como al personal que interviene en su inducción.⁴⁰

-

En esta definición, contempla tanto al aborto consentido como al procurado, que en los apartados siguientes definiremos con mayor precisión.

-

Ahora buscaré hacer un análisis del tipo penal de aborto, para esto, requiero entender los elementos doctrinales que conforman un tipo penal. El doctor Márquez Piñero⁴¹ sintetiza los elementos enlistados por Jiménez de Asúa, para el análisis de cualquier tipo penal en los siguientes:

³⁹ Apuntes para la clase de Delitos, inédito, por Juan García de Acevedo Chávez

⁴⁰ Mtra. Elma del Carmen Trejo García, Legislación Internacional y Derecho Comparado del Aborto, abril, 2007, pg. 3.

-

⁴¹ Márquez Piñero, Rafael. El tipo penal. UNAM México 1992 Pág. 233

-

Elementos descriptivos, que se pueden englobar en relación con los sujetos (activo y pasivo), al objeto, lugar, tiempo ocasión y medios.

-

Elementos normativos, son aquellos elementos que realmente tienen un contenido de valoración jurídica, porque implican una relación directa con la antijuridicidad. No omito señalar que muchas veces es imposible desligar algún contenido extrajurídico, cultural o social que permea a los tipos penales, sin embargo, este tema excede los contenidos de la presente tesis, por lo que no abundaré más en ello. Solo concluiré que lo predominante debe ser un contenido jurídico, que es la postura mayormente aceptada en la doctrina penal.

-

Elementos subjetivos, son aquellos a los que Ricardo Núñez se refiere como verdaderos momentos internos del sujeto, que están ligados en el tipo penal y cuya presencia se explica en la infinita variedad de matices que ostenta la psique humana y que hace necesario destacar aquellos elementos internos del actor, cuya presencia da vida a ilicitud la conducta.⁴²

-

Elementos objetivos, los que Moreno Hernández⁴³ engloba en: Acción o realización, lesión o puesta en peligro del bien jurídico, especiales medios o formas de realización (no siempre se exigen), modalidades de lugar, tiempo y ocasión, nexo causal, objeto material, sujetos activos (número y calidad de sujeto) y pasivos (número y calidad).

⁴² NUÑEZ, Ricardo. Los Elementos Subjetivos del Tipo Penal. Editorial Depalma 1943. Citado por Reyes Echandía.

-

⁴³ MORENO HERNANDEZ, Moisés. Notas, División de Estudios de Posgrado.

-

Entendido lo anterior, podemos hacer un breve análisis de los elementos que configuran al tipo penal de aborto. Es importante señalar que no todos los elementos enlistados en los párrafos anteriores serán empleados para este análisis, lo anterior es porque sólo se hará un análisis elemental que nos dará mayor claridad sobre los sujetos, medios y tiempo en que se cometa. Los elementos anteriores son suficientes para entender las razones sobre las que se funda la protección de la vida del concebido no nacido en nuestra materia penal. Lo anterior, con independencia de las diversas doctrinas que engloban distintos elementos de los tipos penales, que su estudio excede el contenido de la presente tesis.

-

Actualmente, la doctrina que haga un análisis exhaustivo de los elementos del tipo de aborto es muy escasa, como fue planteado, falta el elemento fundamental, que guarda relación directa con este tema, que es el verbo-elemento objetivo que describe la acción o la omisión. Es por lo anterior que el apoyo interdisciplinario que propongo en este trabajo es fundamental para la comprensión de la realidad social de un territorio, para conocer el análisis científico de la materia y poder ejercer el derecho desde cualquier rama, ya jurisdiccional, ya legislativa, con mayor apego a la verdad.

-

Siempre la madre será sujeto activo en las modalidades del aborto procurado y consentido y, por lo tanto, puede considerarse que se exige esa calidad específica de relación (madre a hijo) o fisiológica (embarazada) para ese sujeto activo en esas dos modalidades (en la Ciudad de México, como fue precisado anteriormente, solamente después de las primeras doce semanas de que inició lo que el Código local llama embarazo).

-

En el consentido, el tercero que hace abortar a la madre con el consentimiento de ésta puede ser cualquiera; lo mismo que en el forzado o sufrido, en los cuales no se exige ninguna calidad específica del activo.

-

Sin perjuicio de lo ya discutido respecto de quién es el pasivo en las modalidades del aborto procurado y consentido; por lo general se admite que en el forzado o sufrido son dos los sujetos pasivos y, por lo tanto, siempre la madre o mujer embarazada.

-

En cuanto a los medios, no existe limitación alguna para el tipo penal.

-

En cuanto al tiempo, después de la reforma publicada en 2007 en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, mencionada en apartados anteriores, se impone una barrera temporal arbitraria. En otras palabras, el delito solamente lo comete la persona que realiza las acciones necesarias para su actualización si ocurren después de estas doce semanas de gestación.

-

En cuanto al resultado, este es la muerte, conforme al artículo 329 del Código Penal Federal (con el mismo significado que tiene para el delito de homicidio) o interrupción de la parte del procedo de la reproducción humana que el Código Penal para la Ciudad de México define como embarazo.

-

Tratándose del procurado y del consentido, en la Ciudad de México solo hay sanción si se consuma el acto; sin embargo, conforme al Código Penal Federal si se admitiría en nuestro marco jurídico la consumación en grado de tentativa.

-

Ahora, hay que aclarar que, si existe una explicación para establecer esta barrera temporal, en otras palabras, si se explica que el elemento del tipo como circunstancia especial de tiempo consiste en evitar riesgos a la mujer dentro de esa temporalidad y en que el desarrollo del sistema nervioso central aparentemente no está completo. No omito señalar que el término de las doce semanas resulta aplicable solamente para las modalidades del aborto procurado y consentido; no así para el forzado, lo anterior se explica porque el aborto forzado no es punible si se comete entre la concepción y hasta antes de la implantación del embrión en el endometrio.⁴⁴

-

b. Aborto Procurado.

-

Aunque parezca repetitivo, es fundamental tener clara la definición de aborto procurado para evitar confusiones y, sobre todo, para distinguir las dos conductas sancionadas por la ley penal dentro de un mismo artículo, lo que se traduce en un artículo que contiene dos tipos penales o un tipo penal que admite dos modalidades distintas.

-

En este tenor de ideas, la ley penal para la Ciudad de México define el aborto procurado como:

⁴⁴ Apuntes para la clase de Delitos, inédito, por Juan García de Acevedo Chávez "Forzado o sufrido. Artículos 146 Código Penal para la Ciudad de México y 330 Código Penal Federal. Se comete contra la voluntad, sin tomar en cuenta la manifestada voluntad contraria y en caso de consentimiento inválido.

-

La madre es también víctima, se lesionan sus derechos a la maternidad, su libertad e inclusive su integridad física; mas, por la prevalencia de la vida con mayor valor se ubica este delito de entre los que atentan contra la vida. (Raro es que la doctrina ponga en juego el derecho a la paternidad).

-

Se debe distinguir, además, la forma agravada de aborto forzado o sufrido por el empleo de la violencia, sea física o moral."

-

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. [Subrayado añadido]

-

Conforme a la ley, el aborto procurado es aquel que se practica voluntariamente por la mujer, sin auxilio de médicos u otra persona. En este sentido, la ley distingue esta conducta al describir puntualmente la acción voluntaria de la mujer e imponiendo una pena específica para ello.

-

Asimismo, Jiménez Huerta nos dice que:

-

En el aborto procurado la mujer es el sujeto activo primario. Ella efectúa sobre sí misma las maniobras dirigidas a producir la muerte del feto o ingiere sustancias adecuadas para alcanzar dicho fin.⁴⁵

-

En este sentido, atendiendo a la redacción legal, es necesario que la mujer realice integralmente y hasta su consumación, los actos que traigan como consecuencia la muerte del feto.

⁴⁵ Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano Tomo II, México, Porrúa, 2010, pg. 184

-

No omito señalar que, para este tipo penal no caben modalidades culposas para su comisión, pues la mujer puede realizar una actividad cotidiana como ir al gimnasio o practicar alguna actividad deportiva, que evidentemente no busca terminar el embarazo, pero puede hacer que ocurra. O incluso, el consumo de algún medicamento que esté contraindicado, pero que para su compra no se requiere prescripción médica. No obstante, si la conducta es culposa, no se aplica a la mujer pena alguna por la acción u omisión. Lo anterior se fundamenta sobre la base del principio del justo dolor. La palabra *voluntariamente*, contenida en la descripción típica, es un indicativo, aunque no claro, en el sentido de que la modalidad del aborto procurado solo es punible cuando se comete dolosamente, lo cual es confirmado por los artículos 148 fracción IV y 76 del mismo Código.

-

c. Aborto Consentido.

-

Reitero, como en el apartado anterior, que se requiere una claridad impecable de la descripción de las dos conductas típicas en nuestra legislación para mejor comprensión del tema que analizamos.

-

Por lo anterior, retomo el artículo siguiente del Código Penal para la Ciudad de México:

-

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.

-

Como se explica en el apartado anterior, la ley describe dos conductas distintas a las que les atribuye consecuencias jurídicas distintas, como es claro, en este supuesto también impone una pena diversa y adicional a la persona que auxilia, con el consentimiento de la mujer embarazada, a realizar la conducta típica.

-

Lo anterior se explica de forma sencilla, ya que no se le puede atribuir responsabilidad solamente a la mujer que realiza la conducta típica, sino debe haber responsabilidad también para la persona que ayuda a desplegar la conducta, porque en este supuesto, la mujer solamente consiente.

-

A este respecto Jiménez Huerta nos explica lo siguiente:

-

En el aborto consentido la mujer es partícipe. Su genuina forma de comisión es aquella que la madre faculta a otro para que practique sobre ella maniobras abortivas. No es exacto aquí hablar -dice Maggiore- de una simple “tolerancia” de la mujer y asimilar su actitud a una complicidad negativa o connivencia, pues la mujer no permanece inerte, sino que coopera consintiendo en las prácticas

abortivas, esto es, prestándole a ellas con sus movimientos corporales o, cuando menos, poniéndose en posición obstétrica.⁴⁶

-

Entonces ahora es más claro que este consentimiento, constituye también parte del actuar típico al que se refiere el Código Penal de referencia que traerá como consecuencia de su consumación, la muerte del producto de la concepción.

-

Es importante señalar que, para este tipo penal, no son configurables modalidades culposas, sólo dolosas, por el elemento específico del consentimiento en la descripción de la conducta típica, lo anterior se explica puesto que consentimiento inequívoco y culpa son excluyentes.

-

Es significativo que el Código Penal Federal, al tratar del aborto procurado y del consentido en el artículo 332 si emplea la palabra “madre”; en tanto que ninguno de los artículos del Código Penal aplicable en la Ciudad de México relativos al aborto emplea esa palabra (a pesar de que el proceso reproductivo que se desarrolla en su vientre hace que su relación respecto del ser en gestación sea la de madre a hijo; salvo que por tratarse solo de un proceso se deba olvidar qué es lo que ese proceso genera o generará si se le deja seguir su curso: maternidad).⁴⁷

-

d. Evolución legislativa del tipo penal de aborto consentido y aborto procurado.

⁴⁶ Ibid pgs. 185 y 186.

⁴⁷ Apuntes para la clase de Delitos, inédito, por Juan García de Acevedo Chávez

-

Ahora entraré a un breve análisis sobre la evolución legislativa del aborto a raíz de la iniciativa de reforma del 13 de noviembre del 2006 que citamos anteriormente.

-

En el Código Penal para el D.F., antes de la reforma mencionada, el tipo penal de aborto estaba contemplado de la siguiente manera:

-

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

-

De forma absoluta definía que el aborto se actualizaba por la simple muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo. Esto implicaba que no había barrera temporal arbitraria alguna, más allá del *status pregnationis* para la actualización del tipo penal.

-

En este orden de ideas, en los siguientes artículos, definía lo que era el aborto consentido y procurado, estableciendo los parámetros en los que se incurría en responsabilidad penal para nuestro tema central del análisis.

-

En los dos artículos siguientes, definía el aborto consentido y procurado del tenor literal siguiente:

-

Artículo 146. Si el aborto lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme al artículo anterior, se le suspenderá por un

tiempo igual al de la pena de prisión impuesta en el ejercicio de su profesión u oficio.

-

Artículo 147. Se impondrá de uno a tres años de prisión a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.

-

Adicionalmente, el artículo 145 determinaba las penas para las personas que materialmente ejecutaban el aborto con el consentimiento de la embarazada:

-

ARTÍCULO 145. Al que hiciere abortar a una mujer, se le impondrá de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella.

-

Cuando falte el consentimiento, la prisión será de cinco a ocho años. Si mediare violencia física o moral se impondrá de ocho a diez años de prisión.

-

Así es como la materia penal buscaba la protección del concebido no nacido antes de la reforma.

-

Existen grandes diferencias que reflejan los bienes que buscaron proteger antes y después de la iniciativa de reforma del 13 de noviembre del 2006. En un malentendido principio de *ultima ratio* del derecho penal, están permitiendo que las personas aborten y realicen abortos de forma indiscriminada, so pretexto de

existir otros medios que, en su concepción, evitan o pueden evitar de forma eficaz que se llegue a este supuesto en concreto.

-

Mientras que antes de la reforma se buscaba proteger la vida, hoy se busca proteger de forma absurda los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, reitero que es de forma absurda porque el aborto no debería ser considerado como un método anticonceptivo. La realidad es que, en nuestra sociedad, se emplea justo para eso, incluso se menciona en las discusiones de la cámara de origen y revisora de la reforma, en la que hacen especial énfasis en la libertad de elegir el espaciamiento y número de hijos. Además de esto, hablan de embarazos no deseados, lo que literalmente se traduce en niños que no quieren, sin dar mayor explicación más que esa.

-

Es ampliamente discutido en el sector académico y en la doctrina que la realidad siempre va adelante del derecho, en este sentido, siempre el derecho busca alcanzar a la realidad con sus reformas para regular circunstancias nuevas que afectan el corazón de la sociedad.

-

Siguiendo estas ideas, estas reformas buscan alcanzar una realidad, sin embargo, esta realidad no es nueva, esta reforma es reflejo de una actitud postmoderna que busca desligarse de los valores fundamentales de la familia. Si consideramos la familia como núcleo de la sociedad, como se explicó en los primeros capítulos, al ser afectada directamente, afecta a la sociedad misma.

-

A manera de resumen, la iniciativa de reforma citada generó cambios sustanciales en aras de mejorar una equidad de género que aqueja a nuestro

país, es por ello que hubo reducción de penas en los tipos penales analizados y se agregaron excluyentes de responsabilidad penal.

-

Haciendo esta aclaración, podemos mostrar más luz en las razones de los cambios legales en nuestro país. Esta evolución legislativa no es sólo capricho de una minoría, realmente busca, de forma desacertada, solucionar problemas actuales de la familia y de la sociedad. Cuestiones que se dilucidarán con mayor claridad en el apartado siguiente.

-

e. Antinomias en el Código Penal por la reforma del aborto consentido y el aborto procurado.

-

En el presente apartado, se verán con mayor claridad las contradicciones que no fueron resueltas a raíz de la iniciativa de reforma en comento. Estas contradicciones dejan, en ocasiones, lagunas en nuestro marco jurídico que muchas veces en la labor judicial hacen entrar a los derechos en conflicto, forzando ponderaciones que no tendrían por qué existir.

-

El derecho a la vida, así como los derechos sexuales y reproductivos de la mujer no deberían estar en conflicto ni ser sujetos a ponderación de nadie. No son campos que realmente estén peleados. El rigor legislativo debe ser mayor para poder evitar estas circunstancias que dejan a la población de nuestra capital en un estado de incertidumbre jurídica.

-

La primera contradicción se manifiesta de forma clara en el Preámbulo de la "Convención sobre los Derechos del Niño. En este preámbulo se establece textualmente lo siguiente:

-

[...] Teniendo "presente que, como se indica en la Declaración de "los Derechos del Niño, el niño, por su falta de "madurez física y mental necesita protección y "cuidados especiales, incluso la debida protección "legal, tanto antes como después del nacimiento', "por lo que, interpretando adecuadamente el "artículo 1º de la Convención mencionada se "entiende por niño todo ser humano desde antes "de nacer y hasta los 18 años de edad, salvo que "alcance la mayoría de edad antes, conforme a la "legislación aplicable.--- Por lo mismo, todos los "niños, aún los no nacidos tienen derecho a la vida, "y entran bajo la protección del Derecho y gozan de "las garantías individuales que consagra nuestra "Constitución.--- El artículo 133 Constitucional "establece la validez constitucional de los Tratados "Internacionales como Ley Suprema de toda la "Unión. Por lo mismo, toda ley general que "después de la entrada en vigor de estos Tratados "Internacionales violara el contenido de esta "Convención y atentara contra la vida de un niño "que aún no ha nacido, sería inconstitucional.⁴⁸

-

En este primer punto, vemos una clara contradicción de nuestros ordenamientos legales y convencionales en lo que se refiere a la protección de la vida. La reforma a la que hago referencia en el presente trabajo atenta de forma indudable a estos principios de la convención que cita nuestra Suprema Corte

⁴⁸ México, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 10/2000, pg 8.

de Justicia. Mientras la óptica convencional busca proteger la vida del concebido no nacido, la legislación local busca terminar con ella.

-

Esta contradicción no es fácilmente superable, muestra el corazón de la incertidumbre jurídica en la que nos encontramos, en donde se legisla sin rigor jurídico y, sobre todo, se legisla conforme a ideologías y exigencias con poco sustento.

-

Esto es reflejo de la situación social actual, no solo del país, sino del mundo, que como se explica en la breve introducción sociológica, es un reflejo del desapego de las personas y su incertidumbre en la postmodernidad.

-

Otra contradicción la encontramos entre la legislación civil y la legislación penal. El Código Civil de la Ciudad de México, contempla lo siguiente:

-

Artículo 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. [Subrayado añadido]

-

De igual forma, contempla los siguientes derechos:

-

Artículo 2357.- Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337.

-

Incluso, por esta protección extensiva de la protección civil, que va conforme a nuestra legislación convencional, le otorga al concebido no nacido derechos sucesorios. Dichos artículos ya han sido citados y explicados en capítulos anteriores, pero los cito nuevamente para facilitar la lectura del presente trabajo.

-

En este sentido, cómo es posible conciliar la existencia de estos derechos, si con un plumazo se pueden extinguir al decidir abortar. Esta contradicción es muy relevante debido a que de forma unilateral el Estado está condonando el atropello de ciertos derechos que encuentran cobijo en nuestra Constitución al darle primacía al aborto como derecho sexual y reproductivo.

-

Otra contradicción importante es la que existe entre el Código Penal Federal y el Código Penal para la Ciudad de México, cuyos contrastes ya se comenzaron a ver en capítulos anteriores, pero que reitero, debido a que existen ciertas circunstancias que pueden rodear a la comisión de estas conductas típicas que ocasionen que la regulación aplicable al caso sea federal, lo que ocasiona nuevamente un estado de incertidumbre jurídica y una contradicción inminente entre los ordenamientos de nuestro país.

-

Estas antinomias en nuestro ordenamiento son reflejo de la falta de rigor en la creación de leyes, en el estudio de los problemas que aquejan a la familia y a la sociedad y, sobre todo, es un reflejo de la falta de preparación de los miembros del aparato legislativo que buscan cambiar la realidad social y familiar de un plumazo, sin tomarse en serio su labor.

-

Esta falta de seriedad en la labor legislativa y jurisdiccional no es mágica ni se debe a una absoluta negligencia, es un reflejo del detrimento que sufre la familia en la postmodernidad y la falta de apego a principios y bases sólidas en las que la sociedad estaba centrada. Legislar basado en ideologías ocasiona que las nuevas leyes y reformas se conviertan ahora en un reflejo de la postmodernidad.

-

Esta falta de seriedad se acentúa en la falta de estudio de fondo de los problemas a los que nos enfrentamos y también, una falta de estudio en las soluciones que se proponen, es por ello que esta tesis toma mayor relevancia al proponer un apoyo interdisciplinario para que las líneas de investigación se acerquen más a la verdad.

-

Por lo anterior esta tesis debe tomar relevancia, pues resalta la suma importancia de la necesidad del apoyo de otras materias como la bioética, medicina, sociología e incluso la filosofía, que debe complementar toda labor de los operadores jurídicos hoy en día para poder atacar y resolver de forma eficaz los problemas actuales de la familia y de la sociedad.

-

Estos problemas que recalco se reflejan en la legislación actual en materia de aborto buscando acentuar desde la óptica de los derechos reproductivos de la mujer la posibilidad de abortar de cualquier mujer, a cualquier edad y de manera confidencial y gratuita. Lo anterior se traduce en una falta y desapego a los valores y a la certidumbre de la que nos hemos alejado en la postmodernidad.

V. Praxis Jurídica

-

En este apartado analizaré desde la óptica legislativa y la jurisdiccional, cómo se aplica nuestra legislación, la necesidad inminente de homologar nuestro marco jurídico para un fortalecimiento del Estado de Derecho y la necesidad de nuevos tipos penales en nuestra capital.

-

Hay que mencionar que los distintos operadores médicos y jurídicos, léase, abogados postulantes, médicos practicantes, jueces, así como académicos en ambas materias, interpretan la ley de manera diversa, principalmente por las contradicciones que evidenciamos en el capítulo anterior; lo que confirma que estamos expuestos a una incertidumbre jurídica preocupante.

-

Cada médico, cada abogado y cada académico nos presentan una interpretación diversa de los mismos elementos contradictorios en la ley y en el ejercicio de sus profesiones se manifiesta. Lo anterior causa una confusión para la población en general de lo que se puede hacer y de lo que no se puede hacer.

-

Un ejemplo de esto se ve en los extremos en los que se encuentra la doctrina hoy en día. En una entrevista que le hicieron al doctrinario garantista John Finnis, le cuestionaron sobre la justificación del aborto en el caso concreto de la violación, que, sin dudas, es un tema bastante delicado y a lo que contestó lo siguiente:

-

No, Las teorías que justifican el aborto en estos casos son un engaño. Hacen la distinción entre un niño antes de nacer y después de haber nacido, pero también reconocen que cualquier chico sano puede, una

vez nacido, enfermarse gravemente y tener un mal pronóstico de vida. Yo les pregunto a quienes justifican el aborto en estos casos: ¿creen que se puede matar a esos chicos que nacieron bien, pero que sufrieron una enfermedad o accidente grave? El caso de la mujer violada que quedó embarazada es terrible, y no cabe duda de que ella sufrió una gran injusticia. Pero, de todas maneras, esta injusticia no se soluciona con otro acto injusto, como es matar al feto que lleva en su seno.

-

En relación con esa precisa causa de exclusión del delito de aborto -el ser concebido que es producto de una violación- la doctrina mexicana durante décadas ha discutido si se trata de una causa de justificación basada en el ejercicio de un derecho (el derecho a remover las consecuencias del delito tan pronto como lo quiera la víctima, o de repeler la gestación, en su propio cuerpo, que le ha sido impuesta en un evento criminal- o, si por el contrario, se trata de una causa de inculpabilidad, sobre la base de la no exigibilidad de otra conducta -no se puede esperar de la madre que concibió como consecuencia de haber sido violada que lleve en su seno el producto de un delito- y se ha buscado la solución en la comunicabilidad de la excluyente a los copartícipes y el problema se complica todavía más si la mujer víctima de la violación es menor de dieciocho años.

-

Este ejemplo sirve para entender que en efecto hay doctrinas completamente contradictorias en materia de aborto, por lo que, en este apartado buscaré encontrar en la práctica jurídica, un justo medio que pueda conciliar los intereses extremos de los conservadores con los intereses extremos de los liberales, para fomentar la reforma de una legislación que realmente atienda las necesidades familiares y sociales, sin hacer que los distintos derechos que se pretenden proteger sean objeto de ponderación por estar en un aparente conflicto.

-

Tomando en consideración la situación actual del país y el reflejo de la postmodernidad en la sociedad, debemos reforzar el apoyo interdisciplinario en el desarrollo de líneas de investigación, en la labor legislativa y en la jurisdiccional. Este apoyo interdisciplinario servirá para evitar el desarrollo doctrinal, legislativo y la actividad jurisdiccional basado en ideologías. Lo que se propone es un esquema de investigación serio que nos ayude a encontrar justos medios que resuelvan problemáticas sociales reales y que éstas se adecuen con la realidad que vivimos.

-

Tomando lo anterior en consideración, un primer justo medio debería ser tener, como regla general, una prohibición a la mujer y al personal médico para practicar abortos. Esto no es una prohibición que deba entenderse como absoluta, por lo que debemos considerar siempre los siguientes casos de excepción:

-

- i. Imprudencia de la madre
- ii. Violación e inseminación artificial no consentida
- iii. Incompatibilidad del producto de la concepción con la vida; sumamente controversiales son los casos del aborto terapéutico en sentido amplio y eugenésico; por lo tanto, al ser tan difícil de sostener, se deben excluir estas excepciones,
- iv. Peligro inminente de pérdida de la vida de la madre.

-

Teniendo en consideración los factores anteriores, es que podremos llegar a un justo medio en donde las posturas generalmente peleadas pueden conciliarse tomando en consideración la gravedad de las situaciones expuestas en las excepciones.

-

Inicialmente estas excepciones deberán siempre analizarse en el caso concreto para determinar si se actualizan los supuestos normativos y que, por consecuencia, se excluya el delito. La razón fundamental para tomar estas excepciones en consideración es la gravedad de las circunstancias en las que se actualizarían los supuestos normativos. Además, son los puntos más relevantes que argumentan los sectores que se encuentran a favor de la despenalización absoluta.

-

Es importante recalcar que no es posible pretender usar un caso de excepción para crear una regla general, eso va en contra de toda lógica y es la estrategia empleada por el ala progresista para legislar una ideología, que es reflejo del desapego y la incertidumbre en la que vive la sociedad actual en la postmodernidad.

-

Además, estamos entrando en una etapa de la postmodernidad en la que el individualismo y el subjetivismo priman sobre cualquier otro principio o valor, lo que ocasiona que una ideología que conforta estos sentimientos sociales en donde la subjetivación de la realidad y el individualismo deben ser la cúspide y la base de cualquier decisión que tomemos.

-

a. Legislación para la Ciudad de México.

-

Para el presente apartado hablaré de las necesidades que existen en la legislación para la Ciudad de México, en concreto, la necesidad de homologar la legislación para la Ciudad de México y la necesidad de reformar y establecer nuevos tipos penales.

-

Estas necesidades surgen a partir de la postmodernidad, esta postmodernidad que permea a la sociedad de una incertidumbre profunda en donde los valores cambian de forma constante. Este fenómeno social se refleja en el surgimiento de nuevas ideologías, como el generismo o tercera ola del feminismo, que comienzan a inundar a las personas y que culmina empapando el sistema político y jurídico de un territorio.

-

A raíz de lo anterior, es que surge en la sociedad una necesidad de reformular las propuestas existentes. Primero debemos de evitar legislar conforme a ideologías, segundo, debemos reformar y corregir la legislación que fue modificada por ideologías y tercero, abrir líneas de investigación serias que impulsen el apoyo interdisciplinario para formular nuevas propuestas que tengan un sustento sólido y que puedan acercarse más a la verdad.

-

Lo anterior es fundamento crucial para homologar el marco jurídico y así mejorar toda labor que realizan los operadores jurídicos en todos sus ámbitos, por ejemplo, el jurisdiccional, el legislativo e incluso el académico.

-

1. Necesidad de homologar el marco jurídico de la Ciudad de México

-

Como el lector se habrá dado cuenta durante la lectura de este trabajo, existen muchos problemas que rodean a la familia en esta postmodernidad, sin embargo, estos problemas que afectan a la familia se materializaron en ideologías, políticas públicas y en legislación.

-

Por lo anterior es que nos vemos en la necesidad de acudir a fuentes especializadas que van a complementar a la ardua labor jurídica, tanto en el ámbito jurisdiccional como en el ámbito legislativo. Estos complementos ayudarán a los operadores jurídicos a llegar a conclusiones más justas y apegadas a la verdad en su labor diaria.

-

En este sentido, debemos reconocer la existencia de múltiples antinomias en nuestro sistema jurídico y también, la variedad de criterios jurisprudenciales que son contrarios entre sí. En capítulos anteriores manifestamos diversas contradicciones en ley que ocasionan mayor dificultad para la resolución de controversias y justa aplicación de la ley.

-

Debido a las circunstancias expuestas, tenemos una necesidad de homologación del marco jurídico en la Ciudad de México. A nivel político la propaganda nos quiere hacer creer que la regulación existente es de vanguardia y que, por cambiar la ley, la realidad social también va a cambiar, sin embargo, esto es un error. A lo largo de la historia de los sistemas jurídicos hemos visto que la ley es la que se tiene que ajustarse a la realidad -a la realidad objetiva y social- de un territorio y momento determinados; pues, la realidad escapa a la ley y esta debe actualizarse en consecuencia.

-

Una de las razones por las cuales en materia de aborto debe homologarse el marco jurídico es que estos cambios que dejaron múltiples antinomias que han permitido el crecimiento de una realidad que prefiere emplear al aborto como un método anticonceptivo, en vez de promover una verdadera educación sexual y enfocarse en métodos eminentemente preventivos.

-

En muchos aspectos, los defensores de aborto en Latinoamérica fundan en tres pilares fundamentales su argumentación⁴⁹:

-

a) Primer Argumento: La inducción del parto prematuro por indicación terapéutica no constituye aborto.

-

El argumento se funda principalmente en lo que llaman aborto por indicación terapéutica en casos extremos como de muerte encefálica del bebé como el riesgo de afectación de la salud de la madre. El problema fundamental es la amplitud del concepto para la realización del aborto.

-

b) Segundo Argumento: Interpretación evolutiva de la legislación penal.

-

Este argumento busca la creación de más excepciones haciendo una interpretación evolutiva en la que se busca convencer que por los avances médicos pueden realizarse diagnósticos más precisos y determinar casos especiales en que no haya compatibilidad del producto de la concepción con la vida o se pueda poner en riesgo la salud de la madre.

-

⁴⁹ Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman y Bernard M, Dickens, Trad. Laura Arango Blanco, Laura E. Asturias, Paola Bergallo, Olimpia Bodio, Lilia del Cerro, Aeks Dughman-Manzur, Carmen Maestro Arcos, Agustina Ramón Michel, Daniela Schnidrig, Claudia Verónica Torres Patiño y Estefanía Vela Barba. El aborto en el derecho trasnacional, Casos y controversias, Filadelfia, Pensilvania, Fondo de Cultura Económica y Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2016, p.342 a 351.

c) Tercer Argumento: Principio Constitucional de la dignidad de la persona humana.

-

El principio de la dignidad humana se emplea en este argumento en un plano en el que la mujer debe tener la opción de abortar sin ser castigada en casos especiales en que no haya compatibilidad del producto de la concepción con la vida o se pueda poner en riesgo la salud de la madre por los efectos psicológicos y físicos que llevar a término ese embarazo ocasiona en la madre. El problema de este pilar es que implica necesariamente que el bebé no tiene dignidad ni es merecedor de protección por el derecho porque su estatus jurídico no es de persona.

-

Estos pilares de los abortistas han querido ser introducidos desde una perspectiva errónea a México, pues ellos pretenden utilizar los casos de excepción, como lo son el peligro de muerte de la madre, violación e incompatibilidad del producto de la concepción con la vida, para definir una regla general. Hago este énfasis debido a que la deconstrucción de conceptos y la flexibilización de las definiciones hacen que todo pueda encuadrar como una posibilidad a partir de dicha argumentación.

-

Lo peor de la circunstancia anterior, es que, al introducir erróneamente estos argumentos, “*parcharon*” la legislación dejando las problemáticas que se han estado planteando a lo largo de este proyecto y que nos confirman la necesidad que existe de homologar nuestro marco jurídico en la Ciudad de México.

-

2. Necesidad de nuevos tipos penales en la Ciudad de México

-

Como se desprende de los apartados anteriores, existe una necesidad profunda de homologación del marco jurídico en la Ciudad de México, sin embargo, el propósito de este trabajo no es “*parchar*” nuevamente la legislación en espera de un cambio social.

-

Para lograr una efectiva homologación se requiere hacer una reforma de los tipos penales estudiados para que regresen a una sincronía con el resto de la legislación de la Ciudad de México. Esta reforma deberá contemplar en su esencia la dignidad de la persona, la protección a los derechos humanos y la apertura necesaria para que cada caso concreto sea analizado de acuerdo con sus circunstancias y no se convierta en una prohibición absoluta, que raya en la injusticia o en una permisividad omnímoda, que es aún más injusta.

-

Esta modificación no implica una reforma a los avances que hemos logrado en los sistemas de salud en la ciudad, los hospitales deben estar preparados técnica y académicamente para realizar un aborto en caso de ser necesario. A lo que me refiero es que hay circunstancias en las que se vuelve una necesidad este procedimiento para salvar una vida.

-

En ocasiones existe una imposibilidad de salvar ambas vidas, esto puede ocurrir por diversas circunstancias, ocasionalmente imprevisibles, en las que por condiciones hereditarias, congénitas o de otra naturaleza que hacen que de concluirse el nacimiento la madre pierda la vida sin que el hijo pueda sobrevivir, lo que hace necesario el procedimiento y justifica salvar la vida de la madre

primero, ya que resulta ridículo no llevar a cabo el aborto si el resultado es la muerte de la madre y el hijo.

-

Es importante recalcar que siempre se debe buscar salvar ambas vidas, sin embargo, muchas circunstancias impiden que ambas vidas sean salvadas, por lo que el médico deberá analizar el caso detenidamente para que, con el consentimiento de la madre, realice el procedimiento de aborto en los casos específicos en que sea requerido para salvar la vida de la madre, como lo serían condiciones preexistentes en la madre que se exacerban con el embarazo, como el hipotiroidismo⁵⁰, por mencionar uno.

-

En caso que la madre no pueda dar su consentimiento, típicamente este recae sobre su marido, en caso de no estar presente o no existir, este recae sobre los parientes consanguíneos de grado más cercano.

-

En estos casos se justifica sobreponer la vida de la madre sobre la del bebé debido al riesgo inherente a estas condiciones que, sin el aborto y el inicio del tratamiento, puede terminar con la vida de ambos pacientes.

-

Teniendo en mente lo anterior, debemos comprender que no vamos a cambiar a la sociedad con una reforma y que la reforma propuesta en este trabajo no es un retroceso, al contrario, es un avance debido a que lo que buscamos es regular una realidad de la sociedad para poder llegar a un bien común.

-

⁵⁰ Carla Lorena Macchia, M.D., Javier Augusto Sánchez-Flórez, M.D., Hipotiroidismo en el Embarazo, <http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v58n4/v58n4a09.pdf>

Ahora bien, el texto actual contempla en su texto al aborto consentido y al aborto procurado de la siguiente manera:

-

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.

-

La primera propuesta es que este código no defina al embarazo, existe legislación especializada que se ocupa de esa definición y que se adecúa a lo que los expertos definen como embarazo (o bien, se entiende lo que, conforme a la naturaleza, es el embarazo, sin necesidad de definición alguna).

-

Sin embargo, no omitimos señalar que la legislación no tiene por qué definir. Constantemente en la doctrina se ha analizado si es trabajo del legislador, de comisiones especializadas o de cualquier otro ramo del Estado que emita regulación, tomar el papel de definir conceptos. Coincidimos que, a pesar de ser una herramienta útil, no debe tomar este papel, pues la comprensión de estos conceptos le compete a otras ramas del conocimiento, que si bien el derecho debe auxiliarse de ellas, no debe hacerlas propias (también para eso existe la Jurisprudencia).

-

En este sentido, se propone que el texto de dicho artículo quede de la siguiente manera:

-

ARTÍCULO 144. Aborto es la privación de la vida del ser concebido en cualquier momento del embarazo.

-

Si bien las definiciones son una herramienta útil que facilita el trabajo de los operadores jurídicos, esto no implica que la ley sea la que tenga que definir, mucho menos que defina sin bases, fundamentos o con el afán de cambiar una realidad, por ello, como se dijo en párrafos anteriores, no debe hacer propias estas atribuciones y buscar otros medios para apoyarse en el desarrollo conceptual legal.

-

Siguiendo este orden de ideas, debemos cambiar de igual forma las descripciones típicas del aborto consentido y procurado, para que puedan eliminar las antinomias existentes en nuestro marco jurídico y homologar nuestros textos legales.

-

A este respecto, el tipo penal se encuentra regulado de la siguiente manera:

-

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.

-

Ahora, la siguiente propuesta es eliminar la barrera de temporalidad permisiva que existe en el tipo penal, contemplar de forma clara e inequívoca las excepciones o causas de exclusión del delito e imponer penas para el que no actualice los parámetros de excepción y/o exclusión. En este sentido, se propone que el texto del artículo quede de la siguiente manera:

-

ARTÍCULO 145. Se impondrá de uno a tres años de prisión, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar. 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 tres a cinco años de prisión.

-

Siguiendo estas ideas sobre las modificaciones a los tipos penales de referencia, se podrá analizar con mayor precisión en el caso concreto, si se actualizó el tipo penal en ley y si en efecto estamos frente a hechos que probablemente sean constitutivos de delito. En este sentido, el trabajo del médico tomará una relevancia fundamental para determinar las razones y circunstancias que se tomaron en consideración para la realización del procedimiento, y éstos deberán realizar sus reportes, fichas y expedientes de una manera mucho más clara y justificativa para la realización del procedimiento, en caso de ser necesario, siempre que se encuentre dentro de los parámetros de excepción.

-

Con estas modificaciones, se puede llegar a un justo medio entre los extremos del debate para que el actuar de los operadores jurídicos y las resoluciones judiciales sean más justas y que se pueda llegar a un bien común, o acercarnos más a él dentro de la sociedad.

-

Lo explicado anteriormente ya contempla las exclusiones del delito, pues se regulan textualmente de la siguiente manera en el artículo siguiente:

-

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 (el estado de necesidad justificante solo existe cuando corra peligro la vida de la madre y es muy difícil argumentar a favor del caso en que se sacrifica la vida del ser en gestación por salvaguardar solamente la salud de la madre pues no se puede concebir a éste como un bien jurídico de la misma jerarquía que aquél) 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.

-

Es relevante aclarar que las excepciones ya están reguladas, esta aclaración es relevante porque son el argumento principal del ala progresista para una legalización absoluta del aborto. Debe entenderse que las excepciones mencionadas ya están contempladas en ley y están buscando encontrar un justo medio que pueda ser más justo para la mujer y para el médico, sin embargo, no siempre es lo más justo para la vida, pues se excluye de la ecuación al concebido no nacido.

-

En este sentido, sólo propondré unas pocas precisiones para las causas de exclusión ya reguladas en nuestra legislación. En el caso de estado del estado de necesidad justificante, este sólo puede considerarse cuando corra peligro la vida de la madre gestante y no cuando esté en riesgo solamente su salud, lo

anterior es sumamente relevante porque si estamos protegiendo la vida desde la concepción, es contradictorio pretender salvaguardar simplemente la salud de la madre para justificar la privación de la vida de una persona, esto es porque no se puede poner en estado de equivalencia el bien jurídico de la salud con el de la vida, aun cuando estén íntimamente relacionados. Asimismo, si tomamos en consideración el aborto eugenésico, podemos ver que también se torna en parte contradictorio, pues implica matar al producto de la concepción por el simple hecho de que inevitablemente va a morir, por lo que debe haber certeza que haya incompatibilidad de la vida del producto de la concepción para que haya un equilibrio de los bienes jurídicamente tutelados y exista una verdadera causa de exclusión del tipo penal.

-

Por eso hay que precisar en la exclusión de malformaciones genéticas o condiciones de esa naturaleza que deben existir estos riesgos importantes y sustentarlos para justificar el aborto. Derivado de este análisis considero que es importante recalcar por qué es relevante mantener la excepción del inciso III antes citado. En un trabajo que busca defender la vida desde el momento de la concepción pareciera contradictorio, sin embargo, en un problema multifactorial deben considerarse de manera general las múltiples complicaciones en los escenarios planteados y este punto se considera así debido a los potenciales riesgos que son inherentes a las potenciales condiciones del *nasciturus* que también pueden afectar a la madre gestante, lo que potencialmente puede producir que ambas personas fallezcan si se lleva a término el embarazo.

-

b. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

-

En este último apartado analizaré a grandes rasgos el fondo de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. De esta manera se

ejemplificará el cambio en los razonamientos lógico-jurídicos en el ramo judicial en torno a la legalización absoluta del aborto.

-

La acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República, solicitaron la invalidez de las reformas y adiciones a diversos artículos del Código Penal y de la Ley General de Salud, ambos del Distrito Federal, realizadas mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 26 de abril de 2007, expedido por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y promulgado por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

-

El proyecto estuvo a cargo del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, las consideraciones iniciales de las acciones de inconstitucionalidad referidas en el párrafo anterior se refirieron principalmente en centrar el enfoque de estudio que realizó la Corte en el proyecto, incluyendo competencia de las autoridades responsables en la realización de los actos reclamados en la Ciudad de México.

-

A este respecto, la Corte aclaró de manera puntual que su análisis sería imparcial y que el proyecto versaría en analizar si las normas tildadas de inconstitucionales realmente contravenían nuestra Constitución.

-

Posteriormente comenzaron con el análisis de la competencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materia penal y de salud, a lo que el Ministro José Ramón Cossío enfatizó que:

-

“La inconstitucionalidad alegada se sustentaba en la supremacía de la Ley General de Salud y 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.”⁵¹

-

Hago especial énfasis en el argumento del párrafo anterior debido a la gran relevancia que manifiesta en la limitación de las autoridades locales para legislar en materia de salud por ser materia concurrente, lo que en el proyecto debió haberse retomado como factor para el sentido de la resolución.

-

Por lo extenso de las acciones de inconstitucionalidad y su resolución no analizaré con lujo de detalle cada aspecto discutido, sin embargo, tomaré los puntos más relevantes para explicar el sentido de la resolución y los razonamientos lógico-jurídicos principales para llegar a dicha resolución.

-

⁵¹ SESIÓN PÚBLICA EXTRAORDINARIA VESPERTINA 25 de Agosto de 2008 https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/cronicas_pdf_sr/cr_desp_aborto-A.pdf consultado el 30 de mayo de 2018.

Uno de los pilares de fondo empleados en la resolución es el análisis de la penalización del aborto desde una perspectiva de género, lo que se traduce en tildar de inconstitucional la penalización por hacer una distinción negativa a partir de una diferencia biológica.

-

La problemática con este análisis desde la perspectiva de género se centra en la deconstrucción de conceptos en la que el género está plenamente desligado del sexo, lo que es falso, el género está íntimamente ligado al sexo porque las distinciones biológicas de hombre y mujer son justificadas por ser hechos naturales de la persona. Recordemos que para que exista discriminación debe existir un acto que haga distinciones o tratos diferentes sin justificación, lo que no ocurre en este caso.

-

Siguiendo el análisis de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulado 147/2007, se realiza un análisis presuponiendo que los derechos de la mujer y la protección de la vida en gestación están en conflicto, en consecuencia, procede a realizar un análisis de ponderación de derechos en el que concluye que, si bien nuestra Constitución protege la vida en gestación, esta protección no puede considerarse absoluta. En este razonamiento concluyen que de considerarse absoluta dicha protección, se estarían vulnerando demás derechos de la mujer también contemplados en la Constitución.

-

El problema con este razonamiento, aunque pareciera bastante acertado, es que los elementos que utilizan los Ministros en la sentencia para justificar la supuesta anulación de los derechos de la mujer, es que debe tomarse siempre en cuenta la salud, la vida de la mujer, y los supuestos de violación y fecundación forzada, lo que realmente son casos de excepción ya regulados como excluyentes de responsabilidad. En este sentido, buscan crear una regla general partiendo de

supuestos aislados de excepción, lo que va en contra de toda lógica, pues cada caso debe analizarse tomando en consideración sus particularidades.

-

El análisis de los Ministros continua en determinar si constitucionalmente existe obligación del legislador local a proteger determinados derechos penalmente y si la falta de la tutela penal de dichos derechos debe considerarse inconstitucional. En este orden de ideas, prosigue a concluir que la Constitución no impone obligación a proteger penalmente los derechos en pugna y que le corresponde al legislador local determinar si dicha protección se requiere. Adicionalmente establece que la Constitución no otorga personalidad jurídica al *nasciturus* y que debe ser también labor del legislador local determinarlo, por lo que concluye que la reforma es constitucional incluso si no se protege penalmente el derecho del *nasciturus* durante las primeras doce semanas. Sin embargo, los Ministros entran en una consideración contradictoria en su sentencia, debido a que establecen que ellos consideran al producto de la concepción como persona y es titular del derecho a la vida.

-

Una pregunta que debemos considerar hacerle a los señores Ministros es que si consideran al *nasciturus* como persona y titular del derecho a la vida, ¿cómo pueden entonces resolver que la actividad del legislador local es constitucional al privar de toda protección a dicho *nasciturus*?

-

Con independencia de que resulta irrelevante determinar si el *nasciturus* es o no titular del derecho a la vida o si constituye sólo un bien constitucionalmente protegido en tanto los Ministros de la mayoría no hicieron descansar en tal distinción su postura de constitucionalidad de las normas impugnadas, pues incluso quienes lo consideraron como un bien protegido, no sustentaron en ello la

prevalencia de los derechos de la mujer sino en que era facultad del legislador ordinario realizar la ponderación de los bienes en conflicto y que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal se ajustó a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la medida, los Ministros que formulamos el presente voto queremos hacer constar nuestra postura en el sentido de que constitucionalmente el nasciturus es persona y es titular del derecho a la vida.⁵²

-

Lo anterior pareciera explicar una justificación técnica que no resuelve el problema constitucional de fondo ni guarda congruencia con el sentido de la resolución final.

-

Considero de suma relevancia retomar los siguientes párrafos que hacen alusión a la protección constitucional de la persona desde que es un ser concebido en el análisis del voto de la minoría:

-

La norma suprema no está refiriendo conceptos diferentes al utilizar los términos de “individuos” y “personas” en el primer y tercer párrafos, respectivamente (del artículo 1), sino que otorga a ambos un mismo significado, el de ser humano, tanto para referir, en general, al titular de los derechos fundamentales como para aludir, concretamente, al titular del derecho a la no discriminación.

-

⁵² Voto de la minoría en la Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulado 147/2007 https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/DESPENALIZACION%20ABORTO%20DF%20AI%20146-2007_0.pdf p. 195.

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

-

Así, por ejemplo, en los artículos 3º, primer párrafo, 18, cuarto párrafo, y 25, primer párrafo, se hace referencia al “individuo” al aludir al titular de los derechos a la educación, a un sistema integral de justicia para menores que garantice sus derechos fundamentales, al crecimiento económico y del empleo y a la justa distribución del ingreso y la riqueza que aseguren el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad, mientras que en los artículos 3º, fracción II, inciso c), 4º, párrafos segundo, tercero y cuarto, 5º, primer párrafo, y 6º, fracción III, se refiere al término “persona” para establecer la obligación de una educación que asegure la dignidad de aquélla, así como al consignar al titular de los derechos a la protección de la salud, a un medio ambiente adecuado para el desarrollo, a una vivienda digna y decorosa, a la libertad de profesión, industria, comercio o trabajo, y de acceso gratuito a la información pública.

-

No hay duda entonces de que nuestra Constitución otorga la titularidad de los derechos humanos fundamentales al ser humano, refiriéndose al mismo, de manera indistinta, como “individuo” o “persona”, o incluso citando a un determinado grupo de seres

humanos, como “varón” y “mujer”, al consignar el derecho a la igualdad de género, o como “niños” y “niñas” al prever su derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, en el artículo 4°, párrafos primero y sexto, respectivamente.

-

En consecuencia, si como quedó determinado con anterioridad, la protección constitucional del derecho a la vida del ser humano comprende a aquélla en su integridad, desde que inicia el proceso continuo de su desarrollo y hasta su conclusión, esto es, desde la concepción y hasta la muerte, sin restricciones ni limitaciones, necesariamente debe concluirse que el titular de ese derecho a la vida lo es el ser humano, tanto el nacido como el concebido no nacido.⁵³

-

A lo que refiere el análisis anterior, en síntesis, es que nuestra Constitución innegablemente reconoce al concebido no nacido como titular de derechos, le reconoce una personalidad jurídica por la terminología que a lo largo de su parte dogmática emplea. En este sentido, toma suma relevancia entender que si bien las legislaturas locales deben emitir normas secundarias para darle contenido a los principios rectores que están en nuestra Constitución, estas normas secundarias nunca pueden ir en contra de lo contemplado en la ley suprema, lo que se traduciría en una inconstitucionalidad. En otras palabras, si es punible como homicidio la privación de la vida de cualquier “otro”, por las mismas razones de equidad y proporcionalidad debe ser punible el aborto.

-

⁵³ Ibid p. 197 y 198.

Suponiendo sin conceder que el fondo no deba ser analizado, como se refleja en el análisis de los Ministros, si retomamos los razonamientos empleados, debemos considerar lo siguiente:

-

En el engrose plenario se señala que este precedente no es aplicable en el caso, pero tal determinación sólo se hizo en cuanto a la definición de embarazo porque ésta no se contenía en dicha Ley sino en un reglamento federal delimitado a la materia específica de investigación de la salud. Sin embargo, en los aspectos que la propia Ley General de Salud define, como lo es la protección al nasciturus en todo el embarazo sin distinción alguna, sus disposiciones deben ser observadas por las de carácter estatal cuando aborden la misma materia o se relacionen, interfieran o tengan algún punto de intersección con la misma, al tener aquélla el carácter de general, resultando plenamente aplicable el precedente plenario.⁵⁴

-

En este sentido, los Ministros manifiestan un total desacato por los principios y normas constitucionales que rigen a las leyes generales, que por regular materias concurrentes, las legislaturas locales deben ceñirse constitucionalmente a lo señalado en ellas. En otras palabras, al fundamentarse constitucionalmente las materias concurrentes y deber regularse en leyes generales, las legislaturas locales deben regular en congruencia con la ley general y explayar el contenido que las leyes generales disponen para las legislaturas locales.

-

⁵⁴ Ibid P. 205.

En este sentido, la legislatura local decidió regular excediendo sus facultades tanto en forma como en fondo, por lo que los Ministros debieron haber resuelto en ese sentido y declarar la reforma como inconstitucional.

-

Emplear los argumentos y fundamentarlos en tecnicismos sobre las facultades de legislar sin hacer un análisis de fondo, serio y fundamentado congruentemente con demás disciplinas científicas sobre el contenido de las disposiciones resulta en resoluciones incongruentes y sin un sustento de fondo que tenga un rigor de investigación que en este tipo de análisis es realmente requerido.

-

Este rigor debe considerar igual los instrumentos internacionales que reconocen, sin distinción de etapas de desarrollo, la protección del derecho a la vida del concebido no nacido. Es fundamental entender esto porque conforme al artículo 133 de nuestra Constitución, forman parte de nuestra norma fundamental, en lo que no la contradiga.

-

El análisis de los Ministros omite muchas normas fundamentales en la elaboración de su análisis, como lo son la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No es de sorprendernos lo anterior, porque en todos los países las Cortes Supremas son órganos políticos, pero no deben olvidar que son eminentemente jurídicos y su labor no se agota en una labor política para favorecer a un grupo de mayorías o minorías, en su caso.

-

Es por lo anterior que las propuestas fundamentales de este proyecto, además de la reforma legislativa planteada, es la necesidad del apoyo interdisciplinario

para el mejor proveer de los operadores jurídicos, la bioética es una herramienta para la fácil comunicación de las diferentes disciplinas técnicas. Esa herramienta es fundamental para realizar los análisis de fondo y que los operadores jurídicos puedan complementar sus argumentos y análisis para acercarse a las resoluciones más justas posibles.

-

El nacimiento de la bioética es muestra que para la resolución de problemas difíciles se requiere el apoyo de otras disciplinas técnicas por el nivel de problemas que convergen en un solo planteamiento. La deontología no basta para resolver de manera adecuada las problemáticas complejas planteadas y es por ello que se vuelve relevante reconocer nuevamente que para resolver problemas complejos se requiere necesariamente el conocimiento de otras disciplinas.

-

El planteamiento de esta tesis se fundamenta en la problemática que se crea a partir de los pasos que las autoridades están tomando hacia una legalización absoluta del aborto, que como se manifiesta desde las tres ópticas clásicas de división en el ejercicio del poder público, genera inconsistencias legislativas, de criterios administrativos y una inseguridad jurídica compleja para el resto de los operadores jurídicos por la multiplicidad de interpretaciones existentes sobre un mismo tema.

-

Estas problemáticas, como se planteo en capítulos anteriores de esta tesis, surgen por la forma en que la postmodernidad o modernidad líquida está permeando a la sociedad, cómo esta liquidez comienza a afectar tanto la esfera privada como la pública en todos sus niveles de una manera reaccionaria para buscar movimiento y cambios constantes que terminan en sesgar los desarrollos de investigación, las políticas públicas y nuestra legislación. Es por ello que, en

muchos frentes se ha perdido el rigor que merecen las investigaciones para generar cambio y que resulte tan evidente la necesidad de la presente tesis.

CONCLUSIONES

-

En esta tesis busco plantear una reforma legislativa para encontrar un justo medio en las necesidades del ala progresista de forma fundamentada y con apoyo interdisciplinario, lo que a su vez busca demostrar que existe una necesidad de rigor y apoyo de demás disciplinas para el desarrollo de cualquier investigación y la resolución de problemas.

-

En este sentido, esta tesis se desarrolló bajo dos premisas importantes, una reforma legislativa para encontrar un justo medio entre las exigencias progresistas en materia de aborto y la necesidad del apoyo interdisciplinario como sustento de las labores desarrolladas por los operadores jurídicos.

-

Si recordamos los capítulos iniciales de este trabajo podremos verificar que el corazón de la evolución legislativa en materia de aborto puede tener sus orígenes en la evolución de la sociedad a través del postmodernismo, o modernidad líquida, como apunta Bauman.

-

En este sentido, esta evolución social ha dejado a las personas en un estado de incertidumbre profunda por adoptarse como deseable o ideal el constante cambio y el abandono de lo estático. Aquel que permanezca en un constante movimiento será aquel que no quede rezagado o desplazado por la sociedad.

-

Tomando lo anterior en consideración, esta evolución social ha permeado considerablemente el marco jurídico de muchos países, incluyendo el mexicano, por lo que ciertas ideologías han aprovechado para tomar ventaja y fuerza de

esta incertidumbre y constante cambio para, so pretexto de modernizar, deconstruyan conceptos y valores fundamentales de manera parcial para instaurar un nuevo orden en sociedad.

-

Es por lo anterior que, la legislación actual en nuestro país está plasmada de una ideología que genera antinomias y contradicciones constantes, ignorando los estudios científicos y abandonando el rigor de la investigación científica para convencer con posturas completamente sesgadas.

-

Los ejemplos de dichas contradicciones son bastos y se cruzan desde múltiples materias. La protección de la vida en materia civil con el otorgamiento de derechos al concebido no nacido y la barrera de doce semanas en la que se permite abortar. Lo anterior debido a que, para muchos, existe aún un problema fundamental a resolver sobre la naturaleza misma de la persona y desde cuando debe ser considerada como tal.

-

Esta problemática se expande en mayores antinomias como en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que forma parte integrante de nuestro marco constitucional, en su debida jerarquía, y las leyes de salud y penales que no reconocen el estatuto de persona al concebido no nacido.

-

No dejo de señalar la Ley General de Niños, Niñas y Adolescentes y la Ley de Niños, Niñas y Adolescentes para la Ciudad de México, leyes que permiten a menores de edad acudir al aborto con absoluta confidencialidad y sin la necesidad de acudir con un adulto a realizar el procedimiento.

-

Otro ejemplo son las resoluciones variadas de los tribunales en las que, para unos, el concebido no nacido es persona y, para otros no lo es, generan una multiplicidad de interpretaciones que chocan entre sí generando problemas de interpretación por la falta de homologación del marco jurídico. Estos son algunos ejemplos de las contradicciones que reflejo en este trabajo.

-

Entendido lo expuesto, se materializa que una línea fundamental de esta tesis es el apoyo interdisciplinario para recuperar el rigor en las investigaciones. Esto servirá para que el progreso social se vea menos sesgado y los operadores jurídicos pueda adecuadamente ajustar la legislación conforme al movimiento de la sociedad sin caer en contradicciones.

-

Este trabajo también cuenta con fuentes especializadas que fundamentan los razonamientos expresados en la misma y es por ello que debe tomar suma relevancia la propuesta del apoyo interdisciplinario en el desarrollo de investigaciones y en la implementación de la reforma propuesta.

-

Finalmente, considero de suma importancia concluir este trabajo indicando que con la implementación de la reforma legislativa planteada y buscando promover el apoyo interdisciplinario para el mejor proveer de todos los operadores jurídicos en sus áreas de especialización, se podrá resolver de una manera más adecuada la problemática que general una legalización absoluta del aborto en todos los niveles de control social.

-

Tomando en cuenta esto, sobre todo busco que este trabajo logre abrir una brecha importante para el desarrollo de nuevas investigaciones y propuestas que busquen realizar estudios interdisciplinarios con mayor rigor en ellos para

solucionar los problemas complejos a los que se enfrenta la sociedad en la postmodernidad de una manera completa y más justa, y así, evitar que la temática y legalización absoluta del aborto sea un problema que crezca, afecte el núcleo social y subsecuentemente los demás medios de control social.

-

Estos planteamientos reflejan que, la evolución social ha tomado un camino de movimiento constante, casi a la deriva que primordialmente afecta a la institución de la familia y este proyecto busca encontrar la causa y evitar la desnaturalización de su propósito para proteger de una mejor manera a sus miembros.

BIBLIOGRAFÍA

-

Alberto Nájar, México: Corte Suprema invalida ley estatal que prohibía adopciones a parejas homosexuales, BBC Mundo, 12 de agosto del 2015, consultado el 21 de febrero del 2017, http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/08/150812_mexico_suprema_corte_a_dopcion_gay_campeche_an

-

Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, “Perspectivas socio-jurídicas de las relaciones familiares”, en boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XIX, núm. 59 mayo-agosto, Año 1987, p. 568.

-

Apuntes para la clase de Delitos, inédito, por Juan García de Acevedo Chávez

-

Carolina Córdoba, Florencia Laluz, Isabel Moro, Hugo Isaurralde, Lilián Díaz, Linfoma no Hodgkin agresivo durante el embarazo, <http://www.rmu.org.uy/revista/2010v2/art7.pdf>

-

Código Civil para la Ciudad de México, Artículos 22 y 338.

-

Código Penal Federal. Artículos 329, 330, 331, 332 y 333.

-

Código Penal para la Ciudad de México, Artículos 144, 145 y 146.

-

Daniel Bell, Contradicciones Culturales de la Modernidad, Trad, Anthropos, Barcelona, Anthropos, 2007, p. 441.

-

Enciclopedia Salud, s.v. "legrado", "embarazo", consultado el 25 de mayo del 2017, <http://www.encyclopediasalud.com/definiciones/legrado>

-

Exposición de Motivos, Asamblea Legislativa del D.F., México, D.F., a 23 de noviembre de 2006. INICIATIVA DE DIPUTADOS (GRUPO PARLAMENTARIO DEL PRI), consultado el 28 de noviembre del 2017.

-

Fermín Jesús González-Melado, Vientres de Alquiler, Bioética Blog, 18 de febrero del 2017, consultado el 18 de febrero del 2017, <http://www.bioeticablog.com/vientres-de-alquiler/>

-

Fernández del Castillo SC. ¿Interrupción legal del embarazo o asesinato con autorización de la Ley? Ginecol Obstet Mex 2008;76(9):566-8.

*Texto leído el 14 de junio de 2008 ante los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos.

-

F. Gary Cunningham, John C. Hauth, Keneth J. Leveno, Larry Gilstrap III, Steven L. Bloom y Katharine D. Wenstrom, Obstetricia de Williams, Trad, Bernardo Rivera Muñoz, Félix García Roig, José Rafael Blengio Pinto y Ana María Pérez Tamayo Ruiz, México, Mc Graw Gill, 2006, p. 5.

-

Hospital General, Guías Diagnósticas de Salud Externa, No. 4 Embarazo, consultado el 16 de septiembre del 2017, en:

http://www.hospitalgeneral.salud.gob.mx/descargas/pdf/area_medica/consul_exter/guia_embarazo.pdf

-

Joel Achenbach, Ethicists approve '3 parent' embryos to stop diseases, but congressional ban remains, Washinton Post, 3 de febrero del 2016, consultado el 20 de febrero del 2017, <https://www.washingtonpost.com/news/science/wp/2016/02/03/to-prevent-disease-ethicists-approve-creation-of-embryos-with-three-genetic-parents/>.

-

Keith L. Moore, Embriología Clínica, trad. Martha Castilleja y Ana María Ocaña, Nueva Editorial Interamericana México D.F., 1989, Pgs. 1, 6, 30, 31, 32 y 33.

-

Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano Tomo II, México, Porrúa, 2010, pgs. 184, 185 y 186.

-

Mtra. Elma del Carmen Trejo García, Legislación Internacional y Derecho Comparado del Aborto, abril, 2007, pg. 3.

-

Márquez Piñero, Rafael. El tipo penal. UNAM México 1992 Pág. 233

-

México, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 10/2000, pg 8.

-

MORENO HERNANDEZ, Moisés. Notas, División de Estudios de Posgrado.

-

NOM-007-SSA2-1993, Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida. Capítulo 3.1

-

NUÑEZ, Ricardo. Los Elementos Subjetivos del Tipo Penal. Editorial Depalma 1943. Citado por Reyes Echandia.

-

Procesos Legislativos, Dictamen/Origen, Diputados, Dictamen, México, D.F., a 19 de abril de 2007, consultado el 2 de diciembre del 2017.

-

RAE, s.v. “fecundar”, consultado el 20 de mayo de 2017, <http://dle.rae.es/?id=HiOCn9v>

-

Ralph Waldo Emerson, The Works of Ralph Waldo Emerson, vol. 2 (Essays. First Series) [1909] pg. 223.

-

Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman y Bernard M, Dickens, Trad. Laura Arango Blanco, Laura E. Asturias, Paola Bergallo, Olimpia Bodio, Lilia del Cerro, Aeks Dughman-Manzur, Carmen Maestro Arcos, Agustina Ramón Michel, Daniela Schnidrig, Claudia Verónica Torres Patiño y Estefanía Vela Barba. El aborto en el derecho trasnacional, Casos y controversias, Filadelfia, Pensilvania, Fondo de Cultura Económica y Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2016, p.342 a 351.

-

Redacción 24 horas, En la CDMX, clínicas autorizadas realizan abortos ilegales (+video), consultado el 1 de diciembre del 2017, <http://www.24-horas.mx/abortos-en-la-cdmx/>.

-

SESIÓN PÚBLICA EXTRAORDINARIA VESPERTINA 25 de Agosto de 2008
https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/cronicas_pdf_sr/cr_des_p_aborto-A.pdf, consultado el 30 de mayo de 2018.

-

T.W. Sadler, Langman: Embriología Médica, trad. Juan Roberto Palacios Martínez, Barcelona España, Wolters Kluwer Health Lippincott Williams & Wilkins, 2012, Pgs. 10 y 11.

-

Voto de la minoría en la Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulado 147/2007
https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciar_elevante/DESPENALIZACION%20ABORTO%20DF%20AI%20146-2007_0.pdf
pgs. 195, 197, 198 y 205.

-

William A. McEachern, Economía: Una introducción contemporánea, 6ª. Ed. México, Thompson, 2003, p. 71.

-

Zygmunt Bauman, (2002). Modernidad Líquida, Trad. Fondo de Cultura Económica de Argentina, S.A. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica pgs. 22, 32, 42. 58.

-

Zygmunt Bauman, Vida Líquida, trad. Albino Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2006, pgs. 9,155 y 156